



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

34

YIL:9, SAYI:34, NİSAN 2018

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR

Şahin ALTUĞ

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Şahin ALTUĞ

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Gökhan KARAKÖSE

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İŐFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Arş. Gör. Ferhat ÇELİK	1
İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Açığı Belgesi <i>Pledge Deficit Certificate In Debt Enforcement nnd Bankruptcy Law</i>	
Prof. Dr. Selim KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah KARATAŞ.....	37
İnsan Haklarının Bir Bileşeni Olarak Su Hakkı <i>Right to Water As A Component of Human Rights</i>	
Doç. Dr. Cenk AKİL, Arş. Gör. Meltem Ercan ÖZLER.....	61
Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi) <i>A Review About the Evaluation of the Witness Statement (Evaluation of Law of the General Assembly of The Supreme Court Decision Dated 25.02.2015)</i>	
Doç. Dr. Erdal YERDELEN, Ali Murat NAS	75
Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret İzinleri <i>Compassionate Leave Granted to Detainees and Convicts</i>	
Doç. Dr. İştâar CENGİZ	123
İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu <i>Legal Liability of Employer from Occupational Accidents</i>	
Doç. Dr. Recep NARTER, Arş. Gör. Abdullah ARIKAN.....	143
Vergi İcra Hukukunda Aciz Hali <i>Insolvency in Tax Execution Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT	165
Klasik Dönemde Osmanlı Devletinde Hâkim Adaylığı: Mülâzemet <i>Judge Nomination In The Ottoman State In The Classical Period: Mulazemet</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE	189
Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet	
<i>Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtslage in der Türkei und in Europäischen Ländern</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ	231
Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği	
<i>The Practicability of the Estoppel Hypothesis in the Turkish Administrative Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR	253
Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar Ve Hukuki Sonuçları	
<i>Advertising Restrictions in the Field of Health Services and Their Legal Consequences</i>	
Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT	283
Kumar Oynama Ve Kumar Oynanması İçin Yer Ve İmkân Sağlama Fiilleri	
<i>Acts of Gambling and Providing Place and Facility for Gambling</i>	
Arş. Gör. Dilşah Büşra KARTAL	317
Vasiyetnamenin Geri Alınması	
<i>Withdrawal of Testament</i>	
Arş. Gör. Gökçe TOPALOĞLU	341
Avrupa Birliği'nden Ayrılma Hakkı Ve Brexit Süreci	
<i>The Right to Withdraw from The European Union and The Brexit Process</i>	
Arş. Gör. Nihal KOŞER	367
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Birleşmede Ayrılma Akçesi	
<i>Squeeze Out In Merger According to the Turkish Commercial Code Numbered 6102</i>	

Arş. Gör. Zeynep Nihal AYDINOĞLU.....	387
İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri <i>The Main Effects of Appeal on Administrative Jurisdiction Procedure</i>	
Dr. Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU	425
<i>İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Önemi</i> <i>The Importance of the Concepts of Workplace and Enterprise in the Labour Law</i>	
Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Prof. Dr. Neşe KOCABAŞOĞLU	451
Bellek Boşluklarını Doldurmaya Zorlamanın Çocuk Görgü Tanığı Belleği Üzerindeki Olumsuz Etkileri <i>Negative Effects of Forced Confabulation on Child Eyewitness Testimony</i>	
Dr. Osman SARIASLAN	475
Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvurularda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulunun Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili İdari Başvurular Ekseninde Değerlendirilmesi <i>The Evaluation of the Condition to Deplete the Ways of Application in the Individual Applications to the Constitutional Court Within the Scope of Administrative Applications in Tax Disputes</i>	
Dilşad KUĞUOĞLU, Elit Meviza DEMİRKOL	515
ICSID Tahkiminde Onay (Rıza) <i>Consent in ICSID Arbitration</i>	
Alper AYDIN.....	537
Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri <i>Trial Period At The Tax Courts In The Light Of Access To The Court</i>	
Güray ÖZSU	587
ICSID Tahkimi Bakımından "Tahkime Rıza" ve Bu Rıza Çerçevesinde Tahkim Öncesi Süreçler <i>Consent to Arbitration and Preliminary Processes In Terms of Icsid Arbitration</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA REHİN AÇIĞI BELGESİ

Pledge Deficit Certificate In Debt Enforcement and Bankruptcy Law

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY¹ - Arş. Gör. Ferhat ÇELİK²

Geliş Tarihi: 30.10.2017

Kabul Tarihi: 22.03.2018

ÖZET

Hukumumuzda alacaklıların alacağını elde etmesini kolaylaştıran en önemli olanaklardan birisi de, alacağı teminat altına alan bir rehlin olmasıdır. Borçlu borcunu ödemediğinde teminat konusu rehlinli şeyin icra organları vasıtasıyla paraya çevrilmesi gerekir. Fakat bazen rehlin daha paraya çevrilmeden, takdir edilen değerine göre rehlin alacağı karşılayamayacağı anlaşılmakta, bazen de rehlin paraya çevrildikten sonra alacağı karşılayamamaktadır. Bu durumda alacaklıya ilkinde “geçici rehlin açığı belgesi”, ikincisinde ise “kesin rehlin açığı belgesi” verilmektedir.

Alacaklının elindeki bu belgenin hukuki niteliği ve sonuçlarının detaylı bir şekilde bilinmesi gerek eşya hukuku gerekse icra ve iflâs hukuku açısından önem arz etmektedir. Bu konuda hem doktrindeki görüşlerin hem de Yargıtay kararlarının birlikte ele alındığı söz konusu çalışmanın, alacaklının alacağına erişmesini kolaylaştıran en önemli vasıtalarından birisi olan “rehlin açığı belgesi” ile ilgili bilgi edinmesinde yararlı olması umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rehlin, Rehlin Açığı Belgesi, Kesin Rehlin Açığı Belgesi, Geçici Rehlin Açığı Belgesi.

ABSTRACT

In our legal system, one of the most important ways to make it easier for the creditor to obtain the money owed to her is to have a pledge that secures the credit. Upon enforcement of the pledge by the pledgee in the event of default by the pledgor, the execution organs turn the pledge into cash. However, it is realized sometimes that the appraised value of the pledge cannot correspond to the credit either before or after it has been turned into cash. In the first case, the creditor is granted “temporary pledge deficit certificate” and in the second case “absolute pledge deficit certificate”.

It is important to know in detail the legal character and consequences of these certificates that the creditor receives both for the law of property and for the debt enforcement and bankruptcy law. Against this backdrop, this article intends to analyse the “pledge deficit certificate” by considering the views in the doctrine and supreme court decisions and aims to help the creditor have the necessary information about the “pledge deficit certificate” which is one of the most important means to make it easier for the creditor to obtain the money owed to her.

Keywords: Pledge, Pledge Deficit Certificate, Absolute Pledge Deficit Certificate, Temporary Pledge Deficit Certificate.

I. GİRİŞ

Rehlin, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine başkasına ait bir mal veya hakkın paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen tutardan öncelikle alacağını alma yetkisi veren sınırlı bir aynı haktır³. Alacağın teminatı 4721 sayılı

¹ Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Öğretim Üyesi
E-Mail: ozbayibrahim@hotmail.com

² Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi, E-Mail: dr.ferhat.celik@gmail.com

³ **Rona Serozan**, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHF*, 2006, C. LXIV, S. 2, s. 301; **M. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 18. bs., İstanbul 2015, s. 891; **Ali Cem**

Türk Medeni Kanunu (TMK)⁴ çerçevesinde bir taşınmaz ise “*taşınmaz rehni*”⁵; ancak alacağın teminatı taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak ise “*taşınır rehni*” söz konusudur⁶.

Taşınır veya taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış alacaklar için hukuk sistemimizde normal alacaklardan farklı bir yol öngörülmüştür. Bu yol “*rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip*”tir. Söz konusu takip yoluna ilişkin hükümler 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun (İİK) 145 ilâ 153/a maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu takip yolunu diğer takip yollarından ayıran en önemli farklılıklardan birisi, rehinli alacaklının kural olarak⁷ rehin paraya çevrilmesi yoluna başvurmadan önce haciz veya iflâs yoluyla takip yapamamasıdır (İİK m. 45). Yani alacaklının alacağı rehinle teminat altına alınmış ise, kural olarak önce rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapması gerekmektedir⁸.

Rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda olan alacaklı takibe önce takip talebi ve ödeme emri aşamasıyla başlar, daha sonra bunları paraya çevirme aşaması izler. Burada ayrı bir haciz aşaması olmayıp rehin konusu şey icra organlarınc⁹ paraya çevrilir¹⁰. Bu paraya çevirme işlemi sonucunda, şayet elde edilen meblağ alacağın tamamını karşılamaya yetmez ise, alacaklıya açık kalan alacağı için “*rehin açığı belgesi*” adı verilen bir belge verilir (İİK m. 152/f. 1)¹¹.

Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. bs., İstanbul 2010, s. 1; **Mehmet Ayan**, *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı Haklar*, Güncelleştirilmiş 6. bs., Konya 2014, s. 153; **Faruk Acar**, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015, s. 1; **A. Lâle Sirmen**, *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014, s. 640; **Şeref Ertaş**, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. bs., İzmir 2015, s. 539; **Turhan Esener/Kudret Güven**, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 6. bs., Ankara 2015, s. 469. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG. 19.06.1932/2128).

⁴ **Budak**, s. 1; **Ayan**, 161; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 893.

⁵ **Acar**, s. 59; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 999.

⁶ Önce rehne müracaat kuralının istisnaları için bkz. **Budak**, s. 20-48; **Adnan Deynekli**, *İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, Ankara 2013, s. 68-78; **Timuçin Muşul**, *İcra ve İflas Hukuku, C. II*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. bs., Ankara 2013, s. 971-974; **Baki Kuru**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017, s. 319-320; **Nurettin Emre Bilginoğlu**, “Önce Rehne Başvurma Kuralı”, s. 5-10 (<http://www.caglayanyalcin.com/pdf/once-rehne.pdf>, E.T.: 09.04.2017); **Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz**, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. bs., Ankara 2017, s. 405-406; **Abdurrahim Karşlı**, *İcra ve İflas Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul 2014, s. 427-428; **Müjgan Tunç Yücel**, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, 1. bs., İstanbul 2010, s. 124-149; **Bilgehan Çetiner**, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015, s. 276-280.

⁷ **İbrahim Özbay**, “İpoteğin İptali Davası (İİK m. 150/c. 3) Üzerine Bir İnceleme”, *EÜHFĐ*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 403; **Karşlı**, s. 427.

⁸ Rehinli malın paraya çevrilmesi işleminin resmi yollar dışında özel yollarla da yapılabileceğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Acar**, s. 69 vd.; ayrıca bkz. **Budak**, s. 64-71; **Çetiner**, s. 111-112.

⁹ **Kuru**- İstinaftan Sonra İcra, s. 320; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 406.

¹⁰ **Deynekli**, s. 59.

Rehin açığı belgesi, gerek icra ve iflâs hukukunun rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip ve sonrası, gerekse rehin hukukunda alacaklının tatmini açısından önem arz eden konulardan birisidir. İşte bu çalışmada, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları doğrultusunda rehin açığı belgesi kavramı, rehin açığı belgesinin alınabildiği ve alınamadığı haller, türleri ve hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

II. REHİN AÇIĞI BELGESİ

A. GENEL OLARAK

Rehin açığı belgesi, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli alacaklının alacağını kısmen veya tamamen alamamış olduğunu gösteren bir belgedir¹². Bu belge ile sadece rehnin alacağı karşılamadığı tespit edilmektedir; buna karşın borçlunun başka malvarlığının bulunmadığı veya mallarının alacağı karşılamaya yetmediğinin tespiti söz konusu değildir. Dolayısıyla rehin açığı belgesi, bir “borç ödemededen aciz vesikası” değildir¹³. Rehin açığı belgesini alan alacaklı, genel hükümlere göre takip yapıp açık kalan kısmı bu şekilde de alamazsa, o zaman kendisine bir aciz vesikası (borç ödemededen aciz belgesi)¹⁴ verilir¹⁵.

Aciz vesikası ile rehin açığı belgesi her ne kadar birbirlerine benzeseler de farklı belgelerdir. Doktrinde bazı yazarlar, rehin açığı belgesinin, haciz yoluyla ve iflâs yoluyla takipte, alacağın tamamen veya kısmen karşılanmamış olması halinde alacaklılara verilen “borç ödemededen aciz belgesi” niteliğinde olduğunu belirtmektedirler¹⁶. Bu görüşte, gerek haciz ve iflâs yoluyla takipte gerekse rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, alacaklının alacağını tamamen veya kısmen alamaması hususu hareket noktası olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce daha isabetli olan ifade, rehin açığı belgesinin haciz veya iflas yoluyla takipteki borç ödemededen aciz belgesinin karşılığı (paraleli) olduğu şeklindedir¹⁷.

¹² **Saim Üstündağ**, *İcra Hukukunun Esasları*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul 1975, s. 354; **Deynekli**, s. 225-226.

¹³ Yargıtay 7. HD. 08.03.2016, E. 4918, K. 5606 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bkz. **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes**, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 3. bs., Ankara 2016, s. 358-359; **Karslı**, s. 445.

¹⁴ Aciz vesikası veya borç ödemededen aciz belgesi, borçluya karşı girişilen cebri icra prosedürünün takip konusu alacağın ödenmesi ile sonuçlanmadığının veya sadece kısmi bir ödeme ile sonuçlandığının resmi bir beyanıdır (**Selçuk Öztekin**, *İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası*, İstanbul 1994, s. 14).

¹⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 359; **Kuru** - İstinaftan Sonra İcra, s. 334.

¹⁶ **Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar**, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt 2*, Genişletilmiş ve Yeniden Yazılmış 3. bs., Ankara 2014, s. 2840; **Deynekli**, s. 226.

¹⁷ Benzer yönde bir görüş ise, rehin açığı belgesinin genel haciz yoluyla takipteki borç ödemededen aciz belgesinin karşılığı olduğu şeklindedir (Bkz. **Samet Can Olgaç**, “Rehin Açığı Belgesi ve Hükümleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 113, Ocak 2016, s. 118).

Nitekim Yargıtay'ın yeni tarihli sayılabilecek bir kararında da, kesin rehin açığı belgesi ile borç ödemededen aciz vesikasının eş değerinde bir belge olmadığına özellikle vurgu yapılmıştır¹⁸.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucunda alacağını alamayan rehinli alacaklı gerçek bir zarara uğramayacak, sadece bir rehin açığı belgesine sahip olacaktır¹⁹. Burada birden fazla alacaklının olduğu ve rehnedilen malın değerinin borcu karşılamaya yetmediği durumlarda, genel haciz yolu ile takipteki gibi tamamlama haczi de (İİK m. 139) yapılamadığı ve dolayısıyla rehin kurulan mal üzerinde, önceliği bulunan rehin alacaklısının bu avantajını yitirmemesi için, rehin açığı belgesi düzenlenir²⁰.

Alacaklının elindeki rehin açığı belgesi, borçlunun diğer alacaklılarının, onun başka mallarını haczetmelerine engel olamasa da, rehin konusu şeyin satılması sonucunda alacağının tamamını alamadığı veya rehin konusu şey daha satılmadan alacağının tamamını alamayacağı anlaşıldığı durumlarda, borçlunun diğer mallarına yönelik haciz veya iflâs yoluyla takibe başvurmasına imkân sağlayacaktır²¹. Bunun yanında bu belgenin en önemli özelliklerinden birisi de, alacağı rehinle güvence altına alınmış olan alacaklının, alacağını kısmen veya tamamen alamadığını gösteren bir belge olmasıdır²².

B. TERMİNOLOJİ

Rehin açığı belgesi için “*rehinin yetmediği vesikası*”²³, “*rehin açığı vesikası*”²⁴ gibi terimler de kullanılmaktadır. Ancak hukukumuzda yerleşik terimin “*rehin açığı belgesi*” olduğu söylenebilir.

¹⁸ Yargıtay'ın bir kararında: “*Kesin rehin açığı belgesi ‘borç ödemededen aciz vesikası’ ile eşdeğerde bir belge değildir. Kesin rehin açığı belgesi yalnızca rehnedilen taşınırın borcu karşılamadığını ortaya koyarken, borç ödemededen aciz vesikası borçlunun tüm malvarlığının borcu karşılamak açısından yeterli olmadığını anlamını taşımaktadır. Davacı bankanın öncelikle borç ödemededen aciz vesikası olarak borcun karşılanamadığını ortaya koyması ve ancak bundan sonra tahsil kabiliyeti bulunmayan krediyi tahsis etmeleri nedeniyle kusur durumuna göre bu miktardan davalıların sorumlulukları belirlenmelidir. Aciz vesikası alınmadan zararın tazmini yoluna gidilmesi henüz oluşmayan bir zarardan dolayı bankanın kredi borçlusu dışında çalışanlarından da kredi tahsili yapmasına yol açar. Aciz vesikası düzenlendiği ortaya konulmadan davanın kısmen kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”* ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 7. HD. 12.05.2015, E. 9290, K. 8612 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁹ **Deynekli**, s. 226.

²⁰ **Burcu Ece Tuna**, *Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2009, s. 103.

²¹ **Talih Uyar**, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 2. bs., Manisa 1992, s. 464; **Deynekli**, s. 226.

²² **Uyar**- Rehin, s. 464; **Uyar**- Şerh, s. 2840.

²³ Bkz. aşa. II, C- 1.

²⁴ *Vesika* terimi ise eski İİK'larında kullanılmaktadır. Bkz. 18.4.1929 tarih ve 1424 sayılı İİK m. 140; 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İİK m. 152.

Ayrıca İİK Yönetmeliği m. 53'de ve İİK m. 150/ f'de geçici rehin açığı belgesi için “*muvakkat rehin açığı belgesi*” terimi tercih edilmiş; buna karşılık İİK Yönetmeliğinin 54'üncü maddesinde kesin rehin açığı belgesi için madde başlığında sadece “*rehin açığı belgesi*” terimi kullanılmıştır²⁵.

C. REHİN AÇIĞI BELGESİYLE İLGİLİ OLARAK İCRA VE İFLAS KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER

1. 18.4.1929 tarih ve 1424 sayılı İcra ve İflas Kanununda

18.4.1929 tarih ve 1424 sayılı ilk İcra ve İflas Kanunu'nun²⁶ “*Rehniyetmemesi vesikası*” başlıklı 140'ıncı maddesinde şu şekilde hüküm öngörülmüştü: “*Rehin kâfi bedel ile talip çıkmamasından dolayı satılamaz yahut satış tutarı takip olunan alacağa yetmezse alacaklıya bunun için bir vesika verilir. Bu suretle mahrum kalan alacaklı, alacağı irat senedinden veya diğer bir gayrimenkul mükellefiyetinden doğmadıkça borçlunun sıfatına göre iflâs veya haciz yoluna gidebilir. Vesikanın verildiği tarihten bir ay içinde takip için müracaat edilirse yeniden ödeme emrine lüzum yoktur*”. Görüldüğü gibi ilk İİK'da sadece kesin rehin açığı belgesi düzenlenmiş, geçici rehin açığı belgesine bu Kanun'da yer verilmemiştir.

²⁵ İstanbul Ticaret Odasının 1980 tarihli İcra ve İflas Kanunu Tadil Tasarısında rehin açığı belgesinin yerine “*tazminat açığı belgesi*” diye isimlendirilecek bir belgenin verilmesi önerilmiştir. Tadil Tasarısının 15 ve 152'inci maddesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*İflâs veya haciz yoluna gidebilir. Haciz yoluna gittiği takdirde haczedilen malların haciz tarihi ile paraya çevrilmesi tarihi arasında toptan eşya fiyatlarında % 10'u geçen artış meydana gelir ve alacaklıda takip talebinde 58/3 maddesinde bu hususta bir talepte bulunmuş olursa icra memuru bu farka tekabül eden tazminatı karşılayacak şekilde tamamlama hacizleri yapmak zorundadır. Ancak tazminat açığı tutarını karşılayacak malların haczi ile paraya çevrilmesi arasındaki toptan eşya fiyatlarındaki artış tamamlama hacizlerine gidilmesini gerektirmez*”. Ayrıca adı geçen Tadil Tasarısının madde gerekçesinde konumuzla ilgili olarak şu ifadeler yer verilmiştir: “*... Haciz yolu ile takipler için kabul edilmiş olan bu prensibi rehinli alacaklılara teşmil edilmemesi için bir sebep görülememiştir. Ancak bu prensibin sağlayacağı tazminatın rehlin öncelik hakkından istifade ettirilmesi Medeni Kanun esaslarında ciddi bir değişiklik teşkil edeceği için bu aşırı sayılmış ve bu bapta alacağın adı bir alacak olarak mütalâa edilmesi ve bunun karşılanmaması halinde de rehin açığı belgesi yerine tazminat açığı belgesi diye isimlendirilecek bir belgenin verilmesi uygun görülmüştür. Aradaki terim farkı hüküm farkını da tazammun etmektedir. Zira rehin açığı yönünden 58/3 maddesinin tatbiki tamamlama hacizlerine yer verdiği halde tazminat açığının tamamını karşılayacak haciz vaz'ına gidilmesi esas kabul edilmekle beraber bu sıktaki hacizlerin paraya çevrilmesinin gecikmesi yüzünden paranın iştirâ kabiliyetinin düşmesi artık ayrı bir tazmin mevzuu yapılmamıştır” (Bkz. İTO, İcra ve İflas Kanunu Tadil Tasarısı, Mevzuat Dizisi:5, İstanbul 1980, s. 36).*

²⁶ RG. 04.05.1929/1183.

2. 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda

9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun²⁷ “*Rehinin yetmemesi vesikası*” başlıklı 152 inci maddesinde ise şu şekilde hüküm söz konusu idi: “*Rehin, satış isteyen alacağına derece itibarile rüçhanı olan diğer rehinli alacaklıların mecmuundan fazla bir bedel ile alıcı çıkmamasından dolayı satılamazsa veya satılıpta tutarı takip olunan alacağa yetmezse alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için bir vesika verilir. Bu suretle mahrum kalan alacaklı, alacağı irat senedinden veya diğer bir gayrimenkul mükellefiyetinden doğmadıkça borçlunun sıfatına göre iflâs veya haciz yoluna gidebilir*”. Bu İİK’da da sadece kesin rehin açığı belgesi düzenlenmiş, geçici rehin açığı belgesine bu Kanun’da yer verilmemiştir.

3. 538 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme (Mevcut Hüküm)

Hukukumuzda rehin açığı belgesi ile ilgili son (mevcut) düzenlemede geçici rehin açığı belgesi İİK m. 150/f, kesin rehin açığı belgesi ise İİK m. 152 hükümlerinde yer almaktadır. Aşağıda bu hükümlere ayrıntılı olarak girecek olmamıza rağmen, söz konusu hükümlerin tümüne bakmak yararlı olacaktır.

“*Muvakkat rehin açığı belgesi*” başlıklı **İİK m. 150/f** - (Ek: 18.02.1965 - 538/72 m.) hükmüne göre;

“*Alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre merhunun alacağı karşılıymıyacağı anlaşılırsa, alacaklının talebi üzerine kendisine açık kalan miktar için bir muvakkat rehin açığı belgesi verilir.*”

Alacaklı, bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini icra memurundan talebedebilir ve 100 üncü maddedeki esaslar dahilinde diğer alacaklıların haczine iştirak edebilir. Bu takdirde alacaklı, rehnin satışı neticesinde, alacağının tahsil edilemeyen kısmını borçlunun diğer mahcuz mallarından rüçhansız olarak alır”. Şu halde, geçici rehin açığı belgesinin, 1965 yılında 538 sayılı Kanun’un²⁸ getirmiş olduğu yeni bir müessese olduğu²⁹ görülmektedir.

Kesin rehin açığı belgesini düzenleyen “Rehin açığı belgesi” başlıklı, **İİK m. 152** (Değişik: 18.02.1965 - 538/73 m.) hükmüne göre ise;

“*Rehin, satış isteyen alacağına derece itibariyle rüçhanı olan diğer rehinli alacaklıların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılamazsa veya satılıp da tutarı takip olunan alacağa yetmezse, alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için bir belge verilir.*”

²⁷ RG. 19.06.1932/2128.

²⁸ Bkz. RG. 06.03.1965/11946.

²⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. **İlhan E. Postacıoğlu**, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 586; **İlhan E. Postacıoğlu**, *538 Sayılı Kanunun İcra ve İflâs Kanununa Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1965, s. 34; **Budak**, s. 17.

Alacağın irat senedinden veya bir taşınmaz mükellefiyetinden doğmıyan alacaklı, bu suretle tahsil edemediği alacağı için borçlunun sıfatına göre iflas veya haciz yoluna gidebilir.

Alacaklı, satış yapılmamışsa artırma gününden, satış yapılması halinde satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren bir sene içinde haciz yolu ile takip talebinde bulunursa yeniden icra veya ödeme emri tebliğine lüzum yoktur.

Rehin açığı belgesi, borç ikrarını mutazammın senet mahiyetindedir”.

Bu hükümden de görüleceği üzere, 1965 yılında kesin rehin açığı belgesine ilişkin 538 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin ilk iki fıkrası, 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunundaki düzenleme³⁰ ile neredeyse aynıdır. Sadece yeni düzenlemeye 3 ve 4 üncü fıkraların eklendiği görülmektedir.

Böylece eski kanun zamanında (yani 538 sayılı Kanun’dan önce) bu belge sadece borçlunun haciz yoluyla takibine imkân vermek gibi pek sınırlı bir sonucu doğuruyordu. Şimdi ise 538 sayılı Kanun ile bu belgeye bazı önemli sonuçlar bağlanmıştır³¹.

D. İSVİÇRE HUKUKUNDA DURUM

İsviçre Hukukunda İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun 158 inci maddesinde *kesin rehin açığı belgesi* düzenlenmiş, buna karşılık geçici rehin açığı belgesine yer verilmemiştir³².

“Rehin açığı belgesi” başlıklı söz konusu hükme göre; rehin, düşük teklif (İsv. İİK m. 126 ve 127) verildiği için paraya çevrilememiş veya paraya çevrilmesiyle elde edilen bedel borcu karşılamaya yetmemişse, icra dairesi icra takibinde bulunan rehin alacaklısına bir rehin açığı belgesi düzenler (İsv. İİK m. 158/ 1).

Bu belgenin tebliğ edilmesinden sonra takip alacaklısı, şayet İsviçre Medeni Kanunu’nun Uygulama ve Yürürlüğüne ilişkin hükümler hakkındaki son başlığının 33a maddesi anlamında bir mal veya başka bir taşınmaz yükü (mükellefiyeti) söz konusu değilse, borçlunun niteliğine göre haciz ya da iflas yoluna başvurabilir (İsv. İİK m. 158/ 2).

Aynı hükmün 3. fıkrasında ise rehin açığı belgesinin, İsv. İİK m. 82. madde anlamında borcun ikrarı olarak kabul edileceği; yani itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan belge sayılacağı hükme bağlanmıştır (İsv. İİK m. 158/ 3).

Görüldüğü gibi kesin rehin açığı belgesine ilişkin olarak İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki düzenleme ile hukukumuzdaki düzenleme arasında belgenin niteliği ve sonuçları açısından bir fark bulunmamaktadır.

³⁰ Bkz. yuk. II, C-2.

³¹ **Postacıoğlu-** Yenilikler, s. 34.

³² Konuya ilişkin olarak bkz. **Budak**, s. 23.

E. REHİN AÇIĞI BELGESİ TÜRLERİ

İcra ve İflas Kanunu'nun ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin hükümlerinde, iki çeşit rehin açığı belgesi düzenlenmiştir. Bunlar, İcra ve İflâs Kanunu m. 150f'de düzenlenen "*Geçici Rehin Açığı Belgesi*" ve m. 152'de düzenlenen "*Kesin Rehin Açığı Belgesi*" dir.

1. Geçici Rehin Açığı Belgesi

Geçici rehin açığı belgesi, rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip devam ederken, rehinli malın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek paranın alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, alacaklının talebi üzerine icra dairesi tarafından verilen bir belgedir (İİK m. 150f). Böylece alacaklı, önce rehne başvurma kuralının getireceği bazı sakıncalardan kurtulabilir³³.

Şöyle ki, rehinli alacaklı önce rehne başvurma kuralından (İİK m. 45) dolayı borçlunun diğer mallarına yönelik herhangi bir takip yapamaz. Bu durumda başka alacaklılar borçlunun mallarını haczettirip satabilirler. Bu alacaklılar kötüniyetli borçlunun mal kaçırmak için anlaştığı, muvazaalı işlemler yaptığı kişiler de olabilir. Rehinli alacaklı bu duruma müdahale edemeyeceğinden, alacağını, daha sonra kendisine verilecek kesin rehin açığı belgesiyle borçlunun diğer mallarına başvurarak alma imkânını kaybedecektir. Dolayısıyla rehinli malın alacağı karşılayamayacağını gösteren geçici rehin açığı belgesi, daha çok rehinli alacaklıyı koruyan ve ona borçlunun diğer mallarına yönelik takip yapabilme ya da diğer alacaklıların yapmış oldukları hacze iştirak edebilme imkânı tanıyan bir belge olması bakımından oldukça önem arz etmektedir³⁴.

Zaten geçici rehin açığı belgesinin ortaya çıkarılmasının altında yatan temel düşünce Millet Meclisi Adalet Komisyonu Gerekçesinde de benzer şekilde açıklanmıştır: "*...Rehinli alacaklı, 45 nci madde gereğince borçlusunu kaideten ilk önce rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibetmeye mecburdur. Rehinin kıymeti ne kadar düşük olursa olsun, ilk önce bu takibini sonuçlandıracak ve ancak rehinin alacağı karşılamadığı kesin rehin açığı belgesi ile sabit olduğu takdirde borçlunun diğer mallarına başvurabilecektir. Halbuki, rehinli alacaklının takibi devam etmekte iken, borçlunun diğer alacaklıları –ki, bunlar muvazaalı alacak sahipleri de olabilir- borçlunun diğer mallarını haczettirip sattırma imkanına sahiptirler ve rehinli alacaklı buna müdahale edemez. Bu durum alacağını bir teminata bağlamış olan rehinli alacaklıyı diğer alacaklılara nazaran daha gayrimüsait bir hale getirmektedir. Halbuki, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra memuru (müdürü) satıştan önce merhuna bir kıymet takdir edecektir. Bu takdir neticesi, rehinin alacağı*

³³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 359; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 414; Olgaç, S. C. - Rehin Açığı, s. 115.

³⁴ Bkz. Senai Olgaç, *İcra-İflâs 2. Cilt*, Ankara 1978, s. 1290-1291; Budak, s. 21-22.

karşılıyıp karşılamayacağı muvakkat olarak belli olacaktır. İşte, bu halde icra memurunun açık kalacak miktar için rehinli alacaklıya bir ‘muvakkat rehin açığı belgesi’ vermesi kabul olunmaktadır...”³⁵.

Bu belge, rehnedilen taşınır ya da taşınmaza biçilen değer kesinleştikten ve satış isteminde bulunduktan sonra, rehnedilen şeyin kesinleşen değerine göre alacaklının alacağını karşılamayacağını anlaşılmaması durumunda, karşılanmayan kısım için alacaklının talebi üzerine icra müdürü tarafından verilir (İİK m. 150f)³⁶. Geçici rehin açığı belgesinin alınabilmesi için satış işleminin sonuçlanması gerekmektedir³⁷. Ancak rehin açığı belgesinin istenebilmesi için, rehne biçilen değer kesinleşmesi gerekir. Değer biçmeye ilişkin tutanak İİK m. 103’e göre borçluya tebliğ edildikten sonra, süresi içerisinde itiraz edilmez veya yapılan itirazın reddinden sonra rehne biçilen değer kesinleşirse, alacaklı ancak o zaman geçici rehin açığı belgesi isteyebilir³⁸. Fakat doktrinde bazı yazarlar³⁹, Yargıtay’ın bazı kararları⁴⁰ doğrultusunda, kesinleşen kıymet takdirine göre, alacağın karşılanamayan kısmının belirgin olması durumunda, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla haciz yoluyla takip yapılabildiğinden, borçlunun diğer mallarına yönelik haciz yapmak için, geçici rehin açığı belgesine pek fazla ihtiyaç duyulmadığını belirtmektedir. Yani bu görüş, kesinleşen kıymet takdirine göre, alacağın karşılanamayan kısmının belirgin olması durumunda, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla borçlunun diğer mallarına haciz yapılabileceğini, fakat geçici rehin açığı belgesinin gerekmediğini belirtmektedir.

³⁵ Bkz. TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi (**Kuru**- İcra, s. 2481-2482).

³⁶ Yargıtay 12. HD. 30.12.1993, E. 16407, K. 20466: “...Alacak ipotekle temin edildiğinden, bu alacağın tahsili için İİK’nun 45. maddesi gereğince, yalnız ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabilir. Aynı kanunun 150f maddesi uyarınca “ipotekli taşınmazlara takdir edilen kesinleşmiş kıymete göre merhunun alacağı karşılamıyacağı anlaşılırsa, alacaklının talebi üzerine kendisine açık kalan miktar için bir muvakkat rehin açığı belgesi verilir”. Alacaklı bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini icra müdüründen isteyebilir. Bu husus saptanmadan borçlunun diğer mallarının haczi istenemez...” [**Talih Uyar**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Cilt 8, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. bs. (tıpkı basım), 2010, s. 12442-12443].

³⁷ **Tuna**, s. 103.

³⁸ **Olgaç, S.** - İcra, s. 1292; **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 115.

³⁹ Bkz. **Baki Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. bs., Ankara 2013, s. 1026, dn. 31; **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 116.

⁴⁰ Örnek olarak bkz. Yargıtay 12. HD. 21.10.2014, E. 26404, K. 24464 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Bu kararda Hukuk Genel Kurulu’nun 18.4.2001 gün ve 2001/12-354 E., 2001/367 K. sayılı kararına (bkz. KİBB), özellikle atf yapılmış karardaki “... takip konusu alacağın, rehin tutarı ile karşılanamayacağını belirgin olması karşısında, tüm alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile haciz yolu ile takip yapılmasında usulsüzlük bulunmadığı...” şeklindeki ifadeler vurgu yapılmıştır. Ayrıca bkz. Yargıtay 19. HD. 26.06.2013, E. 8858, K. 11933 (KİBB). Hatta Yargıtay’ın bir kararına göre, rehlin varlığına rağmen haciz yoluyla takip, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurulmadan da başlatılabilir. Yargıtay 19. HD’nin 11. 06. 2002 tarih ve E. 3524, K. 4569 no’lu bu kararı için bkz. **Budak**, s. 45- 46, dn. 103.

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise geçici rehin açığı belgesi, önce rehne başvurma kuralıyla sağlanmak istenen menfaatler ile rehinli alacaklının alacağına tam olarak kavuşmasındaki menfaat arasında denge kuran bir belgedir⁴¹. Zira, bizim İcra ve İflas Kanunumuz, kaynak (İsviçre) Kanundan farklı olarak, önce rehne başvuru kuralını, geçici rehin açığı belgesi ile haciz yoluyla takip yapmaya imkan verecek şekilde yumuşatmıştır. Bu nedenle, henüz geçici rehin açığı belgesi almayan, hatta rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibi başlatmadan önce, haciz yoluyla takip yapan bir alacaklıya, rehinli malın değer takdirinin yapılmadığı bir aşamada “rehnin alacağı karşılamayacağına belirgin olması” gerekçesiyle, “önce rehne başvurma” kuralından muaf tutmak, bu menfaat dengesini, kanun koyucunun öngörmediği şekilde bozacaktır⁴². Bu nedenle, İİK’deki geçici rehin açığı belgesine ilişkin düzenleme, “takip konusu alacağın, rehin tutarı ile karşılanamayacağına belirgin⁴³ olmasına” ve “tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla” şeklinde formüle edilmesine ilişkin içtihatlar, Kanunun sistemini zorlamış ve bozmuştur⁴⁴. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Alacaklının talebi olması ve geçici rehin açığı belgesi verilme şartlarının gerçekleşmesine rağmen, icra müdürünün bu belgeyi alacaklıya vermemesi, “bir hakkın yerine getirilmemesi” (İİK m. 16/f. 2) niteliğinde bir davranış sayılır ve süresiz şikâyete konu olur⁴⁵.

Geçici rehin açığı belgesi, söz konusu borç için rehnedilmiş mallar dışında borçlunun diğer mallarına başvurulması sonucunu doğuracağı için, daha sonra da ele alınacağı üzere borçlunun sorumluluğunun irat senedi (TMK m. 903-908) veya taşınmaz yükünden (TMK m. 839-849) doğduğu, yani alacağın rehinli taşınmazın değeri ile sınırlı olduğu hallerde, geçici rehin açığı belgesi düzenlenemez (İİK m. 152/f. 2’ye kıyasen)⁴⁶. Yani rehin açığı belgesinin düzenlenebilmesi için, borçlunun borçtan şahsen sorumlu olması ve bu sebeple borçlunun diğer malvarlığı değerlerine gidilebilmesi gerekmektedir⁴⁷; örneğin, ipotek, ipotekli borç senedi ve taşınır rehninde olduğu gibi⁴⁸.

⁴¹ Budak, s. 44-48.

⁴² Budak, s. 46.

⁴³ Burada “belirgin” kelimesinden anlaşılması gereken, kesinleşmiş kıymet takdirine göre, rehin konusu malın değerinin alacaklının alacağını karşılayamamasıdır. Bir başka deyişle burada kriter, rehin konusunun kesinleşen kıymetidir (Bkz. **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 116).

⁴⁴ Budak, s. 48.

⁴⁵ **Talih Uyar**, *İcra Hukukunda Şikâyet*, 5 Misli Genişletilmiş 2. bs., 1991, s. 126. Ayrıca süresiz şikâyet halleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Hakan Pekcanitez/Cemil Simil**, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. bs., İstanbul 2017, s. 145-222; **İbrahim Akın/Tansu Akın**, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997, s. 54-55.

⁴⁶ Budak, s. 22-23.

⁴⁷ Yargıtay 8. HD. 14.11.2012, E. 9442, K. 10597 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁸ **Baki Kuru**, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt III*, 3. bs., Ankara 1993, s. 2483; **Uyar**-Şerh, s. 2894; **Ali Haydar Karahacıoğlu/M. Edip Doğrusöz/Mehmet Altın**, *Türk Hukukunda Rehin*, Ankara 1996, s. 246.

İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nin 53'üncü maddesine göre; “Alacaklıya, satış talebinden sonra, isteği üzerine verilen bedava ve pulsuz bir belge olup, bu belgeye, dosya numarası; alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı; alacağın miktarı, rehnedilenin takdir edilen kıymeti ve kıymete göre açık kalan miktar ve ne için verildiği; bu belgenin kanunî dayanağı yazılır; belge, icra müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir (f. 1). Bu belge iki nüsha olarak düzenlenir, biri dosyasında saklanır (f. 2)”. Uygulamada, geçici rehin açığı belgesi için İİK yönetmeliğinin ekinde yer alan basılı örnekler (örnek no: 30) kullanılmaktadır⁴⁹.

2. Kesin Rehin Açığı Belgesi

Kesin rehin açığı belgesi, söz konusu rehinli mal satış isteyen alacaklının alacağına derece itibarıyla rüçhanı olan diğer rehinle temin edilmiş alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı (İİK m. 116, 129) satılamazsa veya satılıp da elde edilen para takip konusu alacağı tamamen veya kısmen karşılayamazsa, rehinli alacaklıya alacağın tamamen karşılanamadığı durumda bütün, kısmen karşılanamadığı durumda ise, kalan alacak kesimi için icra dairesi tarafından verilen belgedir (İİK m. 152/f. 1; Yön. m. 54)⁵⁰. Burada şu hususu vurgulamak gerekir ki, rehinle karşılanamayan miktar hesaplanırken o tarihe kadar işleyen faiz ve takip masrafları da dikkate alınacaktır⁵¹.

İİK m. 152/f. 1'de yer alan şartlar, doktrinde Gürdoğan tarafından, kesin rehin açığı belgesi verilebilmesinin objektif şartları olarak nitelendirilmektedir⁵².

Alacaklının talebi olmasına ve kesin rehin açığı belgesi verilme şartları gerçekleşmesine rağmen, icra müdürünün bu belgeyi alacaklıya vermemesi, “bir hakkın yerine getirilmemesi” (İİK m. 16/f. 2) niteliğinde bir davranış sayılır ve süresiz şikâyete konu olur⁵³. Keza rehin açığı belgesinin öngörülen şartlara uyulmadan verilmesi de süresiz şikâyete tabidir⁵⁴.

Burada, rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonuçlandığı, rehinin karşılamadığı miktar kesin olarak belli olduğu ve ortada geçici bir durum kalmadığı için, bu belgeye (geçici rehin açığı belgesinin karşıtı olarak) kesin rehin açığı belgesi denilmektedir⁵⁵.

⁴⁹ Bkz. **Olgaç, S.** - İcra, s. 1291; **Muşul**, s. 1028.

⁵⁰ **Kuru-** El Kitabı, s. 1026-1027; **Uyar-** Şerh, s. 2892; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 359-360; **Deynekli**, s. 228-229; **Karslı**, s. 445; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 247; **Çetiner**, s. 369.

⁵¹ Bkz. **Uyar-** Şerh, s. 2892; **Deynekli**, s. 228; **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 116. Konu ile ilgili Yargıtay 8. HD. 17.03.2014 tarih, E. 1230, K. 4391 no'lu kararı, “İpotekli taşınmazın satışından elde edilen bedel düşüldükten sonra bakiye alacak için düzenlenecek rehin açığı belgesinin verileceği miktar hesaplanırken o tarihe kadar işlemiş faizinin de aynı esaslara göre belirlenmesi gerekir” şeklindedir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵² **Burhan Gürdoğan**, *Rehinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, Ankara 1967, s. 96-97.

⁵³ **Uyar-** Şikâyet, s. 126.

⁵⁴ Yargıtay 12. HD. 26.09.1979, E. 5130, K. 6006 (**Uyar-** Şerh, s. 2892).

⁵⁵ **Kuru-** İcra, s. 2482; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz**, s. 414.

İİK Yönetmeliğine göre; kesin rehin açığı belgesi, alacaklıya rehnedilenin satılıp da satış bedelinin alacağın tamamını karşılamaması veya hiç satılmaması halinde, bedava ve pulsuz olarak verilen bir belge olup, bu belgeye, dosya numarası; alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı; alacağın miktarı; rehnedilmiş mala takdir edilen kıymet; satış tutarı; satış yapılmamışsa sebebi; geriye kalan alacak miktarı ve rehinin ne için verildiği; kanunî dayanağı yazılır; belge, icra müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir. Bu belge iki nüsha olarak düzenlenir, biri alacaklıya verilir, diğeri ise icra dosyasına konulur (Yön. m. 54). Uygulamada, bu belge için basılı örnekler (örnek no: 31) kullanılmaktadır⁵⁶.

İcra ve İflâs Kanunu m. 152’de bu belgenin, sadece takipte bulunan alacaklıya mı, yoksa alacağı karşılanmayan bütün rehinli alacaklılara verileceği konusunda bir açıklık yoktur. Ancak doktrinde bir görüş, rehinli malın satılmamış olması halinde, yalnızca takipte bulunan alacaklıya; rehinli malın satıldığı durumda ise, takipte bulunan rehinli alacaklı ile aynı derecede olan veya derece itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklılara da kesin rehin açığı belgesi verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁷. Bu görüşün karşıtı sayılabilen bir görüş ise, böyle bir ayırım yapılmadan kesin rehin açığı belgesinin talepte bulunan diğer alacaklılara da verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe göre, her iki durumda da alacağın karşılanamayacağı kesin bir şekilde anlaşıldığından, aynı sonuç diğer alacaklılar için de ortaya çıkacaktır ve bu durum usul ekonomisi ilkesiyle⁵⁸ bağdaşmamaktadır⁵⁹.

Kanaatimizce ilk görüş daha isabetlidir. Aksi takdirde bu durum zaten alacağını alamamış rehinli alacaklıya, borçlunun diğer mallarına yönelik yapacağı takiplerde, diğer alacaklıları da ortak ederek, onu cezalandırmak olur. Önce rehne başvurma kuralından (İİK m. 45) dolayı borçlunun diğer mallarına başvuramayan rehinli alacaklı, kanundan doğan bu yükümlülüğü yerine getirmesine rağmen rehinli mal satılmamıştır. Bu doğrultuda kendisine verilen kesin rehin açığı belgesiyle borçlunun diğer mallarına başvurma imkânı elde etmişken, alacağını elde etmek için hiçbir şey yapmayan diğer alacaklılara da bu imkânı tanımak hakkaniyete aykırı olacaktır. Ayrıca başka bir alacaklının yapacağı takip sonucunda rehinli malın yeterli bedelle satılmayacağı da önceden bilinemez bir husustur.

⁵⁶ Bkz. **Olgaç, S.** - İcra, s. 1302; **Muşul**, s. 1030.

⁵⁷ **Gürdoğan**- Rehin, s. 97-99. Yazar, kesin rehin açığı belgesinin hangi alacaklılara verileceğine ilişkin bu şartı, sübjektif şart olarak nitelendirmektedir. Ayrıca bkz. **Öztek**, s. 38; **Uyar**- Rehin, s. 497; **Uyar**- Kanun, s. 12612-12613; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 247-248.

⁵⁸ Esasen takip ekonomisi ilkesi olarak ifade edilmesi daha isabetli olacaktır. Zira medeni usul hukukundaki usul ekonomisinin icra ve iflas hukukundaki karşılığı ‘takip ekonomisi ilkesi’dir.

⁵⁹ **Çetiner**, s. 369.

F. REHİN AÇIĞI BELGESİNİN ALINABİLDİĞİ HALLER

1. Taşınır Rehninde

Taşınır rehni, bir alacağı teminat altına almak için taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerinde kurulur ve rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya çevirterek alacağını tahsil etme yetkisi verir⁶⁰.

Taşınır rehni, alacağa bağlı bir hak olup⁶¹, borç tamamen ödeninceye kadar alacaklı, rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir (TMK m. 944).

Daha önce de belirtildiği üzere, rehin açığı belgesi, söz konusu borç için rehnedilmiş malın borcu karşılamaya yetmemesi durumunda, borçlunun diğer mallarına başvurma imkânı sağlayacağından⁶², rehin açığı belgesine dayanarak borçluya karşı haciz veya iflâs yoluyla takip yapabilmek için, ipotek, ipotekli borç senedi veya taşınır rehninde olduğu gibi borçlunun borçtan şahsen sorumlu olması, yani alacağın irat senedinden veya taşınmaz yükünden doğmamış olması gerekir⁶³. Zira, alacağın irat senedinden ve taşınmaz yükünden doğması, taşınmazın paraya çevrilmesiyle, borçlunun kişisel sorumluluğunu ortadan kaldırır⁶⁴.

Şu halde, taşınır rehninin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen meblağ alacağı karşılamaya yetmezse, borçlunun kişisel sorumluluğu devam ettiğinden, rehinli alacaklı borçlunun diğer mallarına yönelik haciz veya iflâs yoluyla takip yapabilir⁶⁵.

Taşınır rehninde borçlu ile malik olan kişinin aynı kişi olması gerekmez. Yani üçüncü bir kişi, borçlu için taşınır malını rehin olarak gösterebilir⁶⁶. Dolayısıyla rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, üçüncü kişinin sorumluluğu söz konusu rehinle sınırlı olduğundan, alacaklı alacağının karşılanamayan kısmı için rehin açığı belgesi almışsa, buna dayanarak üçüncü kişiye karşı takip yapamaz. Çünkü üçüncü kişinin sorumluluğu rehin konusu malın satılması ile sona ermektedir⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, burada rehin açığı belgesi, asıl borçlu adına

⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 999.

⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1004; Ayan, s. 267; Sirmen, s. 737; Ertaş, s. 579; Esener/Güven, s. 529.

⁶² Bkz. yuk. II, A.

⁶³ Bkz. Kuru- İcra, s. 2483; Uyar-Şerh, s. 2894; Deynekli, s. 232-233. Ayrıca bkz. Yargıtay 8. HD. 14.11.2012, E. 9442, K. 10597 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶⁴ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşa. II, G- 1 ve 2.

⁶⁵ Ayan, s. 277.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1005.

⁶⁷ Taşınmaz rehni bakımından bkz. ve karşı. Deynekli, s. 232. Benzer şekilde Yargıtay'ın ipotekli taşınmazla ilgili olarak verdiği bir kararında da; ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin

düzenlenir; sorumluluğu rehinle sınırlı olan üçüncü kişi adına düzenlenemez⁶⁸. Aksi takdirde bu bir şikâyet sebebi olur⁶⁹.

Yargıtay'ın kararına konu olan bir başka olayda⁷⁰, isabetli olarak, satış talep edilmesine rağmen rehinli araç bulunmamış, bu nedenle satış yapılamamışsa rehin açığı belgesi düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Karara göre; *“Somut olayda, alacaklı tarafından rehnin konusu olan 12 adet aracın paraya çevrilmesi için başlatılan takipte, rehinli ... plaka no'lu araç yönünden satış talep edilmiş ise de, araç bulunamadığından henüz satış yapılamadığı, dolayısıyla İİK'nun 152. maddesinde belirtilen koşulların oluşmadığı anlaşılmaktadır. O halde, rehin açığı belgesi verilmesi isteminin reddine yönelik 19.03.2015 tarihli müdürlük kararı usul ve yasaya uygun olup, mahkemece şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, şikâyetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir”* şeklinde ifadelerle yer verilmiştir.

sorumluluğunun, ipotekli taşınmaz ile sınırlı olduğu; bu nedenle taşınmazın, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satılması halinde sorumluluk kalmayacağından, bir diğer anlatımla borçtan şahsen sorumlu olmadığından, hakkında İİK'nun 152. maddesi uyarınca rehin açığı belgesi düzenlenemeyeceği; ayrıca rehin açığı belgesi ile ancak asıl borçlu aleyhine takip yapılması mümkün olup, borçtan şahsen sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin mal varlığına başvurulmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 12. HD. 18.02.2016, E. 2015/27301, K. 2016/4516 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶⁸ İpotekle ilgili bir Yargıtay kararında bu husus, *“İpotekli taşınmazların maliki, A.A.'nın sorumluluğu satış bedeli ve satışı yapılamayan diğer ipotekli 3 taşınmazla sınırlı olup, bunun dışında bir yükümlülüğü yoktur. İpotekli taşınmazlarla karşılanmayan alacak kısmı, asıl borçlunun kişisel borcu olup ipotek verenden istenemez. İİK'nun 150/f maddesi gereğince muvakkat rehin açığı belgesi asıl borçlu için düzenlenir. İpotek veren 3. kişi için düzenlenemez”* şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay 12. HD. 11.09.2012, E. 18269, K. 25827 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca İİK Yönetmeliğinin ekinde yer alan 30 ve 31 No'lu geçici ve kesin rehin açığı belgelerinin yer aldığı örneklerle bakıldığında, rehin açığı belgesinde alacaklı ile borçlunun adı ve soyadı hanesinin bulunduğu, buna karşılık rehin verenin üçüncü kişi olması durumunda rehinli malın malikinin adı ve soyadı kısmının yer almadığı görülmektedir. Bu düzenleme de rehnin üçüncü kişi tarafından verilmesi ile borçlu tarafından verilmesinin, rehin açığı belgesi bakımından bir fark ortaya çıkarmadığını göstermektedir.

⁶⁹ İpotekle ilgili olarak Yargıtay bir kararında; *“Somut olayda, 04.06.2013 tarihinde alacaklının, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile başlattığı takipte, borçlu O.B., taşınmazın asıl borçlunun borcuna karşılık ipotek eden malik olarak üçüncü kişi konumunda olup, icra dosyasında yapılan ihale sonucu, taşınmazın borç bedelini tam karşılamadığı anlaşılmakla İİK'nun 152. maddesi gereğince rehin açığı belgesinin asıl ipotek borçlusu adına düzenlenmesi gerekir. Zira üçüncü kişinin bu borçtan sorumluluğu taşınmazın ihale bedeli ile sınırlıdır. O halde, mahkemece, borçlu O.B. adına rehin açığı belgesi düzenlenemeyeceğinden şikâyetin kabulü ile 09.06.2014 tarihli rehin açığı belgesinin O.B. hakkındaki kısmının ve bu belgeye dayalı olarak yürütülen B. 3. İcra Müdürlüğü'nün 2014/6939 Esas sayılı ilamsız icra takibinin, O.B. yönünden, iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir”* ifadelerine yer verilmiştir (Yargıtay 12. H.D. E. 2015/1663, K. 2015/12492). Karar için bkz. <http://www.forumadalet.net/index.php?topic=1455.0>, E. T.: 11.03.2018.

⁷⁰ Yargıtay 12. HD. 24.10.2016, E. 4813, K. 22071 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

2. Taşınmaz Rehninde

Taşınmaz rehninde alacağın teminatı bir taşınmazdır⁷¹. Hukukumuzda üç tür taşınmaz rehni çeşidi bulunmaktadır. Bunlar, kişisel alacağı teminat altına alan “ipotek”, arazi değerini tedavül ettiren “ipotekli borç senedi” ve “irat senedi”dir⁷². İcra ve İflas Kanununda (İİK m. 23) ipotek terimi bu üç taşınmaz rehni türünü de kapsamaktadır⁷³.

Bu başlık altında rehin açığı belgesi alınabilen taşınmaz çeşitleri olan ipotek ve ipotekli borç senedi ele alınacak olup, irat senedi ise “*rehin açığı belgesinin alınmadığı haller*” başlığı altında ele alınacaktır.

a) İpotek

İpotek, bir kişisel alacağı teminat altına almak için kurulan taşınmaz rehni çeşitlerinden birisidir⁷⁴. TMK m. 881/f. 1’de, “*Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir*” denilerek, ipoteğin kurulabilmesi için alacağın mutlaka doğmuş olması şartı aranmamıştır. Böylece, doğmuş veya ilerde doğacak, şartlı veya şartsız, belirli veya belirsiz, her türlü alacağın ipotekle teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir⁷⁵.

Alacağına bağlı bir hak olan ipoteğin kaderi de alacağına bağlıdır. Bir alacağı teminat altına almak için ipotek kurulunca, bir yandan borçlunun kişisel sorumluluğu devam etmekte iken, diğer yandan ipotek dolayısıyla taşınmaz ile sorumluluk doğmuş olur. Borçlunun kişisel sorumluluğu devam ettiği için, taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen meblağ alacağı karşılayamazsa, rehinli alacaklı borçlunun diğer malvarlığı değerlerine de başvurabilir⁷⁶. Dolayısıyla ipotekte borçlu borçtan şahsen sorumlu olduğu için, rehin açığı belgesinin alınabilmesi ve bu belgeyle borçluya karşı haciz veya iflâs yolu ile

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 893; Budak, s. 1; Ayan, 161.

⁷² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 894; Ahmet Nar, *Yabancı Para İpoteği*, Ankara 2009, s. 40.

⁷³ Bkz. İİK m. 23, f. 1 (*Değişik: 14.01.2011 - 6103/41 m.*) hükmü; “*Bu Kanunun uygulanmasında; 1. “İpotek” tabiri ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini, 2. “Taşınır rehni” tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medenî Kanununun 940 ıncı maddesinde öngörülen rehinleri, ticarî işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri, 3. Sadece “Rehin” tabiri, “ipotek” ve “taşınır rehni” tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini*” ihtiva eder.

⁷⁴ Sirmen, s. 703; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 895.

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 953; Ayan, s. 222; Sirmen, s. 703; Ertaş, s. 565; Esener/Güven, s. 500.

⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 895; Sirmen, s. 706; Bülent Davran, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972, s. 45; Tunç Yücel, s. 41.

takip yapılabilmesi mümkündür⁷⁷.

Ayrıca TMK m. 881/f. 1’de, “*İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez*” denilerek, üçüncü bir kişinin borçlu lehine taşınmazı üzerinde ipotek kurabileceğini ifade etmiştir. Yani bazı durumlarda borçlu ile malik sıfatı farklı olabilir⁷⁸. Ancak rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, üçüncü kişinin sorumluluğu söz konusu rehinle sınırlı olduğundan, alacaklı alacağının açık kalan kısmı için aldığı rehin açığı belgesine dayanarak, üçüncü kişiye karşı takip yapamaz. Çünkü üçüncü kişinin sorumluluğu rehin konusu malın satılması ile sona ermektedir⁷⁹.

Nitekim Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, “...31.10.2012 tarihinde alacaklının, *ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile başlattığı takipte, borçlu C. Ö., taşınmazın asıl borçlunun borcuna karşılık ipotek eden malik olarak üçüncü kişi konumunda olup, icra dosyasında yapılan ihale sonucu, taşınmazın ipotek borç bedelini tam karşılamadığı anlaşılmalı İİK.nun 152. maddesi gereğince kesin rehin açığı belgesinin asıl ipotek borçlusu adına düzenlenmesi gerekir. Zira üçüncü kişinin bu borçtan sorumluluğu taşınmazının ihale bedeli ile sınırlıdır. Bu durumda, mahkemece, borçlu C. Ö. adına rehin açığı belgesi düzenlenemeyeceğinden şikâyetin kabulü ile 28.02.2014 tarihli kesin rehin açığı belgesinin C. Ö. hakkındaki kısmının iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile aksi yönde hüküm tesisi de isabetsizdir*” şeklinde karar vermiştir⁸⁰.

b) İpotekli Borç Senedi

İpotekli borç senedi, borçlunun hem kişisel sorumluluğunun sürdüğü hem de taşınmaz değerini tedavül eden bir taşınmaz rehni çeşididir. Burada taşınmazın değeri bağımsızlaştırılmış ve ‘ipotekli borç senedi’ adı verilen bir kıymetli evraka bağlanarak tedavülü sağlanmıştır⁸¹.

İpotekli borç senedinde kişisel sorumluluğun bir uzantısı olarak, borçlu borcunu ödemezse taşınmaz paraya çevrilir ve alacağın karşılanmayan kısmı

⁷⁷ **Kuru-** İcra, s. 2482-2483; **Uyar-** Şerh, s. 2894; **Öztek,** s. 38-39.

⁷⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 895; **Ayan,** s. 225; **Sirmen,** s. 704; **Davran,** s. 45.

⁷⁹ **Deynekli,** s. 232; **Uyar-Kanun,** s. 12614. Rehnin üçüncü kişi tarafından gösterilmesi durumunda rehin açığı belgesinin üçüncü kişi adına düzenlenemeyeceği, asıl borçlu adına düzenlenmesi gerektiği hususunda bkz. yuk. II, F- 1.

⁸⁰ Bkz. Yargıtay 12. HD. 10.03.2015, E. 2979, K. 5357 (KİBB). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 8. HD. 12.10.2012, E. 7851, K. 9057; Yargıtay 12. HD. 28.01.2015, E. 2014/48490, K. 2015/21506 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Yargıtay 12. HD. 13.12.2010, E. 17615, K. 29768; Yargıtay 12. HD. 10.02.2016, E. 2015/31604, K. 2016/3321 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁸¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 897; **Ayan,** s. 249; **Sirmen,** s. 724; **Esener/Güven,** s. 513; **Nar,** s. 49.

için borçlunun diğer malvarlığına başvurulabilir⁸². Bunun sonucu olarak ise, ipotekli borç senedinde borçlu borçtan şahsen sorumlu olduğu için, rehin açığı belgesinin alınabilmesi ve bu belgeyle borçluya karşı haciz veya iflâs yolu ile takip yapılabilmesi mümkündür⁸³.

Aynı şekilde ipotekli borç senedinde, irat senedinden farklı olarak üçüncü bir kişi başkasının borcu için taşınmazını teminat olarak gösterebilir (TMK m. 901). Yani burada, ipotekte olduğu gibi malik ve borçlu sıfatının farklı olduğu durumlar söz konusu olabilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki, rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, üçüncü kişinin sorumluluğu söz konusu rehinle sınırlı olduğundan, alacaklı alacağının açık kalan kısmı için aldığı (kesin) rehin açığı belgesine dayanarak, üçüncü kişiye karşı takip yapamaz. Çünkü üçüncü kişinin sorumluluğu rehin konusu malın satılması ile sona ermektedir⁸⁴.

G. REHİN AÇIĞI BELGESİNİN ALINAMADIĞI HALLER

1. İrat Senedinde

İrat senedi, taşınmaz değerinin tedavül ettirilmesi amacı ile kurulan bir taşınmaz rehni çeşididir⁸⁵. İrat senedi diğer taşınmaz rehinlerinden farklı olarak kişisel sorumluluğun olmadığı⁸⁶ bir taşınmaz rehndir (TMK m. 903/f. 3). Bu yüzden irat senedinde sorumluluk, taşınmaz değeriyle sınırlı olup, taşınmazın paraya çevrilmesiyle sorumluluk da sona ermektedir⁸⁷. Dolayısıyla irat senedi olması durumunda, rehinli alacaklıya borçlunun diğer malvarlığına başvurma imkânı sağlayan rehin açığı belgesinin alınabilmesi mümkün değildir⁸⁸. Çünkü irat senedi ile değeri tedavül ettirilen taşınmazın paraya çevrilmesiyle borçlunun sorumluluğu sona erecektir⁸⁹.

Ayrıca kesin rehin açığı belgesini düzenleyen İİK m. 152/f. 3'te "Alacağı irat senedinden doğmayan alacaklı, bu suretle tahsil edemediği alacağı için borçlunun sıfatına göre iflas veya haciz yoluna gidebilir" şeklinde ifade edilerek, irat senedi olması durumunda kesin rehin açığı belgesinin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Buna karşın geçici rehin açığı belgesini düzenleyen İİK m. 150f'de böyle bir hüküm düzenlenmemiştir. Ancak geçici rehin açığı belgesinde de teminat altına alınan borç için rehnedilmiş mallar dışında,

⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 897; Ayan, s. 249; Sirmen, s. 724; Ertaş, s. 576; Tunç Yücel, s. 42-43; Nar, s. 50.

⁸³ Kuru- İcra, s. 2482-2483; Uyar- Şerh, s. 2894; Öztekin, s. 38-39.

⁸⁴ Deynekli s. 232. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. yuk. II, F- 1.

⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 987; Ayan, s. 250; Sirmen, s. 725.

⁸⁶ Benzer yönde bkz. Uyar- Kanun, s. 12614.

⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 987; Deynekli, s. 232; Ayan, s. 250-251; Ertaş, s. 577; Esener/Güven, s. 521; Davran, s. 10; Tunç Yücel, s. 43.

⁸⁸ Kuru- İcra, s. 2482-2483; Uyar- Şerh, s. 2894; Öztekin, s. 38-39; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 115.

⁸⁹ Deynekli, s. 232.

borçlunun diğer malvarlığına başvurulması sonucunu doğuracağı için, bu hükmü geçici rehin açığı belgesi için de kıyasen uygulamak gerekir⁹⁰.

Yine irat senedinde diğer taşınmaz rehinlerinden farklı olarak üçüncü kişilerin borçlu için taşınmazlarını teminat göstermeleri mümkün değildir. Dolayısıyla irat senedinde borçlu ve malik sıfatları daima aynıdır (TMK m. 907/f. 1)⁹¹.

2. Taşınmaz Yükünde

Taşınmaz yükünde malik yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü olur (TMK m. 839/f. 1). Kanunda da ifade edildiği üzere, sorumluluk sadece borcu teminat alan taşınmazla sınırlandırılmıştır. Taşınmaza bağlı bir borç olduğundan dolayı, edim borcunun borçlusu, taşınmaza kim malik ise o kişi olacaktır⁹².

Yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmese, yüklü taşınmazla sınırlı olan taşınmaz yükünde, bir kişisel sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak alacağını elde edemeyen alacaklı söz konusu yüklü taşınmazı paraya çevirerek alacağını elde edebilir (TMK m. 848)⁹³. Bu durumda, taşınmaz rehnine özellikle de sınırlı sorumluluk açısından benzer olan irat senedine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır⁹⁴. Dolayısıyla irat senedinde olduğu gibi, sorumluluk yüklü taşınmazla sınırlı olduğu ve şahsen sorumluluk olmadığı için, borçlunun diğer malvarlığına başvurma imkânı sağlayan rehin açığı belgesinin alınabilmesi mümkün değildir⁹⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, zaten kesin rehin açığını düzenleyen İİK m. 152/f. 3'te *"Alacağın ... bir taşınmaz mükellefiyetinden doğmıyan alacaklı, bu suretle tahsil edemediği alacağı için borçlunun sıfatına göre iflas veya haciz yoluna gidebilir"* şeklinde ifade edilerek, taşınmaz yükü olması durumunda kesin rehin açığı belgesinin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Yine geçici rehin açığı belgesini düzenleyen İİK m. 150f'de böyle bir hüküm düzenlenmemiştir. Fakat geçici rehin açığı belgesinde de söz konusu borç için rehnedilmiş mallar dışında borçlunun diğer mallarına başvurulması sonucunu doğuracağından, bu hükmün geçici rehin açığı belgesi için de kıyasen uygulamak gerektiği söylenebilir⁹⁶.

⁹⁰ Budak, s. 22-23.

⁹¹ Ayan, s. 250; Nar, s. 48.

⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 882; Ayan, s. 140; Sirmen, s. 631-633; Ertaş, s. 536; Esener/Güven, s. 460.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 883-884; Nar, s. 48.

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 884, dn. 14. Ayrıca doktrinde taşınmaz rehnini tanımlarken, niteliği itibariyle bir taşınmaz yükü olduğunu ifade edilmiştir (bkz. Sirmen, s. 725; Esener/Güven, s. 474).

⁹⁵ Kuru- İcra, s. 2482-2483; Uyar- Şerh, s. 2894; Özbek, s. 38-39.

⁹⁶ Budak, s. 22-23.

III. REHİN AÇIĞI BELGESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. GEÇİCİ REHİN AÇIĞI BELGESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Geçici Rehin Açığı Belgesinin Alacaklılara Hacze İştirak İmkânı Vermesi

Borçlunun hacedilen mallarının satılması sonucunda, birden fazla alacaklının alacağı karşılanamadığı hallerde İİK 100 ilâ 101'inci maddelerinde düzenlenen hacze iştirak durumu söz konusu olacaktır. Hacze iştirak, takipli (adi) iştirak ve takipsiz (imtiyazlı) iştirak olmak üzere ikiye ayrılır. İİK m. 100'de düzenlenen takipli (adi) iştirakte takip yapmış olma, öncelik şartı ve öncelik şartını belirli belgelerle ispatlama gibi şartlar aranmaktadır. Bunun yanında İİK m. 101'de düzenlenen takipsiz (imtiyazlı) iştirak ise takip yapmaya gerek olmadan sadece kanunda belirlenen kişilerce yapılabilir⁹⁷.

Rehinli alacaklının, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip devam etmekte iken almış olduğu geçici rehin açığı belgesinin de (İİK m. 150f) en önemli hukuki sonuçlarından birisi hacze iştirak konusunda karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, alacaklı bu belgeye dayanarak, alacağının rehinle karşılanamayacağı tahmin edilen kısmı için, borçlunun diğer mallarının haczini, aynı dosyadan (yani yeni bir takip yapmadan) isteyebilir⁹⁸ veya İİK m. 100'deki esaslar çerçevesinde diğer alacaklıların daha önce başlatmış oldukları hacze (takip şartı aranmaksızın) iştirak edebilir (İİK m. 150f/f. 2). Burada "yeni takip yapılmadan" ifadesi, yapılan iştirakin, İİK m. 101'de düzenlenen takipsiz (imtiyazlı) iştirak olduğu yönünde yanılabilir. Fakat İİK m. 100'de düzenlenen takipli (adi) iştirakin birçok şartı bulunmaktadır⁹⁹. Bu şartlardan birisi de takip yapmış olmaktır. Dolayısıyla elinde geçici rehin açığı belgesi olan alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yolu sona ermediğinden, aynı dosya üzerinden takip yapma şartı aranmaksızın diğer şartlara bakılıp hacze iştirak edebilir. Sonuç olarak, "takip yapılmaksızın" ifadesinin bu şekilde anlaşılması gerekmektedir.

İİK m. 100'ün madde metninde rehin açığı belgesinden bahsetmemiştir. Ancak İİK m. 150f/f. 2'ye baktığımızda, "Alacaklı, bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini icra memurundan talebedebilir ve 100 üncü maddedeki esaslar dâhilinde diğer alacaklıların haczine iştirak edebilir" şeklinde ifade edilerek, geçici rehin açığı belgesinin hacze iştirak imkânı sağladığı açıkça düzenlenmiştir.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 229-236; Kuru- İstinaftan Sonra İcra, s. 192-197; Recep Akcan, *Hacze İştirak*, Ankara 2005, s. 197 vd..

⁹⁸ Kuru- İcra, s. 2481; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 247; Mine Erturgut, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 2000, s. 41; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 414; Kuru- El Kitabı, s. 1026; Budak, s. 22; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 115.

⁹⁹ Bu şartlar için bkz. Akcan, s. 47 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 279-281; Kuru-İstinaftan Sonra İcra, s. 192-193; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 230-232.

Geçici rehin açığı belgesi için öngörülen en önemli esaslardan birisi de şudur ki; bu belge, rehinli malın alacağı karşılayamayacağını kesin bir şekilde belirlemediğinden, söz konusu rehinli mal satılıp, açık kalan kısım kesin olarak belli olmadıkça, alacaklı haczettirdiği malların satışını isteyemez¹⁰⁰. Fakat elinde geçici rehin açığı belgesi bulunan alacaklının, haczine iştirak ettiği mallar, borçlunun diğer alacaklılarının talebiyle satılırsa, rehinli alacaklının hissesine düşen para, rehinli mal satılıp açık kesin olarak belli oluncaya kadar, kendisine ödenmeyip icra dairesinde muhafaza edilir¹⁰¹. Bu takdirde rehinli alacaklı, söz konusu rehinli malın satışı neticesinde, alacağının tahsil edilemeyen kısmını borçlunun diğer mallarından rüçhansız olarak alır (150f/f. 2). Dolayısıyla rehinli alacaklı borçlunun diğer hacizli malları üzerinde öncelik hakkı ileri süremez¹⁰².

Burada şunu belirtmek gerekir ki, rehinli malın paraya çevrilmesinden önce rehinli alacaklı, elindeki geçici rehin açığı belgesinde yazılı alacak miktarı ölçüsünde, borçlunun diğer mallarının haczine katılabilir. Daha sonra, rehinli malın paraya çevrilmesi sonucunda, rehin açığının, geçici rehin açığı belgesinde yazılan miktardan az ya da çok olması, durumda herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermeyecektir. Yani rehinli alacaklı geçici rehin açığı belgesinde yazılan miktar nispetinde hacze iştirake devam edecektir¹⁰³.

Ancak daha önce de belirtildiği üzere, rehinli alacaklının payına düşen miktar, rehinli mal satılıp açık kalan miktar kesin bir şekilde belli oluncaya kadar kendisine ödenmemektedir. Bu durumda eğer alacağın rehinli malla karşılanmayan kısmı, geçici rehin açığı belgesinde yazılan miktardan az ise, hacze iştirak sonucu kendisine düşen pay, bu kesinleşen miktara göre verilecektir. Yani bu pay alacağın karşılanmayan kısmından fazla ise, geçici rehin açığı belgesinde yazılan miktardan az olsa bile, alacaklıya sadece kesinleşen rehin açığı miktarında pay verilecektir. Örneğin, rehinli alacaklıya 10.000 TL'lik geçici rehin açığı belgesi verilmiş ve mevcut bir hacze iştirak etmiş olduğunu varsayalım. Bu hacze iştirak sonucunda elinde geçici rehin açığı belgesi bulunan alacaklının payına 2.000 TL düşmüştür. Ancak daha sonra rehinli mal satılmış ve alacağın karşılanmayan kısmının 800 TL olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda 2.000 TL'nin hepsi rehinli alacaklıya verilmeyecek, sadece 800 TL verilir, geri kalan kısım diğer alacaklılara paylaştırılacaktır. Tam tersi bir durumda, yani kesinleşen rehin açığı, geçici rehin açığı belgesinde yazılan miktardan fazla ise (mesela, 20.000 TL), bu durum, rehinli alacaklının

¹⁰⁰ Uyar- Şerh, s. 2841; Kuru- İcra, s. 2481; Deynekli, s. 228; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 359; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 115.

¹⁰¹ Uyar- Şerh, s. 2842; Kuru- İcra, s. 2481; Deynekli, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz, s. 414; Olgaç, S. C. - İcra, s. 115.

¹⁰² Uyar- Şerh, s. 2842; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 115.

¹⁰³ Bkz. Postacioğlu- İcra, s. 555 vd.

payına düşen miktarı artırmayacaktır. Yani rehinli alacaklıya sadece payına düşen 2.000 TL verilecektir¹⁰⁴.

2. Geçici Rehin Açığı Belgesine Dayanarak Borçlunun Diğer Mallarının Hacini İsteyebilmesi

Önce rehne başvurma kuralı (İİK m. 45) gereğince alacak rehinle teminat altına alınmış ise, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmadan borçlunun diğer mallarına yönelik bir haciz veya iflâs yoluyla takip yapılamaz. Kanun koyucu da bu kuralın sakıncalarını gidermek için, daha rehin paraya çevrilmeden alınabilecek bir geçici rehin açığı belgesiyle borçlunun diğer mallarına başvurma imkânı sağlamıştır¹⁰⁵. Dolayısıyla elinde geçici rehin açığı belgesi bulunan alacaklı, borçlunun diğer mallarının hacini aynı dosyadan isteyebilir¹⁰⁶.

Bu konuda doktrindeki bir görüş, alacağın rehinle karşılanamayan kısmı için genel haciz yoluyla takip yapılamayacağını, önce rehne başvurma yasağının (İİK m. 45) devam ettiğini ve bu durumda ancak ihtiyati haciz kararı alınabileceğini savunmaktadır¹⁰⁷. Kanaatimizce bu görüş, geçici rehin açığı belgesinin, önce rehne başvurma kuralının meydana getirdiği sakıncaları bertaraf etme şeklindeki amacıyla çelişmektedir. Zira rehinli alacaklının, elindeki bu belgeyle borçlunun diğer mallarına yönelik haciz yoluyla takip yapmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır¹⁰⁸.

Daha önce de ifade edildiği gibi¹⁰⁹, alacaklı rehinli mal satılıp, açık kalan kısım kesin olarak belli olmadıkça, haczettirdiği malların satışını isteyemez. Elinde geçici rehin açığı belgesi bulunan alacaklının haczettirdiği mallar olur da borçlunun diğer alacaklarının talebiyle satılırsa, rehinli alacaklının alacağına karşılık gelecek para, söz konusu rehinli mal satılıp açık kesin olarak belli

¹⁰⁴ Postacıoğlu- İcra, s. 555-556.

¹⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 359; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 414.

¹⁰⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 414; Kuru- El Kitabı, s. 1026; Uyar- Rehin, s. 465; Budak, s. 22; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 115; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 247.

¹⁰⁷ Uyar- Şerh, s. 2842-2843.

¹⁰⁸ Bkz. Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 116. Ayrıca konu hakkında Yargıtay 12. HD. 21.10.2014 tarih, E. 26404, K. 24464 no'lu kararında "İİK'nun 45. maddesi gereğince rehin ile temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı, yalnız rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak, rehlin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Ayrıca, Hukuk Genel Kurulu'nun 18.4.2001 gün ve 2001/12-354 E. 2001/367K. sayılı kararında "...özellikle takip konusu alacağın, rehin tutarı ile karşılanamayacağını belirgin olması karşısında, tüm alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile haciz yolu ile takip yapılmasında usulsüzlük bulunmadığı..." da açıklanmıştır" ifadelerine yer verildiği görülmektedir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁰⁹ Bkz. yuk. III, A- 1.

oluncaya kadar, kendisine ödenmeyip icra dairesinde muhafaza edilir. Bu yönüyle geçici rehin açığı belgesi bir taraftan, borçlunun başkaca mallarına yönelmesini sağlama imkânı bakımından alacaklıyı korurken; diğer taraftan da açık kesinleşmeden haczedilen malların satışını engelleyerek borçluyu korumaktadır¹¹⁰.

Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu m. 150'ye göre verilen geçici rehin açığı belgesi, "ilam niteliğindeki belgelerden"¹¹¹ biri olmadığı için, bu belgeye dayanarak ilamlı icra yoluna başvurulamaz. Aksi takdirde alacaklı ilamlı icra takibi yapmışsa, ilamlı takibe yönelik icra emrinin şikâyetin kabulü ile birlikte iptaline karar verilmesi gerekir¹¹². Buna karşılık elinde geçici rehin açığı belgesi bulunan alacaklının haciz veya iflâs yoluna başvurmasına elbette bir engel yoktur.

B. KESİN REHİN AÇIĞI BELGESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamsız Takip Sonucunda Verilen Kesin Rehin Açığı Belgesinin Borç İkrarını İçeren Bir Senet Olması

Takip konusu borcun teminatı olan rehinli malın satılmaması ya da satılıp da bedelinin rehinli alacaklının alacağını tamamen ya da kısmen karşılayamaması hallerinde, icra memuru tarafından düzenlenerek rehinli alacaklıya verilen kesin rehin açığı belgesi İİK m. 68 anlamında "borç ikrarını içeren bir senet" niteliğindedir (İİK m. 152/f. 4)¹¹³. Böylece bu belgeye dayanarak alacaklının borçluyu takip etmesi kolaylaşmıştır. Bunun sonucu olarak, alacaklı bu belgeye dayanarak; rehnin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip sonucunda borçlunun takibe yönelik icra dairesine yaptığı itirazın kaldırılması için (İİK m. 68 vd.) icra mahkemesine başvurabilecektir¹¹⁴.

¹¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 359.

¹¹¹ İlam niteliğinde belgeler için bkz. Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 84-143; Erhan Fırat, *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler*, Ankara 2016, s. 31-119.

¹¹² Deynekli, s. 228. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD. 18.03.1999, E. 2000, K. 3489 (Uyar- Kanun, s. 12442).

¹¹³ Yargıtay 12. HD. 29.03.2004 tarih, E. 1810, K. 7454 no'lu kararında, "İİK-nun 152 /son maddesi gereğince rehin açığı belgesi, İİK-nun 68/1. maddesinde sayılan ve borç ikrarını içeren senet mahiyetindedir. Bir başka deyişle alacaklı, anılan belge sebebiyle borçlu hakkında genel haciz yoluyla icra takibi başlatabilir ve adı geçene icra müdürlüğünce örnek 49 nolu ödeme emri gönderilebilir. Bu nedenle, borçluya ilamlı takiplere ilişkin örnek 53 nolu icra emri gönderilmesi yasaya aykırı olup, mahkemece şikâyet kabul edilerek icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddi isabetsizdir" diyerek aynı yönde karar vermiştir (KİBB). Benzer karar için bkz. İİD. 03.02.1969, E. 1190, K. 1221 (Uyar- Kanun, s. 12626).

¹¹⁴ Uyar- Şerh, s. 2893.

Ancak alacaklının elinde kesin rehin açığı belgesi mevcut ve ödeme emrine itiraz edildiği için takip durmuşsa, duran takibin devamını sağlayabilmek için alacaklının, İİK'nun 68. maddesine göre itirazın kaldırılması dışında İİK'nun 67. maddesi gereğince genel mahkemede itirazın iptali davası açması mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap verilebilecektir. Yani bu durumda alacaklının seçimlik hakkının bulunduğu söylenebilecektir¹¹⁵.

Rehin açığı belgesi, maddi hukuk açısından alacağın varlığının kesin delili sayılamaz¹¹⁶. Yani rehin açığı belgesinin borç ikrarı niteliğinde olması, alacaklının itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvurması durumu (takip hukuku) bakımındandır¹¹⁷. Bu sebeple, alacaklı borçlunun itirazı üzerine itirazın iptali için mahkemeye başvurur (İİK m. 67) ya da iflâs takibi yapar ve iflâs davası açarsa (İİK m. 158), kesin rehin açığı belgesi maddi hukuk bakımından alacağın kesin delilini teşkil etmediği¹¹⁸ için, mahkeme maddi hukuk açısından, borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığını araştıracaktır¹¹⁹.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte, kesin rehin açığı belgesinin İİK m. 68 anlamında “*borç ikrarını içeren bir senet*” niteliğinde olması, etkisini ancak bir yıl sonra gösterir. Çünkü İİK m. 52/f. 3'te de belirtildiği gibi, bir yıl içinde takip yapıldığında, borçluya ödeme emri göndermeye gerek olmadığından, ödeme emrine itiraz ve dolayısıyla itirazın kaldırılmasını sağlayacak bir belgeye de ihtiyaç yoktur¹²⁰.

¹¹⁵ Yargıtay da bir kararında benzer ifadelere yer vermiştir. Örneğin, bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.12.2015 tarih ve E. 16867, K. 30379 no'lu kararı, “*Alacaklının, adi senede ve rehin açığı belgesine dayalı olarak borçlu hakkında başlattığı genel haciz yolu ile ilamsız icra takibinde; borçlu, süresinde icra dairesine yaptığı itiraz üzerine takibin durması gerekirken, itirazının dikkate alınmayarak takibe devamla aleyhine haciz işlemleri yapıldığını ileri sürerek takibin durdurulmasına ve hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi istemi ile icra mahkemesine başvurmuş; mahkemece, rehin açığı belgesinin İİK'nun 68/1 maddesinde sayılan ve borç ikrarını içeren senet mahiyetinde olduğu, borçlunun itirazının hükümsüz olup, takibe devamla haciz işlemlerinin yerinde olduğu gerekçesi ile şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.Ödeme emrine itiraz edilmesi halinde, duran takibin devamını sağlayabilmek için **alacaklı, İİK'nun 68. maddesine göre itirazın kaldırılmasını isteyebileceği gibi, İİK'nun 67. maddesi uyarınca genel mahkemede itirazın iptali davası da açabilir.** Ödeme emrinin borçluya 12.03.2012 tarihinde tebliğ edildiği ve borçlunun 16.03.2012 tarihinde yasal yedi günlük süresi içerisinde takibe itiraz ettiği görülmektedir. Bu durumda, süresinde yapılan itiraz üzerine takip durduğuna göre, takibin devamı ve haciz işlemlerine başlanabilmesi alacaklının itirazın iptali veya itirazın kaldırılması hakkında sunacağı mahkeme kararına bağlıdır” şeklindedir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).*

¹¹⁶ **Kuru-** İcra, s. 2486; **Postacıoğlu-** İcra, s. 587; **Uyar- Şerh,** s. 2893; **Deynekli,** s. 230; **Çetiner,** s. 371; **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 118.

¹¹⁷ **Postacıoğlu-** İcra, s. 587; **Deynekli,** s. 231.

¹¹⁸ Yargıtay 11. HD. 02.07.1987, E. 3601, K. 4048 (**Uyar-** Kanun, s. 12622-12624).

¹¹⁹ **Kuru-** İcra, s. 2486; **Uyar- Şerh,** s. 2893; **Deynekli,** s. 230-231.

¹²⁰ **Kuru-** İcra, s. 2485; Yargıtay 12. HD. 27.11.2014 tarih, E. 28807, K. 28544 no'lu kararı: “*Rehin açığı belgesine dayalı genel haciz yolu ile ilamsız icra takibinde, borçlunun icra*

2. İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamlı Takip Sonucunda Verilen Rehin Açığı Belgesinin İlamlı İcra Takibine Konu Edilebilmesi

Kesin rehin açığı belgesinin İİK m. 68 anlamında “*borç ikrarını içeren bir senet*” niteliğinde olduğuna ilişkin hüküm (İİK m. 152/f. 4) rehlin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip sonucunda verilen rehin açığı belgesi içindir. İlamlı takip sonucunda verilen rehin açığı belgesi, dayanağı olan ilam veya ilam niteliğindeki belge ile birlikte aynı şekilde “*ilam niteliğinde belge*” olduğundan, ona dayanarak yapılacak takip de yine ilamlı takip olacaktır¹²¹. İlamlı takipte de

*mahkemesine başvurusu; takip konusu yapılan 14.660,28 TL toplam alacak için 6.000,00 TL ödemede bulunulduğu, buna rağmen ne miktara göre faiz hesabı yapıldığı belirtilmeden 18.761,50 TL borç hesaplandığı ileri sürülerek, yapılan ödemeler ve fahis faiz düşülmek sureti ile hesap yapılmasına ilişkindir. Mahkemece borçlunun ödeme emrinde yer alan faize itiraz ettiği, bu itirazın İİK'nun 62/1. maddesi gereğince ödeme emri tebliği üzerine 7 gün içinde icra dairesine bildirilmesi gerektiği ve dolayısıyla bu davada hukuki menfaati olmadığı gerekçesi ile dava şartı yokluğundan istemin reddine karar verildiği görülmektedir. İİK'nun 152/1. maddesinde; rehin, satış isteyen alacağına derece itibarıyla rüçhanı olan diğer rehinli alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılmazsa veya satılıp da tutarı takip olunan alacağa yetmezse, alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için bir rehin açığı belgesi verileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise; alacaklının, satış yapılmamışsa artırma gününden, satış yapılması halinde satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren bir sene içinde bu belgeye dayalı olarak haciz yolu ile takip talebinde bulunması halinde, yeniden icra veya ödeme emri tebliğine gerek olmadığı öngörülmüştür. **Rehin açığı belgesi içeriğinden, bir sene içerisinde bu belgeye dayalı olarak haciz yolu ile takip talebinde bulunulduğuna göre, borçluya ödeme emri gönderilmesine gerek yoktur.** Alacaklının da ödeme emri gönderilmesi yönünde talebi olmadığından icra müdürlüğüne re'sen ödeme emri gönderilse bile, bu durum borçluya, İİK'nun 62 ve devamı maddeleri uyarınca itiraz hakkı vermez. Takip dosyası içerisinde düzenlenmiş bir tebliğat var ise de, borçluya (7) örnek ödeme emrinin tebliğ edildiğini gösteren bir tebliğat da bulunmamaktadır. Somut olayda, rehin açığı belgesindeki alacak 13.749,00 TL'dir. **Borçlunun rehin açığı belgesinde belirtilen ve takip konusu yapılan bu asıl alacak miktarına ve 21.01.2014 olan takip tarihinden önceki dönem için istenen 911,28 TL işlemiş faiz miktarına herhangi bir itirazı yoktur.** Borçlunun şikayeti, icra müdürlüğüne 12.06.2014 tarihinde yapılan 18.732,52 TL bakiye borç hesabına yönelik olup, yasal dayanağı İİK'nun 16. maddesidir. Buna göre borçlunun icra müdürlüğüne yapılan hesap işleminin doğru olmadığından bahisle bu hususta icra mahkemesi nezdinde şikayette bulunmasında hukuki yararı vardır. O halde mahkemece, borçlunun ileri sürdüğü şikayet nedenleri hakkında beyanı alınıp varsa delilleri toplandıktan ve alacaklı tarafa da bu hususta savunma imkanı tanınarak göstereceği belge ve delilleri sorulduktan sonra, icra müdürlüğüne yapılan bakiye borç hesabı konusunda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak hesap işleminin ve faiz miktarının doğru olup olmadığı denetlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (KİBB). Aynı yönde bir karar için bkz. Yargıtay 12. HD. 17.06.2013, E. 15537, K. 22692 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).*

¹²¹ **Kuru-** İcra, s. 2485; **Kuru-** El Kitabı, s. 1027-1028; aynı şekilde bkz. **Uyar-Kanun**, s. 12613. Aynı konuda Yargıtay 8. HD. 19.10.2015 tarih, E. 2014/16009, K. 2015/18573 no'lu kararında, şu ifadelerle yer verilmiştir: “İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibi sırasında verilen rehin açığı belgesi ilamlı takibe konu edilebilir. *Bu durumda anılan*

icra emrine itiraz imkânı zaten olmadığından¹²², itirazı kaldıran bir belgeye de ihtiyaç bulunmamaktadır.

3. Kesin Rehin Açığı Belgesine Dayanarak Borçluya Karşı Yeni Takip Yapılabilmesi

Alacaklı kesin rehin açığı belgesini gösterip, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yaptığını (yani İİK m. 45 hükmünün gereğini yerine getirdiğini), fakat alacağının bir kısmını veya tamamını alamadığını ispatlayarak, borçlunun başka mallarına yönelik haciz veya (iflâsa tabi ise) iflâs yoluyla takibe başvurabilir (İİK 152/f. 2). Borçlu hakkında yapılan bu takip, yeni bir takip olup, eski takibin devamı değildir¹²³. Burada geçici rehin açığı belgesinin aksine, mevcut rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip sona erdiği için, kesin rehin açığı belgesine dayanılarak başlatılan takip yeni bir takiptir. Fakat geçici rehin açığı belgesinde mevcut takip sona ermediği için, daha önce de ifade edildiği gibi¹²⁴ yeni bir takip yapılmadan (aynı dosyadan) borçlunun diğer mallarının haczi istenebilir.

Alacaklının kesin rehin açığı belgesine dayanarak, borçluya karşı takip yapabilmesi için borçlunun sorumluluğunun, şahsen sorumluluğun olmadığı haller olan, irat senedi (TMK m. 903-908) veya taşınmaz yükünden (TMK m. 839-849) doğmamış¹²⁵; ipotek, ipotekli borç senedi ve taşınır rehlinde olduğu gibi, borçlunun borçtan şahsen sorumlu olduğu hallerden doğmuş olması gerekmektedir¹²⁶. Ayrıca rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, üçüncü kişinin sorumluluğu söz konusu rehine sınırlı olduğundan, alacaklı alacağının açık kalan kısmı için aldığı bu belgeye dayanarak, üçüncü kişiye karşı takip

belgedeki alacağın ödendiği ilamlı takip koşullarında İİK 33. maddesinde belirtilen nitelikte belgelerle ispatlanabilir. Somut olayda bu nitelikte ödeme belgesine dayanılmamıştır. İİK 134/4 maddesi (son cümlede) «ihalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin karar verilmesi üzerine ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir» hükmünden kaynaklı nemalar, alacaklıya alacağın yanında alacağını ihalenin kesinleşmesine kadar tahsil edemediği nedeniyle ödenmesi gereken ve depo edilen ihale bedelinin getirisi niteliğinde paralar olup, takip konusu alacaktan ödeme olarak mahsubu mümkün değildir. Mahkemece aksi kanaatle nemalar ödeme olarak değerlendirilip yapılan hesaplama ile sonuca gidilmesi doğru değildir.” (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²² Buna karşılık ilamlı icrada icranın geri bırakılması müessesesi mevcuttur. Bkz. **Talih Uyar**, “Takip Hukukunda İcranın Geri Bırakılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 1972, s. 242-248. Ayrıca bkz. **Kuru-** İstinaftan Sonra İcra, s. 302-307; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 390-393; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 334-338; **Karslı**, s. 405-417.

¹²³ **Gürdoğan-** Rehin, s. 104.

¹²⁴ Bkz. yuk. III, A- 1.

¹²⁵ **Kuru-** İcra, s. 2483; ayrıca bkz. **Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım**, *İcra ve İflas Hukuku*, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 6. bs., İstanbul 2015, s. 287; **Olgaç, S.** - İcra, s. 1300; **Olgaç, S. C.** -Rehin Açığı, s. 117; İİD. 14.01.1960, E. 140, K. 163 (**Olgaç, S.** - İcra, s. 1303).

¹²⁶ **Öztek**, s. 38-39; **Kuru-** İcra, s. 2482-2483; **Uyar-** Şerh, s. 2894.

yapamaz. Çünkü üçüncü kişinin sorumluluğu rehin konusu malın satılması ile sona ermektedir¹²⁷.

Alacaklı, satış yapılmamışsa, artırma gününden; satış yapılmışsa satışın yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde haciz yolu ile takipte bulunursa, borçluya yeniden ödeme veya icra emri gönderilmesine gerek yoktur (İİK m. 152/f. 3). Böylece alacaklı elindeki kesin rehin açığı belgesi sayesinde, zaman kaybetmeden takip talebi ile birlikte borçlunun mallarının haczini isteyebilecektir¹²⁸. Maddede sadece haciz yolu ile takipten bahsettiği için, doktrinde bir görüşe göre, iflâs yolu ile takip yapılırsa borçluya iflâs ödeme veya icra emri gönderilmesi gerekecektir¹²⁹. Fakat bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, bu hükmü (İİK m. 152/f. 3) iflâs yolu ile takip yapılması halinde de uygulamak gerekir. Yani alacaklı bir yıl içinde iflâs yolu ile takipte bulunursa, borçluya yeniden ödeme veya icra emri gönderilmesine gerek yoktur¹³⁰.

Alacaklının rehin açığı belgesine dayanarak bir yıl geçtikten sonra takip yapması halinde, borçluya icra veya ödeme emri tebliğ edilmesi gerekir. Rehin açığı belgesinin verildiği takip, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip idi ise, alacaklı ilamlı icra takibi yapacak ve borçluya “*icra emri*” (İİK m. 32) gönderilecektir. Fakat rehin açığı belgesinin verildiği takip, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip idi ise, alacaklı ilamsız icra takibi yapacak ve borçluya “*ödeme emri*” (İİK m. 60) gönderilecektir¹³¹. Aksi takdirde borçluya ödeme emri yerine icra emri gönderilmesi kanuna aykırı olup¹³², “kanuna aykırılık” sebebine göre şikâyet yoluna başvurulabilir¹³³.

Ayrıca, İİK m. 152/f. 3 hükmündeki düzenleme, satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren bir yıl içinde rehin açığı belgesine dayanarak takip yapılması halinde yeniden ödeme emri tebliğ edilmesine gerek bulunmadığına ilişkindir. Yoksa, alacaklının söz konusu bu süre içinde takip yapma zorunluluğu elbette yoktur. Zira alacaklı, rehin açığı belgesine dayanarak, alacak için öngörülen zamanaşımı süresi içinde her zaman takip yapabilir¹³⁴.

¹²⁷ Deynekli, s. 232.

¹²⁸ Uyar- Şerh, s. 2894; Deynekli, s. 233.

¹²⁹ Gürdoğan- Rehin, s. 102; Uyar- Rehin, s. 467; Öztekin, s. 41.

¹³⁰ Olgaç, S. - İcra, s. 1300-1301; Üstündağ, s. 355.

¹³¹ Kuru- İcra, s. 2485; Uyar-Şerh, s. 2894; Öztekin, s. 41; Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 117.

¹³² Kuru- İcra, s. 2485. Ayrıca bkz. Yargıtay İİD. 11.11.1969, E. 10246, K. 10620 (Olgaç, S. - İcra, s. 1304).

¹³³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz, s. 415.

¹³⁴ Bkz. Yargıtay 12. HD. 14.09.2015, E. 10496, K. 20831 no’lu kararı, “İİK 152/son maddesine göre rehin açığı belgesi, borç ikrarını mutazammım senet mahiyetindedir. İİK.nun 172/3. maddesindeki düzenleme ise satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren 1 yıl içinde rehin açığı belgesine dayanarak takip yapılması halinde yeniden ödeme emri tebliğ edilmesine lüzum bulunmadığına ilişkin olup, alacaklının öngörülen bu süre içinde takibe geçme zorunluluğu bulunmamaktadır. Alacaklı, rehin açığı belgesine dayanarak, alacak için öngörülen

4. Kesin Rehin Açığı Belgesinin Alacaklılara Hacze İştirak İmkânı Vermesi

Daha önce de ifade edildiği üzere¹³⁵ geçici rehin açığı belgesinin İİK m. 100'de düzenlenen hacze iştirake imkân sağladığı Kanun'da açıkça ifade edilmiştir (İİK m. 150f/f. 2). Buna karşın, kesin rehin açığı belgesinin hacze iştirak sağlayıp sağlamadığı konusunda kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüş, İİK m. 100'de bahsedilmediği ve İİK m. 152'de de bir düzenleme bulunmadığı için, kesin rehin açığı belgesini elinde bulunduran alacaklının, İİK m. 152/f. 3'te düzenlenen bir yıllık süre içerisinde ilamlı veya ilamsız haciz yolu ile takip yapması halinde, borçluya yeniden icra veya ödeme emri gönderilmeden, takip talebi ile birlikte, borçlunun mallarına başka bir alacaklı tarafından konulmuş olan hacze iştirak edemeyeceğini savunmaktadır¹³⁶.

Diğer bir görüş ise, rehin açığı belgesi ile borç ödemedен aciz vesikası arasındaki benzerlik nedeniyle, m. 100'de yer alan borç ödemedен aciz belgesinin, aynı nitelikteki "*rehin açığı belgesini*" de kapsadığı ve dolayısıyla kesin rehin açığı belgesinin de hacze iştirak imkânı sağladığını savunmaktadır¹³⁷. Nitekim Yargıtay¹³⁸ ve bir grup yazar tarafından¹³⁹ da kesin rehin açığı belgesinin İİK m. 100/b. 4 uyarınca, resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri

zamanasını süresi içinde her zaman takip yapabilir" şeklindedir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹³⁵ Bkz. yuk. III, A-1.

¹³⁶ **Burhan Gürdoğan**, "İcra-İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar", *Batider*, 1963/ II- 1, s. 36.

¹³⁷ **Postacıoğlu**- İcra, s. 432.

¹³⁸ Bkz. Yargıtay 12. HD. 03.07.1997, E. 4082, K. 6974 no'lu kararı: "*İlk hacze iştirak edebilecek alacaklıların dayanabileceği belgeler, İİK'nun 100. maddesinde sayılmıştır. Borç ödemedен aciz vesikası, anılan hükmün 1. bendinde ilk hacze iştirak edebilecek belgelerden kabul edilmiştir. Mahcuz malların paraya çevrilmesi sonucunda alacağının tamamını alamayan alacaklıya verilen aciz vesikası alacağın ödenmemiş miktarını tevsik eden bir belgedir. Bu belgeye dayanan alacağa ilk hacze iştirak imkânı tanınmasının nedeni, borçlunun alacaklının alacağını karşılayacak başka mallarının bulunmamasıdır. Oysa davacının alacağının dayanağı olan kesin rehin açığı belgesi, rehlin borcu karşılamadığını tevsik eden bir belge olup, alacaklının borçlunun başka mallarına yönelik takip yapma imkânının mevcut olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, kesin rehin açığı belgesinin borç ödemedен aciz vesikası gibi ilk hacze iştirak imkânı verdiği kabul edilemez. Ancak kesin rehin açığı belgesi, resmi dairelerin yetkileri dâhilinde ve usulüne göre verdikleri bir belge olarak, İİK'nun 100/4. maddesi uyarınca ilk hacze iştirak imkânı sağlar. Somut olayda kesin rehin açığı belgesinin tarihi 9.1.1997 olduğundan davalı alacaklının koyduğu 25.6.1996 tarihli ilk hacze iştiraki mümkün değildir. Diğer bir anlatımla İİK'nun 100/4 maddesinde öngörülen koşul gerçekleşmediğinden ilk hacze iştirak edemez. Düzenlenen sıra cetveli ve mercii hâkimliğinin şikâyetin reddine ilişkin kararında bu nedenle bir isabetsizlik bulunmamaktadır. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle kararın ONANMASINA...*". (KİBB).

¹³⁹ **Kuru**- El Kitabı, s. 534; **Öztek**, s. 45; **Karslı**, s. 328; **Akcan**, s. 79.

dâhilinde ve usulüne göre verdikleri belgelerden sayılıp, bunun hacze iştirak imkânı sağladığı savunulmuştur. Bizim katıldığımız görüşe göre¹⁴⁰, geçici rehin açığı belgesi, İİK m. 100'deki esaslar çerçevesinde düzenlenen hacze iştirake imkân verdiğine (İİK m. 150f/f. 2) göre, kesin rehin açığı belgesi de hacze iştirak imkânını evleviyetle vermelidir. Kesin rehin açığı belgesi, aciz vesikası hükmünde olmasa da, hacze takipli (adi) iştirakte öncelik şartını sağlayan belgelerden olan İİK m. 100/b. 4'teki belge hükmünde olup, diğer şartların varlığı halinde hacze takipli iştirak imkânını sağladığı söylenebilir.

Kesin rehin açığı belgesi yukarıda belirtilenler dışında başka bir hukuki sonuç doğurmaz. Bir başka deyişle, elinde kesin rehin açığı belgesi bulunan alacaklının borç ödemedi aciz belgesinin (İİK m. 143) diğer hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Örneğin, alacaklı bu belgeye dayanarak, tasarrufun iptali davası (İİK m. 277) açamayacağı gibi¹⁴¹, borçlunun İİK m. 331, 332 ya da 338'e göre cezalandırılmasını da isteyemez¹⁴².

Ancak belirtmek gerekir ki, alacaklı rehin açığı belgesine dayanarak, alacağının karşılanmayan kısmı için, borçlunun diğer malvarlığına yönelik takip yapmasına rağmen, yine de tatmin edilemezse, o zaman kendisine bir borç ödemedi aciz belgesi (İİK m. 143) verilir¹⁴³. Böylece artık alacaklı İİK m. 143'te düzenlenen bu belgeye (aciz vesikası) istinaden, tasarrufun iptali davası (İİK m. 277 vd.) açabilir¹⁴⁴. Bir başka deyişle, bu yeni takipte İİK m. 105/f. 1 ve f. 2'de öngörülen ihtimaller¹⁴⁵ gerçekleştiği takdirde, alacaklı iptal davası açma yetkisine sahip olacaktır¹⁴⁶. Ayrıca alacaklı, borç ödemedi aciz belgesinin sağladığı diğer imkânlardan da yararlanabilecektir.

¹⁴⁰ Bkz. **Muşul**, s. 1029.

¹⁴¹ **Kuru**- İcra, s. 2487; **Uyar**- Şerh, s. 2895; **Öztek**, s. 44; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 287; **Deynekli**, 233; **Çetiner**, s. 371; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 247; Yargıtay 15. HD. 03.11.1997 tarih, E. 4061, K. 4665 no'lu kararı: "Rehin açığı belgesine dayanarak iptal davası açılması mümkün olmayıp, davanın dinlenebilmesi için borçlu hakkında alınmış geçici (İİK. md. 105) veya kesin (İİK. md. 143) aciz vesikası bulunmalıdır. Bu şart dava koşulu olup mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir" (KİBB); aynı doğrultuda bkz. HGK. 01.12.1999, E. 1999/15-986, K. 997; İİD. 23.11.1968, E. 11048, K. 10834 (**Uyar**- Kanun, s. 12616-12617, 12626).

¹⁴² **Uyar**- Şerh, s. 2895; **Öztek**, s. 44.

¹⁴³ **Kuru**- İcra, s. 2487; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 247; **Uyar**- Şerh, s. 2895; **Kuru**, El Kitabı, s. 1028; **Öztek**, s. 44; **Deynekli**, 233; **Melis Alkan**, *Anonim Ortaklıkta Pay Üzerindeki Rehnin Paraya Çevrilmesi*, (Danışman: Prof. Dr. Veliye Yanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 135.

¹⁴⁴ **Uyar**- Rehin, s. 468; **Öztek**, s. 44; **Deynekli**, 233.

¹⁴⁵ İİK m. 105: "Haczi kabil mal bulunmazsa haciz tutanağı 143 üncü maddedeki aciz vesikası hükmündedir. İcraca takdir edilen kıymete göre haczi kabil malların kifayetsizliği anlaşıldığı surette dahi tutanak muvakkat aciz vesikası yerine geçerek alacaklıya 277 nci maddede yazılı hakları verir".

¹⁴⁶ **Gürdoğan**- Vesikalar, s. 36.

5. Kesin Rehin Açığı Belgesine Dayanılarak Yapılan Takibin İlk Takibin Devamı Olup Olmadığı Meselesi

İİK 150/f uyarınca alınan geçici rehin açığı belgesi, ilk takibin devamı mahiyetinde olup ayrı bir takibe konu edilemez. Bir başka deyişle aynı icra takibi kapsamında, geçici rehin açığı belgesine konu alacak miktarı kadar ilamsız takip (yeniden ödeme veya icra emri gönderilmesine gerek bulunmaksızın) yürütülüp, borçlunun tespit edilebilen mallarına haciz konulur.

Buna karşılık kesin rehin açığı belgesine dayanılarak yapılan takip, ilk takibin devamı olmayıp¹⁴⁷ yeni bir takibe konu edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararı¹⁴⁸ da bu yönde olup, kararda *“Alacaklının borçlu aleyhine başlatmış olduğu ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibin kesinleşmesi üzerine, söz konusu taşınmaz, alacağa mahsuben alacaklı tarafından satın alınmıştır. Alacaklı bu dosyadan bakiye alacağı için, İİK.nun 152. maddesi gereğince “rehin açığı belgesi” olarak, ayrı takip yapması gerekirken, aynı dosyadan sözkonusu alacak için takibini sürdürmesi mümkün bulunmamaktadır...”* ifadelerine yer verilmiştir.

6. Rehin Üzerinde İstihkak İddia Edilmesi ve Bu İddia Nedeniyle Rehinli Malın Satılmaması Halinde Ortaya Çıkan Durum

İstihkak davasının konusunu rehin hakkının teşkil ettiği hallerde, icra mahkemesince istihkak davasının kabulü yönünde karar verilmişse, mal üzerindeki haczin kalkmayacağı hukukumuzda bilinmektedir. Zira bu durumda, mal üzerindeki haciz varlığını korumakta, bu hak cebri icranın ileriki aşamalarında (paraya çevirme aşamasında) dikkate alınacak, bir başka deyişle hesaba katılacaktır. Yani, kısaca, mal, söz konusu hakla yüklü olarak haczedilmiş sayılacaktır¹⁴⁹.

Rehin üzerinde istihkak iddia edilmiş ve sonuçta bu iddia nedeniyle rehinli mal satılmamışsa bunun konumuz bakımından önemi, bu durumda alacaklıya rehin açığı belgesinin verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Burada hukuken alacaklıya rehin açığı belgesinin verilmesi mümkün değildir. Çünkü rehin açığı belgesinin verilebilmesi için her şeyden önce bir rehin hakkının bulunması gerektiği unutulmamalıdır¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Gürdoğan- Rehin, s. 104; aynı yönde bkz. Uyar-Kanun, s. 12614.

¹⁴⁸ Yargıtay 12. HD. 17.07.2008, E. 12241, K. 15373 (<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=33449>; E. T.: 15.10.2017).

¹⁴⁹ Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara 2005, s. 569.

¹⁵⁰ Gürdoğan-Rehin, s. 97.

7. Kesin Rehin Açığı Belgesine Dayanarak Konkordatonun Feshi Davası Açılabilmesi

Alacaklının elinde kesin rehin açığı belgesi varsa, buna dayanarak konkordatonun feshi davası açılmasında hukuki yararı bulunmaktadır¹⁵¹. Nitekim konu ile ilgili bir Yargıtay kararında¹⁵², “Alacaklı tasdik edilen konkordatonun kendisi yönünden feshini İİK'nun 307. maddesi uyarınca isteyebilir. Hükme göre alacaklının konkordatonun feshini isteyebilmesi için tasdik edilen konkordatodan etkilenmesi gerekir. Konkordatodan etkilenmeyen alacaklının konkordatonun feshi davası açmakta hukuki yararı bulunmadığından fesih davası açamaz. Davacı alacaklının alacağı rehinle teminat altına alındığından konkordatodan etkilenmez. Ancak, daha sonra rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takipten sonra rehin açığı oluştuğundan ve rehin açığını alacaklı konkordato şartlarına göre isteyebileceğinden konkordatonun feshi davası açmakta hukuki yararı bulunmaktadır” denilerek, burada rehin açığı belgesine önemli bir sonuç bağlamıştır.

IV. REHİN AÇIĞI BELGESİYLE İLGİLİ DİĞER BAZI SORUNLAR

1. Rehin Açığı Belgesinin Bir Yıl İçerisinde Takibe Konulması Halinde Harç Alınıp Alınmayacağı

Rehin açığı belgesiyle yapılan takiplerde harç alınıp alınamayacağı konusunda mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanaatimizce harçlar konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Geçici rehin açığı belgesiyle yapılan takipler yeni bir takip olmayıp, mevcut dosya üzerinden yürütüldüğü için, geçici rehin açığı belgesiyle yapılan takiplerde, genel olarak icra takip işlemi başlatıldığında alınan başvuru ve peşin harcın ödenmeyeceği; fakat tahsil harcı ile cezaevleri harcının ödeneceği söylenebilir. Buna karşılık, kesin rehin açığı belgesiyle yapılan takip, mevcut takibin devamı niteliğinde olmadığı ve yeni bir takip sayıldığından, burada tüm harçların alınması gerekir.

2. Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda “Rehin Açığı” Kavramının (İİK m. 309/ ı) Anlamı

“Rehin Açığı” başlıklı İİK m. 309/ı hükmüne göre;

“(Ek: 17.07.2003 - 4949/84 m.) Geçici pay cetvelinin tevdiî sırasında rehni paraya çevrilmiş bulunan rehlinli alacaklılar, alacaklarının açık kalan kısmı için geçici dağıtımaya katılırlar. Açık kalan kısım konkordato tasfiye memurları tarafından belirlenir ve bu karara karşı şikâyet yoluna gidilebilir (f. 1).

¹⁵¹ Olgaç, S. C. -Rehin Açığı, s. 118.

¹⁵² Yargıtay 19. HD. 03.04.2008, E. 2007/8960, K. 2008/3405 (KİBB).

*Geçici pay cetvelinin tevdiî sırasında rehin paraya çevrilmemişse, rehinli alacaklı komiser tarafından açık kalacağı öngörölmüş olan miktar için dağıtıma katılır. **Rehin paraya çevrilmesinden elde edilen bedelin öngörölen miktarın altında kaldığını ispatlayan rehinli alacaklı, buna tekabül eden ödemelere hak kazanır (f. 2).***

Rehin paraya çevrilmesinden elde edilen bedel ile o zamana kadar yapılan geçici ödemeler toplamı alacak tutarını aşarsa, rehinli alacaklı fazlayı iade etmek zorundadır (f. 3)''.

Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, maddenin kenar başlığı "rehin açığı"dır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ifade, rehin açığı belgesini düzenlememektedir. Bu hüküm kanımızca, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda rehinle karşılanamayan alacakların geçici dağıtmaya nasıl katılacaklarının ayrı bir hüküm ile düzenlenmesinden ibarettir¹⁵³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, rehinle karşılanamayan alacakların dağıtmaya katılabilmeleri için borçlunun alacaktan dolayı şahsen sorumlu olması şarttır¹⁵⁴.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Rehin açığı belgesi, gerek icra ve iflâs hukukunun rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip ve sonrası, gerekse rehin hukukunda alacaklının tatmini açısından önemli olan belgelerden birisidir. Bu çerçevede rehin açığı belgesini rehin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli alacaklının alacağını kısmen veya tamamen alamamış olduğunu gösteren bir belge şeklinde tanımlamak mümkündür.

Alacaklının elindeki rehin açığı belgesi, borçlunun diğer alacaklılarının, onun başka mallarını haczetmelerine engel olamasa da, rehin konusu şeyin satılması sonucunda alacağının tamamını alamadığı veya rehin konusu şey daha satılmadan alacağının tamamını alamayacağı anlaşıldığı durumlarda, borçlunun diğer mallarına yönelik haciz veya iflâs yoluyla takibe başvurmasına imkân tanıyacaktır.

Rehin açığı belgesi geçici ve kesin rehin açığı belgesi şeklinde ikiye ayrılır. Geçici rehin açığı belgesinin, alacaklılara hacze iştirak imkânı vermesi ve bu belgeye dayanılarak borçlunun diğer mallarının haczini isteyebilmesi şeklinde iki hükmü vardır.

¹⁵³ Konuya ilişkin olarak bkz. **İbrahim Ercan**, *İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Konya 2007, s. 390. Bu konuda geçici pay cetvelinin iflas dairesine sunulurken rehin paraya çevrilmiş olup olmadığına göre bir ayırım yapılmakta; özellikle, tasfiye memurlarının geçici pay cetvelini iflas dairesine sundukları sırada, rehin paraya çevrilmiş ve alacakları rehinle güvence altına alınmış alacaklıların, alacaklarını tam olarak alamamışlarsa, açık kalan kısım için geçici dağıtıma katılacakları kabul edilmektedir (Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s. 390- 392).

¹⁵⁴ Bkz. **Ercan**, s. 390 vd.

Buna karşılık, kesin rehin açığı belgesinin sonuçları özetle; a) Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip sonucunda verilen kesin rehin açığı belgesinin borç ikrarını içeren bir senet olması b) İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip sonucunda verilen rehin açığı belgesinin ilamlı icra takibine konu edilebilmesi, c) Kesin rehin açığı belgesine dayanarak borçluya karşı yeni takip yapılabilmesi, d) Kesin rehin açığı belgesinin alacaklılara hacze iştirak imkânı vermesi, olarak belirtilebilir.

Bu çerçevede çalışmamız ile ilgili görüşlerimizi ve konuya ilişkin somut önerilerimizi aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür:

1- İcra ve İflâs Kanunu m. 152’de bu belgenin, sadece takipte bulunan alacaklıya mı, yoksa alacağı karşılanmayan bütün rehinli alacaklılara verileceği konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca rehinli mal satılmamış ise yalnızca takipte bulunan alacaklıya; rehinli mal satılmışsa, takipte bulunan rehinli alacaklı ile aynı derecede olan veya derece itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklılara da kesin rehin açığı belgesi verilmesi gerekir.

2- Rehin açığı belgesi uygulamada belli başlı sorunlara sebep olabilmektedir. Örneğin, geçici rehin açığı belgesinin hacze iştirak imkânı sağladığı açık bir şekilde düzenlenmesine rağmen (İİK m. 150f), kesin rehin açığı belgesinin bu niteliği kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanımızca bu hususun kesin rehin açığı belgesini düzenleyen İİK m. 152’de açıkça düzenlenmesi gerekir.

3- İİK m. 152/f. 3’te “Alacaklı, satış yapılmamışsa artırma gününden, satış yapılması halinde satışın kesinleşmesi tarihinden bir sene içinde haciz yolu ile takip talebinde bulunursa yeniden icra veya ödeme emri tebliğine lüzum yoktur” denilmiştir. Kanun metninde iflâs yolu ile takiplerden bahsedilmemesi eksiklik olup, kanun hükmünü iflâs takip yolları için de uygulamak gerekir. Bu nedenle yapılacak yeni bir kanuni düzenleme ile bu muğlaklığın giderilmesi gerekir.

4- Rehin üzerinde istihkak iddia edilmiş ve sonuçta bu iddia nedeniyle rehinli mal satılmamışsa alacaklıya rehin açığı belgesinin verilmesi kanımızca mümkün değildir. Çünkü rehin açığı belgesinin verilebilmesi için her şeyden önce bir rehin hakkının bulunması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

5- Rehin açığı belgesiyle yapılan takiplerde harç alınıp alınamayacağı konusunda mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda geçici rehin açığı belgesiyle yapılan takiplerde, genel olarak icra takip işlemi başlatıldığında alınan başvuru ve peşin harcın ödenmeyeceği; fakat tahsil harcı ile cezaevleri harcının ödeneceği; buna karşılık, kesin rehin açığı belgesiyle yapılan takip, mevcut takibin devamı niteliğinde olmadığı ve yeni bir takip sayıldığından, burada tüm harçların alınması gerektiği söylenebilir.

6- İpotek, ipotekli borç senedi ve taşınır rehninde, borçlu ile malik olan kişinin aynı kişi olması gerekmez. Bir başka deyişle üçüncü bir kişinin de, borçlu için taşınır veya taşınmaz malını rehin olarak göstermesi mümkündür. Bu durumda rehin açığı belgesi, asıl borçlu adına düzenlenir; sorumluluğu rehinle sınırlı olan üçüncü kişi adına düzenlenemez. Kanımızca buna ilişkin olarak İİK Yönetmeliğinde yer alan rehin açığı belgesinde “rehin üçüncü kişi tarafından verilmişse, üçüncü kişinin adı ve soyadı” kısmının eklenmesi gerekir.

7- Son olarak alacaklının elinde kesin rehin açığı belgesi varsa, konkordatonun feshi sebeplerinden birinin varlığı halinde, konkordatonun feshi davası açılmasında hukuki yararı bulunduğu sonucuna varmak gerekir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk; *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015.

Akcan, Recep; *Hacze İştirak*, Ankara 2005.

Akın, İbrahim/Akın, Tansu; *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikayet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997.

Alkan, Melis; *Anonim Ortaklıkta Pay Üzerindeki Rehnin Paraya Çevrilmesi*, (Danışman: Prof. Dr. Veliye Yanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema; *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. bs., Ankara 2017.

Aslan, Kudret; *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara 2005

Ayan, Mehmet; *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*, Güncelleştirilmiş 6. bs., Konya 2014.

Bilginoğlu, Nurettin Emre; “Önce Rehne Başvurma Kuralı”, <http://www.caglayanyalcin.com/pdf/once-rehne.pdf>, s. 1-12.

Budak, Ali Cem; *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. bs., İstanbul 2010.

Çetiner, Bilgehan; *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015.

Davran, Bülent; *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972.

Deynekli, Adnan; *İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, Ankara 2013.

Ercan, İbrahim, *İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Konya 2007.

Ertaş, Şeref; *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. bs., İzmir 2015.

Ertugut, Mine; *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 2000.

Esener, Turhan/Güven, Kudret; *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 6. bs., Ankara 2015.

Fırat, Erhan; *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler*, Ankara 2016.

Gürdoğan, Burhan; *Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, Ankara 1967 (Gürdoğan- Rehin).

Gürdoğan, Burhan; “İcra-İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar”, *Batider*, 1963/II-1, s. 14-37 (Gürdoğan-Vesikalar).

İTO, *İcra ve İflas Kanunu Tadil Tasarısı*, Mevzuat Dizisi:5, İstanbul 1980.

Karahacıoğlu, Ali Haydar/Doğrusöz, M. Edip/Altın, Mehmet; *Türk Hukukunda Rehin*, Ankara 1996.

Karslı, Abdurrahim; *İcra ve İflas Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul 2014.

Kuru, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017 (Kuru- İstinaftan Sonra İcra).

Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku Cilt III*, 3. bs., Ankara 1993 (Kuru- İcra).

Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. bs., Ankara 2013 (Kuru- El Kitabı).

Muşul, Timuçin; *İcra ve İflas Hukuku, C. II*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. bs., Ankara 2013.

Nar, Ahmet; *Yabancı Para İpoteği*, Ankara 2009.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; *Eşya Hukuku*, 18. bs., İstanbul 2015.

Olgaç, Senai; *İcra-İflâs 2. Cilt*, Ankara 1978 (Olgaç, S.- İcra).

Olgaç, Samet Can; “Rehin Açığı Belgesi ve Hükümleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 113, Ocak 2016, s. 112-119 (Olgaç, S. C.- Rehin Açığı).

Özbay, İbrahim; “İpoteğin İptali Davası (İİK m. 150/c. 3) Üzerine Bir İnceleme”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 403-451.

Öztek, Selçuk; *İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, İstanbul 1994.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 3. bs., Ankara 2016.

Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil; *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. bs., İstanbul 2017.

Postacioğlu, İlhan E.; *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982 (**Postacioğlu-** İcra).

Postacioğlu, İlhan E.; *538 Sayılı Kanunun İcra ve İflâs Kanununa Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1965 (**Postacioğlu-** Yenilikler).

Serozan, Rona; “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFİM*, 2006, C. LXIV, S. 2, s. 301-324.

Sirmen, A. Lâle; *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014.

Tanrıver, Süha; *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996.

Tuna, Burcu Ece; *Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2009.

Tunç Yücel, Müjgan; *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, 1. bs., İstanbul 2010.

Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt 2*, Genişletilmiş ve Yeniden Yazılmış 3. bs., Ankara 2014 (**Uyar-** Şerh).

Uyar, Talih; *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 2. bs., Manisa 1992, (**Uyar-** Rehin).

Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Cilt 8*, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. bs. (tıpkı basım), 2010 (**Uyar-** Kanun).

Uyar, Talih; *İcra Hukukunda Şikayet*, 5 Misli Genişletilmiş 2. bs., 1991, s. 126 (**Uyar-** Şikayet).

Uyar, Talih; “Takip Hukukunda İcranın Geri bırakılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 1972, s. 242-248.

Üstündağ, Saim; *İcra Hukukunun Esasları*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul 1975.

Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis; *İcra ve İflas Hukuku*, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 6. bs., İstanbul 2015.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.caglayanyalcin.com
www.forumadalet.net
www.turkhukusitesi.com
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Legalbank Elektronik Hukuk Bankası
Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi

KISALTMALAR CETVELİ

aşa.	: aşağıda
b.	: bent
Batider	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
bs.	: baskı/bası
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E. T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİD.	: İcra ve İflas Dairesi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yön.	: İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği
yuk.	: yukarıda

İNSAN HAKLARININ BİR BİLEŞENİ OLARAK SU HAKKI

Right to Water As A Component of Human Rights

Prof. Dr. Selim KILIÇ¹, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah KARATAŞ²

Geliş Tarihi: 27.02.2017 Kabul Tarihi:19.10.2017

ÖZET

Su, yaşamın sürdürülebilirliği için vazgeçilemez nitelikte hayati bir kaynaktır. Böyle olmasına rağmen dünyada hala temiz ve kullanılabilir suya ulaşamayan milyonlarca insan bulunmaktadır. Suyu taşıyan hastalıklar nedeniyle yüz binlerce çocuk yaşamını yitirmekte, kadınlar her gün kilometrelerce uzaklıktaki evlerine sırtlarında su götürmektedir. Her ne kadar suyu bir insan hakkı olarak kabul eden pek çok uluslararası anlaşmalar, kongre ve konferanslar yapılsa da bu sorun varlığını sürdürmektedir. Sorunun kökeninde, suyu daha çok kazanç motivasyonu çerçevesinde alınıp-satılır meta olarak gören düşünceler vardır. Üstelik bu yaklaşımlar, neoliberal politikalarla başlayan ve bütün dünyaya yayılan özelleştirme hareketleri ile kendisine daha çok alan açmaya başlamıştır. Suyu ticari bir meta olarak kabul etmek yerine, bütün insanlar için temel hak kabul etmek ya da insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak görmek sorunun çözümüne önemli katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Su, hak, su hakkı, özelleştirme.

ABSTRACT

Water is a vital resource indispensable for the sustainability of life. Despite this, there are millions of people in the world who can not reach clean and available water facilities. Due to water-related diseases hundreds of thousands of children are losing their lives. Women are carrying water on their backs to their homes, which are miles away. Although there are many international conventions, congresses and conferences that regard water as a human right, this problem still exists. At the origin of the problem, there are materialist thoughts accepting water as a commodity. Moreover these approaches have begun to open up more space for themselves with the privatization movements that started with neoliberal policies and spread all over the world. Rather than accepting water as a commercial commodity, accepting it as a basic right for all people or as an integral part of human rights will make a significant contribution to resolve all the problems

Keywords: Water, right, right to water, customization.

GİRİŞ

Su, yeryüzündeki yaşamın temeli olup bütün canlılar için gerekli vazgeçilemez temel bir kaynaktır. Su insanlık tarihi boyunca her zaman uygarlıkların kurulmasında önemli rol oynamıştır. Bugün için de su sadece yaşamı besleyen bir değer olarak değil, aynı zamanda ekonomik, sosyal ve siyasal yönleri olan çok yönlü bir kaynaktır. Gelişmiş ülkelerin su tüketim rakamlarının da gösterdiği gibi, modern toplumun gelişimi suya bağlıdır. Su sorunu yaşayan ülkelerin kalkınma potansiyeli daha başta sekteye uğramaktadır.

¹ Ömer Halisdemir Üniversitesi, Prof. Dr., selimkl@gmail.com

² Ömer Halisdemir Üniversitesi, Dr. Öğr. Üyesi, akaratas@ohu.edu.tr

Suyun kullanım alanının modern toplumla birlikte sürekli olarak artması, buna karşın sınırlı bir doğal kaynak olması, artan nüfusun ve gelişen sosyal ekonomik yapının taleplerinin karşılanamaması sorun olmaya başlamıştır. Bu talep artışına karşın, su kaynaklarının artırılmaması bir yana, kentleşme, sanayileşme, tarım alanlarının genişlemesi, küresel ısınma gibi nedenlerden dolayı kullanılabilir sağlıklı su kaynaklarının azalmaya başladığı bilinmektedir. Bu nedenle son yıllarda birçok ülkenin su stresi yaşamaya başladığını söyleyebiliriz. Bütün bu gelişmeler yanında bir de dünya üzerinde su kaynaklarının dengesiz dağılım göstermesi, suya erişim sorununun çözümünü daha da zorlaştırmaktadır. Bu gelişmeler kaçınılmaz olarak bazı ülkelerde özellikle alt gelir grubundaki insanların hayatlarını zorlaştırmakta, hatta yetersiz suya bağlı nedenlerden dolayı birçok insan hayatını kaybetmektedir.

Suyun toplumsal, ekonomik, siyasal sonuçları olan çok yönlü bir kaynak olması, onun yönetimi konusunda yerelden uluslararası alana kadar bir takım ilkelerin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Ancak suyun bazı insanlar için yaşamsal bir kaynak olmasına karşın, bazı insanlar için ekonomik bir değer olması bu konuda uzlaşmayı zorlaştırmaktadır. Hatta bu konuda zaman zaman şiddete varan tartışmaların yaşanmasına neden olmaktadır. Eğer bu konuda toplumdaki bütün tarafları memnun edecek bir karar alınamaz ise, su hem toplumsal hem de uluslararası alanda daha fazla çatışmaların kaynağı olacaktır. Su kaynaklarının yönetimini piyasa güçlerine bırakan bir anlayışın çatışmaları şiddetlendirme potansiyeli olduğu kuşkusuzdur. Diğer yandan suya erişimin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve su kaynaklarının bu çerçevede yönetimi hem ulusal hem de uluslararası alanda sorunların çözümü için önemli bir adım olacaktır. Bu çalışmada, suyun neden insan hakları kavramı içerisinde ele alınması gerektiği irdelenmektedir.

1. DÜNYADA SU SORUNU

Dünya genelinde özellikle de sanayileşmiş ülkelerde yaşam standartlarına bağlı olarak su tüketimi sürekli olarak artmaktadır. Buna karşın dünya üzerinde içilebilir suyun dağılımı, büyük bir dengesizlik göstermektedir³. Su kıtlığı ya da sağlıklı olmayan suların kullanılmasına bağlı olarak günde 5 bin çocuk ishal ve benzeri hastalıklardan dolayı yaşamını yitirmektedir⁴. Su hayatın kaynağı olmasına karşın dünyanın birçok yerinde buna yeterince ve sağlıklı bir şekilde ulaşamayan milyonlarca insan yaşamaktadır. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve

³ UN Press Release (2003), "International Year of Freshwater 2003: UN International Year of Freshwater to Galvanize Action on Critical Water Problems", <http://www.un.org/events/water/launchrelease.pdf>, (20.01.2017).

⁴ BPB (2009), "Zur Begründung eines Menschenrechts auf Wasser", <http://www.bpb.de/internationales/weltweit/menschenrechte/38745/menschenrecht-wasser?p=all>, (24.01.2017).

Sosyal İşler Dairesi'nin verileri de bunu doğrulamaktadır. Bu verilere göre⁵; ortalama su kullanımı Avrupa'da 200-300 litre, Mozambik gibi yoksul ülkelerde ise 10 litreden daha azdır. Yoksul ülkelerde suya yeterince ulaşamamasının bazı nedenleri vardır. Su kaynaklarının sınırlı olması bu nedenlerin başında gelmektedir. İkinci neden su kaynaklarının yaşam alanlarına uzak olması ve altyapı eksikliğine bağlı olarak suyun yaşam alanlarına taşınmasında yaşanan sorunlardır. Üçüncü neden ise ülkede izlenen politikalara bağlı olarak su hizmetlerinde yaşanan özelleştirme⁶. Tüm bu nedenlerle birlikte, suya erişimde en çok mağdur olan kesimlerin dezavantajlı gruplar olduğu bilinmektedir. Bunun başında kuşkusuz kadınlar ve çocuklar gelmektedir. Evlerdeki su ihtiyacının bu iki grup tarafından karşılanmak zorunda olması, aynı zamanda onların birçok yönden mağduriyetine yol açmaktadır. Diğer yandan kırsal alanlar ve gecekondu bölgelerinde yaşayan halk, çoğu zaman denetimsiz ve sağlıksız yeraltı sularını kullanmaktadır⁷.

Dünya genelinde suya erişim konusunda yaşanan sorunlar ve neden olduğu maliyetlerin yüksekliği nedeniyle sorunun çözümü için farklı modeller sunulmaktadır. Bu modellerden birincisi son yıllarda adını sıkça duyurmaya başlayan piyasa yaklaşımıdır. İkinci olarak suyu insan hakkı çerçevesinde ele alan ve sorunu bu bağlamda ele alan ve çözüm üretmeye çalışan yaklaşımlardır. Üçüncüsü ise suyu topluluk haklarının bir parçası olarak kabul eden görüşlerdir. Dördüncü olarak da su yönetimini yerel yönetimlerin yetki alanında kabul eden ve soruna yerel yönetimler bağlamında çözüm arayanlar yaklaşımıdır⁸. Ancak bu modelleri, piyasa merkezli ve insan hakları merkezli olarak iki grup altında toplamak, sorunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

2. SUYUN METALAŞMASI VE SU DAĞITIM HİZMETLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ

Sermaye birikiminin önündeki engelleri kaldırmayı hedefleyen, ancak bu konuda kendisini herhangi bir sınırlama altında hissetmeyen neoliberal yaklaşımlar, insan yaşamı için gerekli doğal kaynakların ticarileştirilmesi yönünde adımlar atmaktadır. Ticari yaklaşım açısından doğaya karşı sınır tanımayan bu düşüncesinin bir uzantısı da suyun ticarileştirilmesidir. Neoliberal düşüncenin etkisi altında olan gelişmekte olan ülkelerde, su kaynaklarını etkin

⁵ UNDESA (2014), "International Decade for Action "Water for Life", http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml, (11.02.2017).

⁶ UNDESA, 2014.

⁷ UN-Economic and Social Council (2002), "General Comment No. 15- The Right to Water", http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf, p.7-10, (26.01.2017).

⁸ Çınar, Tayfun, "Su Yönetiminde ve Finansmanında Strateji, Model ve Aktörler", Su Yönetimi: Küresel Politika ve Uygulamalara Eleştiri, Edit: T. Çınar ve H. K. Özdiç Memleket Yayınları Ankara, 2010, s.54.

kullanımı gerekçesiyle su dağıtım hizmetleri özelleştirilmeye başlanmıştır⁹. Dünyada bu yöndeki politikalarının egemen olduğu ülkelerde, suyun bir hak değil, aksine gereksinim olduğu ileri sürülerek, su yönetiminin bu çerçevede örgütlenmesi, bunun için de her sektördeki su kullanımının fiyatlandırılması ve suyun dağıtımını için gerekli finansman kaynaklarının özel sektörden karşılanması savunulmaktadır¹⁰.

Neoliberalizmin su konusundaki yaklaşımı, su hakkının tanınmasında sorunlara neden olmaktadır. En önemli engel su dağıtım sistemlerinin özelleştirilmesi ve suyun piyasanın önemli unsurlarından biri haline gelmesidir. Kaçınılmaz olarak bu görüş ve düşünceler suya ilişkin kamunun yapması gereken altyapı hizmetlerini olumsuz yönde etkilemiştir¹¹. Ancak BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri arasında olan su ve sanitasyon hizmetlerinin gerektiği şekilde yerine getirilebilmesinde, suyun özelleştirilmesi yönünde atılan adımların önemli bir engel olduğu söylenebilir. Özelleştirmeye birlikte şişelenmiş su kullanımı dünyada artmaya devam ettikçe, atık üretimi ve ekonomik maliyetlere ilişkin endişeler de artmakta, bu etkilerin çevresel, ekonomik ve sosyal boyutları giderek daha fazla ilgi merkezi haline gelmektedir¹². Şişelenmiş su tüketimi korkunç boyutlara ulaşarak çevresel açıdan ciddi kaygılara neden olmaktadır. 2007 yılındaki verilere göre çoğunluğu Kuzey Amerika ve Avrupa'da olmak üzere 200 milyar litreden daha fazla şişelenmiş su satılmıştır. Gelişmekte olan ülkelerde de satışlar hızla bir artış olduğu gözlenmektedir¹³. ABD'deki sayısal veriler suyun özelleştirilmesi ile birlikte suya erişim konusunda ortaya çıkan sorunların da giderek büyüyeceğini göstermektedir.

Günümüzde su dağıtım hizmetlerinin, kamu eliyle yürütülen hizmet niteliğini yavaş yavaş kaybederek özel sektörün ağırlığını hissettirdiği bir sektör haline geldiği söylenebilir¹⁴. Ancak su, toplumsal alanda var olan ve aynı zamanda toplumu bir arada tutan en önemli maddi temel değerlerden biri olarak kabul edilebilir. Suyun ticarileşmesi toplumsal alanda bir değer ayrışmasını neden olabilecektir. Suyun ticarileştirilmesi durumunda alt gelir gruplarının sağlıklı bir yurttaş olarak var olabilmesi için gerekli temiz suya erişebilme olasılığı kalkacak ve bu grupların su dağıtım sisteminin dışına çıkmasına neden olacaktır.

⁹ Kurt, Ömür, "Bir Praksis Alanı Olarak Su Hakkı", IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 18-19 Ekim, Muğla, 2012, s.394.

¹⁰ Yılmaz, Aslı, "Yeni Sağcı Su Politikası Kavramları: Fiyatlandırma, Su Hakkı, Özerklik-Katılım", Memleket Dergisi, Siyaset Yönetim, 4 (10), 2009, s.14 ; Çınar, s. 54.

¹¹ Çınar, s. 49.

¹² Gleick, P. H. and Cooley, H. S., "Energy Implications of Bottled Water", Environmental Research Letters, 4 (1), 2009, s.1.

¹³ Gleick and Cooley, s. 1-6.

¹⁴ Çınar, s. 50.

Dünyaca ünlü çevre ve ekoloji düşünürü, Vandana Shiva'ya göre, küresel ekonomi su tanımını kamusal maldan serbest ticaret yapılabilecek özel mala doğru değiştirmektedir. Suya ya da diğer temel kaynaklara hayati bir ihtiyaç olmaktan ziyade bir meta olarak değer verme eğiliminin, küresel ekonominin arkasındaki neoliberal düşünce yapısının hem göstergesi hem de örneği niteliğinde olduğu söylenebilir. Neoliberalizm suyu metalaştırarak tamamen pazarı teşvik etmektedir¹⁵. Ancak su ve sanitasyon hakkı bir insan hakkı olup, diğer bütün insan hakları ile eşittir, yani yasal olarak uygulanabilir ve ihlal edildiğinde yargı yolu açılabilir¹⁶. Bu bağlamda, 2010 yılında BM Genel Kurulu ve İnsan Hakları Konseyi tarafından su ve sanitasyonun açıkça insan hakkı olarak tanınmasının, doğrudan bağlayıcılığı olan önemli bir siyasi önlem olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁷. Su hakkının yasal bağlayıcılığına rağmen, dünya genelinde özellikle kentleşme ve sanayileşme hareketlerinin artmasıyla birlikte, suya erişimde ciddi sıkıntılar yaşanmaya devam etmektedir. Ancak suya erişimin bir insan hakkı olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü suya erişimin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi durumunda yurttaş, devlet ve su kaynakları arasındaki ilişki yeniden belirlenecektir. Kaçınılmaz olarak suyu meta olarak kabul eden yaklaşımlarda da önemli bir gerileme yaşanacaktır. Bu noktada, insan hakkı kavramının sınırlarının ne olduğu konusuna bakmak gerekmektedir.

4. SU SORUNUNA İNSAN HAKKI ÇERÇEVESİNDE YAKLAŞIM

İnsan hakları kavramının hangi koşullarda ortaya çıktığını belirlemek, suya erişimin bir hak olup olmadığının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Suya erişimin diğer hakların bir parçası mı yoksa ondan bağımsız ayrı bir hak kategorisi içinde mi olması gerektiğinin anlaşılabilmesinde, insan hakları kavramının ortaya çıkışı, gelişimi bize önemli kazanımlar sunacaktır.

4. 1. İnsan Hakları Kavramı

İnsan hakları, insana bağlı olarak kabul edilen haklar olması nedeniyle, genel olarak dokunulmaz nitelikte evrensel özellikler gösteren haklar olarak kabul edilir¹⁸. Genel olarak hak denince, hem birbirine yakın özellik gösteren hem de

¹⁵ McClanahan, William, (2014). "Green and Grey: WaterJustice, Privatization, and Resistance" Online Theses and Dissertations. Paper 201. <http://encompass.eku.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=etd>, (09.02.2017).

¹⁶ Barlow, Maude (2015), "Su Hakkımız: BM'nin Suya ve Hıfzıssıhaya Dair İnsan Haklarını Tanınmasının Beş Yıl Ardından Gelişmelerin Değerlendirilmesi", <http://www.suhakki.org/docs/MaudeBarlow-SuHakkimiz-tr.pdf>, (20.01.2017).

¹⁷ Brown, Colin, Neves-Silva, Priscilaand Heller, Léo The Human, "Right to Waterand Sanitation: A New Perspective for Public Policies", Journal of Ciência& Saúde Coletiva, 21(3), 2016, s. 661.

¹⁸ Çeçen, Anıl, "Demokrasi ve İnsan Hakları", http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/e5b80667cfa1490_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, s. 79-80 (20.01.2017).

birbirlerini tamamlayan nitelikte dört anlamdan söz edilebilir. *Birinci olarak* hak kavramının ahlaki bir boyutu bulunmaktadır. Bu, hakkın kullanılmasının başkalarına herhangi bir zarar verecek boyutta olmaması anlamına gelmektedir. İkinci olarak hak siyasal bir nitelik taşımaktadır. Yurttaşlık, seçme ve seçilme gibi unsurları içinde barındıran ve genel olarak o ülke yurttaşlarına özgü bir kavramdır. Üçüncü olarak hak kavramı haktan yararlananlar arasında eşitlik öngörmektedir. Yasalar önünde herkesin eşit olduğunun belirtilmesi, hiçbir kişiye ya da zümreye ayrıcalık tanınmamasıdır. *Dördüncü olarak* hak aynı zamanda maddi açıdan hak sahibine bir takım ekonomik ayrıcalıklar tanımaktadır. Bu da kişinin iş ve meslek sahibi olma, belli bir ticari faaliyeti sürdürebilme vb. çalışma yaşamı ile ilgili alanları oluşturmaktadır¹⁹.

Tarihte insan hakları konusunda çeşitli görüşler dile getiren ilk düşünürlerin Eski Yunan'da sofistler olduğu bilinmektedir. İnsanların özgür düşünceleri üzerinde duran sofistler, ilk kez görecelik kavramını ele alarak mevcut otoritenin dışında da doğrular olabileceğini savunmuşlardır. İnsan hakları konusunda bir diğer önemli gelişme, İngiltere'de soyluların kral karşısında kendilerini kabul ettirmek amacıyla, 1215 yılında kral ile soylular arasında imzalanan Magna Carta Libertatum olduğu söylenebilir. Böylece devletin tarihte yetkilerinin sınırlandırılması için yapılmış ilk bilinen antlaşma ortaya çıkmıştır²⁰. Ortaçağ döneminde ise, genel olarak 1215 yılındaki gelişmelerin kesintiye uğradığı, insan hakları konusunda uzun bir süre kayda değer bir ilerleme olmadığı söylenebilir.

İnsan hakları, 17. ve 18. yüzyıllarda ortaya çıkan toplumsal ve siyasal değişimlerle kendisini göstermeye başlamıştır. İlk kez bu dönemde insanların doğuştan bir takım haklara sahip olduğu varsayımından hareket eden görüşler dile getirilmiştir²¹. Toplum sözleşmecileri, hem devletin sınırlandırılmasında hem de insan haklarının gelişmesinde önemli rol oynamışlardır. Toplum sözleşmesi kavramının getirdiği en önemli sonuç kuşkusuz 1776 yılındaki Virginia Haklar Bildirisi'dir. Bu bildirinin özelliği, bütün insanları özgür ve bağımsız kabul etmesi, insanların doğuştan itibaren dokunulmaz ve devredilemez nitelikte olan haklara sahip olduklarını kabul etmesidir²². İnsan haklarının gelişiminde Kant'ın düşüncelerinin de önemli katkısının olduğu söylenebilir. Kant'ın savunduğu

¹⁹ Turhan, Aydın, "İnsan Hakkı Kuşaklar Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2), 2013, s. 362.

²⁰ Konan, Belkis, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (4), 2011, s. 255.

²¹ J. Shestack, Jerome, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", *Liberal Düşünce*, (Çev: Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan), 11 (43), 2006, s.93; Yüksel, Mehmet, "İnsan Haklarının Sosyo-Tarihsel Temelleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, C: 25, 2007, s. 2.

²² Ünal, Şeref, "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri", *Ankara Barosu Dergisi*, 1994/1, s. 51.

düşüncelerin de katkısıyla giderek, bütün insanlık için geçerli olan dokunulmaz çekirdek hakların olması gerektiği düşüncesi yaygınlaşmaya başlamıştır²³. İnsan hakları kavramı, 18. yüzyılda İngiliz Haklar Bildirisi, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile Batı’da belirgin bir şekilde yükselişe geçmiştir. İnsanın salt insan olmasından dolayı, kişilerin devlete ve devlet dışındaki güçlere karşı korunması için devletin sınırlandırılması düşüncesi, yönetim sisteminde yavaş da olsa etkisini göstermeye ve bir ölçüde hayata geçirilmeye başlanmıştır²⁴.

Batı’da insan hakları konusunda en önemli kırılma noktası diyebileceğimiz gelişme kuşkusuz 1789 tarihli Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi olmuştur. Bu bildiri de 17. maddede “*İnsanlar hukuken özgür ve eşit olarak doğarlar, özgür ve eşit yaşarlar*” hükmüne yer verilmektedir²⁵. Fransız Devrimi’nin bireysel özgürlüklerin önünü açan tarihsel bir işlev üstlendiği söylenebilir. Böylece, bireyi sadece toplum içerisinde değerlendirilen görüşlerin aksine, bireyi kendi başına değer olarak kabul eden, bireysel özgürlükleri ve kişi haklarını savunan yaklaşımların giderek toplumda taban bulmasını sağlamıştır²⁶.

İnsan haklarının gelişimine katkı sağlayan gelişmelerden biri de kuşkusuz Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) kurulmasıdır. Bu kuruluşun, alt gelir gruplarının yaşam standartlarının yükselmesinde önemli kilometre taşlarından biri olduğu söylenebilir. Ancak 20. yüzyılın en önemli gelişmesi BM’nin kuruluşu ve insan hakları konusunda aldığı kararlar olmuştur. İnsan haklarının çerçevesinin belirlenmesi ve bu konuda dünya toplumlarının dikkatini çekmeyi amaçlayan BM, bütün insanlık için hak arayışında en önemli adımını 10 Aralık 1948 tarihinde atmış ve *BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni* ilan etmiştir. Bu bildirge bugünkü insan hakları kavramının bilinen noktaya ulaşmasını sağlayan ana bir unsur olmuştur²⁷. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, insan hakları kavramı, salt özgürlük ve eşitlik temelinde soyut bir kavram olmaktan çıkmış ve somut temelleri de kapsayan bir niteliğe dönüşmüştür. Özellikle 1960’ların sonlarına doğru, çevre, barış, insanlığın ortak kültürüne saygı gibi haklardan söz edilmeye başlanmıştır²⁸. Bu hakların oluşumunda tarihsel düşüncelerin, anayasal geleneklerin ve çeşitli baskı gruplarının önemli etkisi olmuştur²⁹. Savaşın bütün insanlığa ve insani değerlere büyük bir zarar verdiğinin anlaşılması, insan hakları konusunda yeni stratejilerin geliştirilmesi

²³ J. Shestack, s. 102.

²⁴ Politik & Unterricht, Menschenrechte Unveräu ßerlich – universell – unteilbar, Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (LpB), 2014, s. 3 ; Konan, s. 256.

²⁵ Konan, s. 257.

²⁶ Yüksel, s. 10.

²⁷ Politik & Unterricht, s. 3.

²⁸ Turhan, s. 365.

²⁹ Politik & Unterricht, s. 3.

zorunluluğunu doğurmuştur³⁰. İnsan hakları kavramının ortaya çıkış sürecinde farklı nedenler, tarihi süreçler ve farklı metinler, bu kavramın ahlaki, siyasi ve toplumsal nedenlerle tartışılmasına yol açmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi yeni mekanizmaların oluşturulmasıyla birlikte, artık hak kavramının sadece birey-devlet ilişkisi bağlamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmış ve giderek uluslararası bir niteliğe dönüşmüştür³¹.

Günümüzde insan haklarının evrenselliğini kabul eden yaklaşımlar, insan haklarını insanın salt insan olmasından dolayı doğuştan kazandığını ve yaşadığı yerin niteliğine bakılmaksızın her zaman her yerde geçerli olduğunu savunan bir anlayışı temsil etmektedir³². İnsan onurunu temel alan hak yaklaşımının nihai amacı, değerlerin demokratik bir şekilde paylaşıldığı, kaynak kullanımının en ideal noktada olduğu ve insan onurunu korumanın temel hedef haline getirildiği bir dünya toplumdur. Bu yaklaşımda, insan onuru toplumsal ve siyasi sistemi de şekillendiren üst bir değer olarak kabul edilmektedir³³. Suya erişimin insan hakkı olarak kabul edilmesi, kuşkusuz insan onurunu savunan yaklaşımlarla uyumlu olacaktır. Bunun dışında kalan girişimlerin insan onuruna aykırı bir gelişme olduğu kuşkusuzdur.

4. 2. İnsan Hakları Bağlamında Su Hakkı

Suyun sadece ekonomik bir mal olarak ifade edilmesi yönündeki çabaların ve su dağıtımındaki sorunları çözüme kavuşturarak insan onuruna yakışır bir hayat sürdürme isteğinin, bir insan hakkı olarak su hakkını gündeme getirdiği söylenebilir³⁴. Suya erişimin insan hakkı olarak savunulmasında kullanılabilecek bazı unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurlar şöyle sıralanabilir:

Tarihsel Koşullar: İnsan haklarını doğuran tarihsel koşulların, su kıtlığı yaşanması ya da sağlıklı suya erişimin olmaması durumunda ortaya çıktığı söylenebilir. İnsan haklarının gelişimi, bize hak kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsurun, devlete karşı insanın kendisini güvence altına alma çabası olduğunu göstermektedir. Mutlak iktidarın birey üzerindeki sınırsız iktidarı hak kavramını ortadan kaldırırken, bu iktidarın sınırlandırılması hak kavramının gelişmesini ve genişlemesini sağlamıştır. En azından insan hakları kavramının başlangıcında yaşama, işkence görmeme hakkı, özgürlük gibi alanlarda bunun böyle olduğu söylenebilir.

Negatif Statü Hakları: Negatif statü hakları, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve

³⁰ Yüksel, s. 3.

³¹ Ünal, s. 62.

³² Turhan, s. 373.

³³ J. Shestack, s. 111.

³⁴ Topçu, Erol, "Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı, *İnsan Hakları Yılığ*", Cilt 26, 2008, s. 22.

hürriyetleri kapsamaktadır. Örneğin konut dokunulmazlığı hakkı, kişi güvenliği hakkı, din hürriyeti ve düşünce hürriyeti negatif statü hakkı olarak belirtilebilir³⁵. Bu hakların kullanılması için gerekli ortamı hazırlayan devletin, bu hakların kullanılmasını engelleyebilecek, sınırlayabilecek müdahaleleri önlemek konusunda yükümlüğü bulunmaktadır³⁶. Suya erişememe durumu da insan haklarının, özellikle negatif hakların doğuşuna neden olan olumsuz koşulların ortaya çıkmasına benzer koşullara neden olacağından devletin bu sorunu giderecek önlemler alması gerektiği söylenebilir. Çünkü suya erişimin ticarileşme, su kıtlığı vb. gibi çeşitli nedenlerle zorlaşması, başta açlık olmak üzere birçok insanın ölümüne neden olacaktır.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi:1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin dördüncü maddesinin de su hakkının kabul edilmesini desteklediği söylenebilir. Bu maddenin özgürlük için çizdiği ilke, özgür bir davranışı başkasına zarar vermemek koşuluyla öngörmesidir. Ancak ortaya çıkan çevre sorunları, suyun ticarileştirilmesi gibi gelişmelerin bu ilkeyi ihlal ettiği, kaçınılmaz olarak diğerlerine zarar verdiği söylenebilir. Çünkü bu türden ekonomik ve ticari faaliyetler, bir yandan insanların onlara ulaşmasını engelleyecek maddi sınırların ortaya çıkmasına, diğer yandan da içilebilir sular, hava ve toprağın kirlenmesine neden olmaktadır. Bütün bunların insanların onurunu zedeleyecek, onları daha kötü koşullarda yaşamaya mahkum edecek girişimler olduğu rahatlıkla söylenebilir. İnsanların haklarını kullanırken diğer insanlara zarar verememe ilkesinin evrensel düzeyde yerleşmesinin sağlanması gerekmektedir. Köleci ve baskıcı sistemlerin olduğu dönemlerde bu türden çıkışlar daha dar fiziki bir şiddetle değerlendirilirken, bugün bu ilkeyi bu dar çerçevede yeterli kabul etmek olanaksızdır. Bu durumda, suyun ticari bir metaya dönüştürülmesi karşısında ticari bir hak, bireylerin yaşamı için geçerli olan suya erişimine engel olabilecek bir niteliğe dönüyorsa, bu hakkın sorgulanmasını zorunla hale getirmektedir. Su kaynaklarının özelleştirilmesi nedeniyle birçok belediye şebekesine dahil edilmesi gereken kaynaklar, firmaların mülkiyetine dönüştürülmekte ve böylece kimi yurttaşların suya erişiminde sorunlar ortaya çıkmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin birinci maddesinde, bütün insanların özgür doğduğu, her insanın onur ve haklar bakımından eşit olduğu belirtilmiştir. İnsanların akıl ve vicdan sahibi olduğu, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmaları gerektiği yazılmıştır. Bu maddeye göre; özgür, onurlu ve eşit yaşam hakkı insan haklarının özünü oluşturmaktadır. Suyun bir insan hakkı olarak tanımlanması

³⁵ Erbek, Çağlar (2011), "Negatif, Pozitif ve Aktif Statü Hakları", http://www.caglarerbek.com/2013/01/negatif-pozitif-ve-aktif-statu-haklar_28.html, (08.02.2017).

³⁶ Çiçek, Erol, "Kar mı İnsan Hakkı mı-Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 186.

ve bunun tüm devletlerce içselleştirilmesi, suya erişimde pek çok sorunu ortadan kaldıracak gibi suyun sadece bir ticaret aracı olarak görülmesi gibi bir tehlikeyi de ortadan kaldıracaktır. Bununla birlikte, insanın insanca yaşayabilmesi için başka temel hakları da bulunmaktadır³⁷.

Pozitif Statü Hakları: Suya erişimde, pozitif statü haklarının kullanılabilmesinin de önemli rolü olduğu söylenebilir. Pozitif haklar, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan haklardan olup, bu türden hakların hayata geçmesi devletin sosyal alanda bir takım ödevler yüklenmesine bağlıdır. Bu haklar, genel olarak sosyal ve ekonomik alana ilişkin olup anayasada “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığında toplanmıştır. Çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı bu tür haklara örnek olarak verilebilir³⁸. Pozitif hakların hayata geçmesinde, suyun yetersiz kalması durumunda sağlık hakkının, konut hakkının ya da başka hakların kullanılabilmesinin çok zor olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir ifade ile suya erişim insan hakkı kapsamına alınmadığı sürece, sosyal ve ekonomik hakların fazla anlamı olmayacağı ortadadır.

Hukuki Düzenlemeler: Hakların tekliği açısından bakıldığında da suya erişimin bir hak olarak kabul edilmesi gerekir. İnsan hakları kavramı ortaya çıktığı yere ve zamana göre, kendine özgü bir takım farklılıklar taşısa da bu durum hakkın özünü yok edecek boyutlarda olamaz. İnsan haklarının kabul edilmesi ile bu haklar kapsamında çelişebilecek diğer hukuki metinlerin, buna uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Bu durum o hakla çelişen önceki kimi uygulamaların kaldırılmasından, yeni hakların kurulmasına kadar çeşitli düzenlemeleri kapsayabilmektedir. Aslında bu uygulamalar hakların bölünmezliği ya da tekliği olarak adlandırılan kavramın somutlaşmasından başka bir şey değildir. Bu bağlamda, hukuk düzeni canlı bir vücuda benzetilebilir. İnsan hakları da bu vücudun ana omurgasını oluşturmaktadır. Bir canlının hayatta kalması, nasıl bütün organların birbiriyle uyumlu çalışmasına bağlı ise, hukuk düzeninde de aynı kural geçerlidir. Bu nedenle bütün hukuki düzenlemeler, insan hakları kavramıyla uyumlu olmak zorundadır. Aksi halde hukuk düzeni çöker. Bir organın eksikliği canlı yaşamını nasıl tehdit eden bir durum yaratıyorsa, aynı şekilde bir ya da birkaç hakkın kullanılamaması da hukuk düzeninde benzer sonuçlar doğuracaktır. Çünkü insan hakları hassas bir denge üzerinde geliştiğinden bu dengenin bozulması hak sahibine büyük zararlar vermektedir. Örneğin, yaşam hakkının ihlal edilmesi, haksız bir şekilde tutuklama, sağlıksız bir çevrede yaşamaya mahkum edilme gibi durumlar kişinin birçok hakkının yok olması anlamına gelmektedir³⁹. Aynı şekilde sağlıklı suya erişim hakkının tanınmaması da yaşam hakkı için benzer sonuçlara neden olacaktır. Bu durum yasal ve meşru

³⁷ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa 2004, s.147.

³⁸ Erbek, 2011; Çiçek, s. 187.

³⁹ Turhan, s. 373.

bir takım sınırlamalar dışında, bireylerin tüm haklarını onun bileşenleriyle birlikte tam olarak kullanmasını zorunlu kılmaktadır.

Görüldüğü üzere, temel hak ve hürriyetler konusunda yukarıdaki gibi çeşitli ayrımlar yapıyorsa da gerçekte temel hak ve hürriyetler bir bütündür. Bir kişi temel hak ve hürriyetlerin bütününe sahip olmak şartıyla özgür olabilir. Şüphesiz kişinin özgür olması için her şeyden önce negatif statü haklarına sahip olması gerekmektedir. Ancak kişi aç ise, evsiz ise bu haklara sahip olmasının da fazla bir anlamı kalmayacaktır. O nedenle kişinin pozitif statü haklarına, yani sosyal haklara da sahip olması gerektiği açıktır. Nihayet, bu bireysel ve sosyal haklara sahip olan kişinin, aktif statü haklarına yani siyasal haklara da sahip olması gerekmektedir. Çünkü yönetimine katılmadığı bir devlette kişinin bu hakları geri alınabilir. Görüldüğü gibi haklar özünde bir bütünlük göstermekte olup buna hakların teklifi denilmektedir⁴⁰. Bu haklardan herkesin yararlanması gerekmektedir.

İnsan hakları, kavram olarak ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği nitelikteki hakları ifade etmektedir⁴¹. Sağlık hakkı negatif bir hak olarak ele alınırsa, devletin vatandaşların eşit bir şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlama ve ayrımcılığa maruz kalmalarını engelleme yükümlülüğü; bu hak pozitif bir hak olarak düşünüldüğünde ise devletin vatandaşlarına bu hakkı sağlama yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, negatif hak kişinin zarar görmesinden korunma hakkı, pozitif hak ise kişinin sahip olması gerekli sayılan bütün haklar olarak tanımlanabilir⁴².

Negatif, pozitif ya da aktif statü hakları kapsamındaki tüm insan haklarının içinde suya erişim durumunun çok önemli bir yeri ve konumu bulunmaktadır. Çünkü yaşamın temel taşı su olmadan diğer insan hakları anlamını yitirecek ve insan onurunun korunması mümkün olmayacaktır. Bu konuda pozitif hukuk ve uygulayıcılarının yaşamın gerçeklerini dikkate almak sorumluluğu bulunmaktadır. Sürdürülebilir bir yaşam için öncelikle toplumsal ve kamusal ihtiyaçlara yanıt verilmesi, karar alma süreçlerinde su ile ilgili açık ve kesin bilgilere ulaşma olanağının sağlanması ve etkin katılımın önünün açılması gerekmektedir. Tüm bunların gerçekleştirilebilmesi için ise yeni düzenlemelerin yapılması gerekliliği açıktır⁴³. Diğer yandan sadece pazara yönelik uygulamalarla suyun metalaştırılması, insan hakkının temeli olan bir unsur olarak suya erişim hakkını kısıtlayabileceği için toplumsal birçok sorunu beraberinde getirecektir.

⁴⁰ Gözler, s. 147-148.

⁴¹ Çiçek, s. 186.

⁴² Perman, Matt (2009), "The Difference Between Negative Rights and Positive Rights", <https://www.whatsbestnext.com/2009/01/the-difference-between-negative-rights-andpositive-rights/>, (11.02.2017).

⁴³ Çiçek, s. 227-228.

İnsan haklarının meşruiyet nedenlerinden biri de kuşkusuz insan onurunun korunması düşüncesidir. Bu yaklaşıma göre suya erişimin zorlaşması, insan hakları ile bağdaşmamaktadır. Bugün insan haklarının amacının, insanın onurlu yaşamının korunması ve buna karşı gelebilecek saldırıların bertaraf edilmesi olduğu bilinmektedir. İnsan hakları, insanın onurunun tehlikeye girdiği durumlarda ve toplumda ortaya çıkan haksızlıklara karşı bir yanittir. Bugün su yönetimi konusunda siyasi aktörlerin ticari ve ekonomik çıkarları ön planda tutan bir yaklaşımının insan onuru ile bağdaştırılması oldukça zordur. Böyle bir tercihin tüm insanlık için olumsuz sonuçlar doğurabileceğini gösteren somut örnekler vardır. İnsan hakları kavramı, insanların zengin ve fakir ayrımı olmadan temiz suya erişimini öngörmektedir. Ancak suyun ticarileşmesi karşısında, birçok insanın temiz suya erişimden mahrum kalacağı açıktır⁴⁴.

Temel hakların en tipik özelliği, insan onuruna uygun olarak, ticarete konu edilememesidir. Bu durumda suya erişimin bir hak olarak kabul edilmesi girişimleri, suyun pazarlanmasından para kazanan ya da bu yönde girişimde olan kişilerin tepkisini çekmektedir. Ancak suyun pazarlanabilir bir meta olduğunu savunan düşüncelerin, su kullanımının etkinliği, kamunun zararının önlenmesi gibi gerekçeler ileri sürerken, diğer yandan bu uygulamanın neden olacağı toplumsal maliyeti göz ardı ettikleri söylenebilir. Olaya salt kar-zarar mantığı ile yaklaşmanın, başta insani olmak üzere, toplumsal açıdan birçok şeyi görmezden gelmek anlamına geldiği açıktır. Parası olmayanların su dağıtım sisteminden atıldığı ya da kişilerin maddi ödeme gücü çerçevesinde mevcut sistemden yararlandığı bir yönetim anlayışının sorunlu olacağı ve bunun sosyal devlet ilkesine ve insan onuruna ters düşeceği ortadadır⁴⁵.

Su hakkı, eşit bir şekilde herkesin yeterli miktarda ve kalitede suya erişmesi, yani parası olsun olmasın herkesin içme ve temizlik gibi gündelik insani ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kadar suya erişimi anlamına gelmektedir⁴⁶. İnsan haklarını, insan onuru ile sıkı bir şekilde ilişkilendiren, McDougal, Lasswell ve Chen gibi düşünürler, bunu da saygı, güç, aydınlanma, iyilik, sağlık, yetenek, sevgi ve dürüstlük değerleri üzerine kurarlar⁴⁷. Suyun ticarileşmesinin, insanın onurunun korunması açısından bunlardan bazılarını yok etme riski ile karşı karşıya kalacağını rahatlıkla söyleyebiliriz. Diğer yandan suyu toplumsal alanda var olan ortak değerlerin, temel bir unsur olarak kabul etmek gerekir. Suyun ticarileşmesi, toplumsal alanda yeni bir değer ayrışmasına, hatta ayrışmalara neden olacaktır.

⁴⁴ bpb, 2009.

⁴⁵ Yılmaz, s. 15.

⁴⁶ Koç, Mustafa (2013), "Su Hakkı İçin Yürüyüş", http://ahmetler.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1447:su-hakki-&catid=19:mkoc&Itemid=76, (06.01.2017).

⁴⁷ J. Shestack, s. 111.

4. 3. Su Hakkına İtirazlar

İnsan hakları tarihi, barışçıl gösterilerden son derece kanlı çatışmalara kadar geniş bir alanda gelişme göstermiştir. Diğer bir anlatımla insan hakları, var olan iktidarlara karşı yurttaşların hak mücadelesinden, çeşitli sokak gösterilerinden kanlı çatışmalara kadar geniş bir alanda hak mücadelesini kapsar. Köleliğin dünyada kaldırılmasının tarihi dikkate alındığında, hak arayışlarının aslında ne kadar zorlu bir süreçten geçtiği ve ağır bedeller ödendiği kolaylıkla anlaşılabilir. İnsan haklarının gelişiminde önemli bir yere sahip olan İngiltere’de ve ABD’de bile köleliğin kaldırılması ancak 1800’lü yılların başında mümkün olmuştur. Milletler Cemiyeti’nin köleliği yasaklaması için de 1926 yılını beklemek zorunda kalınmıştır. Bütün bunlara rağmen dünyada köleliğin birçok ülkede hala kağıt üzerinde kalktığı yönünde çok ciddi bulgular mevcuttur. Bunun en önemli nedeni yeni hak arayışlarının çoğu zaman ciddi engellerle karşılaşmasıdır. Ekonomik ve sosyal haklar, çevre hakkı ve barış hakkı gibi yeni haklarda da bu direnci kolaylıkla görebiliriz.

Su hakkına itiraz edenlerin benzer şekilde ekonomik ve sosyal haklara, üçüncü kuşak içerisinde yer alan haklara itiraz nedenleri benzerlik göstermektedir. Bu hakkın uygulanamaz olmasından, insan hakkı olamayacağı gibi çok çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Ancak yeni insan hakları kavramının oluşmasında sürekli engeller ortaya çıkması, aslında onun niteliklerinde gizlidir. Bunun nedeni önceki sistemin devamında çıkarları olanların, yeni türden hakları engelleme çabası içinde olmalarıdır. Afrika kökenlilerin beyazlar tarafından eşit olarak kabul edilmesinde, cinsiyet ayrımcılığının giderilmesinde hep sorunlar yaşanmıştır. Bugün benzeri bir sorun, insan ve hayvan ilişkilerinin yeniden düzenlenmesini hedefleyen görüşler⁴⁸. ile suya erişimin bir hak olarak kabul edilmesi yönündeki talepler de toplumsal alanda dirençle karşılanmaktadır.

Tarihte insanlar köle, serf ya da kul olarak kabul edildiği zamanlarda, bugün için doğal kabul edilen birçok haktan yoksun olarak yaşamak zorunda kalmışlardır. O günün yönetimleri, insanlara haklar tanımak bir yana, devlete, senyöre karşı ödevler yüklemişler ve toplumsal alanda katı yasaklar koymuşlardır. Ancak egemenlerin insanları bir tür kendi eşyaları şeklinde gören bu anlayışın yıkılması kolay olmamıştır. İnsan haklarının zorlu bu tarihsel gelişim sürecini görmezden gelen kimi düşünürler, bugün bile artık yerleşmiş ve kabul edilmiş sosyal ve ekonomik haklara itirazlarını sürdürmektedirler. Örneğin bu kişiler ekonomik ve sosyal hakların maddi unsurlar içermesi nedeniyle devlet tarafından zaten yerine getirilemez olduğunu, bu nedenle de bunların birer hak olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürerler⁴⁹. Ancak bunun doğru bir tespit

⁴⁸ Kılıç, Selim, “Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım”, TAAD Dergisi, 6 (22), s. 96, 2015.

⁴⁹ Tepe, Harun, “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan

olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Çünkü devletin hiçbir zaman hakların tam olarak gerçekleşmesini garanti altına alacak bir gücü olmamıştır. Örneğin en önemli haklardan biri olan yaşama hakkını bile devletin her zaman yüzde yüz teminat altına alacağı düşünülemez. Birçok insanın cinayete kurban gitmesi de bunun somut kanıtı olarak gösterilebilir. Ancak bütün bunlara rağmen kimse yaşama hakkının kaldırılma düşüncesini savunamaz. Aynı şekilde, sosyal hakların da devlet tarafından karşılanamayacağı savı nedeniyle kaldırılmasını savunmak anlamsız ve tutarsızdır.

Egemen düşüncenin suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesine karşı itirazının nedeni, bu hakkın kullanılmasının devlet yönetiminde yeni bir yapılanmayı zorunlu kılacağı ve bunun da yeni maliyetlere yol açacağı varsayımdır. Çünkü AB İnsan Hakları Komisyonu'nun bu konuda almış olduğu karar önemli ipuçları vermektedir. Komisyona göre, su temel bir hak ve suyun temel bir insan hakkı olabilmesi içinde *kullanılabilirlik, ulaşılabilirlik, ekonomiklik, kalite ve güvenilirlik, uygunluk, eşitlik, katılım, açıklık ve hesap verebilirlik, etki, sürdürülebilirlik* kriterlerine uygun bir şekilde sunulmasını talep etmektedir⁵⁰. Ancak liberal düşüncenin suyun hizmetinde talep edilen bu dönüşüme sıcak bakmadığı söylenebilir.

Liberallerin insan haklarının dar bir çerçevede ve durağan bir yapıda kalmasını istedikleri, negatif hakların dışında insanlara herhangi yeni haklar tanınmasına karşı oldukları, ekonomik ve sosyal haklar gibi diğer hakları sürekli değersizleştirme çabası içinde oldukları söylenebilir. Oysa önceki dönemlerde, köleliğin egemen olduğu dönemlerde insan hakları açısından sadece negatif hakların yeterli olduğu kanı oluşabilir. Ancak bu modern dünya için tehlikeli bir yaklaşım olup birçok hakkı da kullanılamaz hale getirebilecek niteliktedir.

Hakları Korunabilir mi?”, Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, 22-23 Ekim 2009 Antalya, Bildiriler Kitabı, Belediye İş Sendikası Yayınları, 2009, s. 99.

⁵⁰ McGregor, Judy, Human Rights and Water, Creative Commons Attribution, Auckland, Aotearoa New Zealand, 2012, p.6.

Kullanılabilirlik: Suyun yeterli miktarda, güvenilir ve ihtiyaçlar için sürekli olması, *Ulaşılabilirlik:* Herkesin, tüm hane halkının, sağlık, eğitim, kamu kurumu veya işyeri olarak tüm kurum ve kuruluşların fiziksel olarak suyun yakınında ve suya her zaman erişebilir olması, *Ekonomiklik:* Herkesin uygun bir bedel ile su ve hizmetlerine erişebilir olması, *Kalite ve Güvenilirlik:* Suyun kaliteli ve güvenilir olması ve asla insan sağlığına tehdit oluşturmaması, *Uygunluk:* Su ve sanitasyon hizmetlerinin kültürel ve sosyal açıdan uygun olması, *Eşitlik:* Ayrımcılık yapılmadan herkesin eşit bir şekilde suya erişebilmesi, *Katılım:* Su hizmetlerinin bakımı, planlanması, tasarımı ve bu konularda bilgiye erişimde katılım ve şeffaflığın esas alınması, *Açıklık ve Hesap Verebilirlik:* Devletin insan haklarını garanti altına alması ve bu bağlamda, su sektöründeki birçok aktörün hesap verebilirlik mekanizmalarının olması, devletin ulusal çapta ulaşılabilir olması, adil-etkin çözümler üretebilmesi, *Etki:* Olumlu ve somut etkileri olan tüm iyi uygulama, yasa, politika, program ve kampanyaların teşvik edilmesi, *Sürdürülebilirlik:* Su kalitesi ve ulaşılabilirliği konusunda, tüm insan hakları yükümlülüklerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması.

Çünkü bu yaklaşımın hayat bulması, birçok kişinin bugün sahip olduğu sosyal ve ekonomik olanaklardan yoksun kalmasıdır. Negatif hakların dışında kalan haklara karşı çıkmamanın mantığında, sosyal devlet için yapılan harcamaların büyük ölçüde zenginlerin ödediği vergilerden karşılandığı inancı yatmaktadır.

Ancak değişen sosyal ve ekonomik şartlar nedeniyle bu düşüncenin artık yersiz olduğu, hakların da toplumsal gelişmelere bağlı olarak genişlediğini söylenebilir. Bunun en somut örneği, temiz bir çevrede yaşama olanağı olmadan, artık negatif hakların da anlamının olmadığıdır. Suyu yönelik toplumsal talepleri de bu bağlamda düşünmek zorundayız. İnsan hakları kavramı, açıkça devletin bireyleri devlete ve diğer egemen güçlerin saldırılarına karşı korumak için ortaya çıkmıştır. Bugün için insana saldırılar kısmen bertaraf edilmiş gibi görünse de nitelik değiştirdiğini ve farklı şekillerde devam ettiğini söylemek abartı olmasa gerekir. İnsanın yaşadığı çevresinde su kirliliği, hava kirliliği ya da su kaynaklarına ulaşamama gibi sorunların ortaya çıkması bu türden bir saldırı olarak gösterilebilir. Kaçınılmaz olarak insan hakları kavramı, insana zarar verecek olan bu türden saldırıları da yok edecek önlemler almayı gerekli kılmaktadır. Modern toplumda, artık devletin kaynağını belli bir zümreye ya da ilahi bir güce dayandıran anlayışlar büyük ölçüde önemini kaybetmiştir. Bugün modern devletlerin meşruiyet kaynağı insan haklarına dayandırılmaktadır. Ancak her ne uygulamada sıkıntılar olsa da, yine de ülkeleri yönlendiren bir kavram olması, yönetenlerin kontrol edilebilmesi açısından önemlidir⁵¹.

Suya erişimin bir insan hakkı olarak kabul edilmesinde yaşanan sıkıntılardan biri de toplumun bilgilenmesini ve örgütlenmesini sağlayacak yeterli bilgi aktarımının topluma yapılamamasıdır. Gerek gelişmiş ülkelerde gerekse gelişmekte olan ülkelerde bilgiye erişim sorunlu olup çoğu zaman da engellenebilmektedir. Oysa demokrasi, toplumda gerekli bütün bilgilerin var olduğu ve bu bilgiler doğrultusunda doğru tercihlerin yapılabileceği varsayımına dayanmaktadır. Ancak piyasa aktörlerinin medya üzerinde kurduğu egemenlik ilişkisi sorunlu olup, çoğu zaman kendi çıkarlarını toplumun çıkarları şeklinde sunabildiklerine şahit olmaktayız. Hatta zaman zaman medya grupları piyasa aktörlerinin yol açtığı çevresel kirlenmeleri de görmezden gelerek bir anlamda karartma yapmaktadırlar. Ne yazık ki, suya erişim hakkı konusunda da benzer bir karartma ya da çarpıtmanın güçlü medya grupları tarafından yapıldığı söylenebilir.

Batı ülkelerinin, sahip olduğu yüksek sosyal ve ekonomik gelişmişlik seviyesi çerçevesinde almış olduğu bir takım kararların, gelişmekte olan ülkeler tarafından da uygulanmasının iyi olacağı gibi bir yanılığın içinde olduklarını söylemek abartı

⁵¹ Kılıç, s. 114.

olmasa gerekir. Oysa bu ülkelerin gerçekleri ile gelişmekte olan ülkelerin gerçeklerinin birbiriyle uyumlu olmadığını, üstelik buna bir takım ideolojiler ve ön yargıların da dahil olabildiğini belirtmek gerekir⁵². Batılı ülkeler bu noktada, yoksul ülkelerin kalkınmasını hedeflemek yerine, daha çok kendi sermayelerini artırma derdinde oldukları bilinmektedir. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak piyasaya odaklanan neoliberalizmin ticari haklar savunusu ile su temelinde insan hakları kavramının karşı karşıya geldiğine şahit olmaktayız. Ancak ticari hakların sürekli olarak genişlemesi karşısında, ne yazık ki insan haklarının da bu ölçüde gerilediği söylenebilir. Gerçekten de ticari hakların giderek değişmez kutsal bir anlayışa dönüştürüldüğü sistemde, insanların da kendilerine ait birtakım haklarının olduğu nedense göz ardı edilmeye başlanmıştır. Küresel rekabeti gerekçe göstererek, sermayenin batırız, zarar ederiz tehditleri karşısında, direnenin devlet olduğunu söylemek zordur. Bunun kaçınılmaz sonucu olarak devletler, neoliberal politikaların baskısı altında, insan haklarının korunması konusunda artık daha esnek davranmaya kolayca ikna edilebilmektedir.

4. 4. Su Hakkı Konusunda Uluslararası Gelişmeler

Suya erişimin bir hak olarak kabul edilmesi daha önceki uluslararası metinlerde açıkça bahsedilmemektedir. Çünkü dünya ülkelerinin o zamanlar bir numaralı sorunu genellikle güvenlik, dış tehdit, ekonomik krizler olmuştur. Bu sorunlar nedeniyle nüfus artışı, hava kirliliği, su yetersizliği gibi sorunlarda kaçınılmaz olarak ya gündeme gelmemiş ya da daha az gelmiştir. Ancak artan çevre sorunları karşısında son yıllarda su konusu uluslararası alanda daha çok işlenmeye başlamıştır. Çünkü ikamesi mümkün olmayan böylesine önemli kaynağın uluslararası sözleşmelerle kullanımı konusunda kurallar getirilme zorunluluğu doğmuştur. Suyun önemini vurgulamak için bazı uzmanlar onu mavi altın olarak adlandırmaya başlamıştır. Suyu bu önemi 28 Temmuz 2010 yılında BM Genel Kurulu'nda alınan bir kararla vurgulanmıştır. Buna göre BM temiz içme suyu ve sağlıklı kullanma suyuna adil erişimi, bütün insan haklarının gerçekleştirilmesinin ayrılmaz bir bileşeni, diğer insan haklarının öncüsü ve yaşam hakkı için de zorunlu bir hak olarak kabul etmiştir⁵³.

Suyun hayati önemi AB İnsan Hakları Komisyonu'nun temel bir insan hakkı olan suya erişim ile ilgili kriterler belirlemiştir. Mevcut su sorunlarına karşın bir de buna artan nüfus, yoksulluk, altyapı gibi sorunlar eklenince su kaynaklarının uluslararası alanda kullanımının sürdürülebilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Böylesine olumsuz bir tablonun önlenmesi için suya erişimin adil biçimde yapılması gerekmektedir. Bu sorunun giderek ağırlaşması

⁵² Ünal s. 57.

⁵³ UN General Assembly (2010), "Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010", Sixty-fourth session Agenda item 48, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292&lang=E>, (02.02.2017).

nedeniyle, son yıllarda, su ve sanitasyon hakkının bir insan hakkı olarak tanınması yönünde tartışmalarda uluslararası alana taşınmıştır. Özellikle 2010 yılında, BM Genel Kurulu'nda alınan kararlar doğrultusunda su ve sanitasyon hakkının bir insan hakkı olduğunun resmi olarak kabul edilmesi ve bunun yasal anlamda bağlayıcılığına vurgu yapılmasının tartışmaları artmıştır⁵⁴. Ancak su konusunda tartışmaların bu noktaya gelmesini hazırlayan ve önemli birikim sağlayan bölgesel, ulusal ve uluslararası birçok organizasyonun da olduğunu belirtmek gerekir. Su ve sanitasyon hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerekliliğinin dünya kamuoyuna yerleşmesi yolundaki bazı kilometre taşları kısaca şu şekildedir⁵⁵:

Mar del Plata BM Su Konferansı'nın(Mart-1977), Eylem Planı ile ilk defa suya erişim bir hak olarak tanımlanmıştır. Bu Eylem Planı'na göre, gelişmişlik düzeyi ve sosyo-ekonomik koşulları ne olursa olsun herkesin içme ve temel ihtiyaçları için eşit kalite ve miktarda suya erişim hakkı olduğu savunulmuştur.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'de (CEDAW) (Aralık-1979),kadınlara yönelik ayrımcılığın sonlandırılması amaçlanmıştır. Suya erişim ve atık suların uzaklaştırılması sorunları bu bağlamda vurgulanmıştır.Kadın hakları sözleşmesindeki konulara benzer bir durum çocuklar için de söz konusudur. Nitekim bu sorun nedeniyle Çocuk Hakları Sözleşmesi (Kasım-1989),de açıkça beslenme, suya erişim, çevre sağlığı gibi konular başta olmak üzere, taraf olan ülkelerin çocuk haklarını tam olarak uygulamalarını ve bunun için gerekli düzenlemeleri yapmaları istenmektedir.

Rio Zirvesine bir ön hazırlık niteliğinde sayılabilecek olan *Uluslararası Su ve Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı-Dublin Konferansı'nda (Ocak-1992)*,uygun bir bedel ile herkesin temiz su ve sanitasyona ulaşabilmesinin temel bir hak olduğu dile getirilmiştir.*BM Çevre ve Kalkınma Konferansı-Rio Zirvesi'nin (Haziran-1992)*, Eylem Planı olan Gündem 21'de Mar del Plata Su Konferansı'nın kararları onaylanarak herkesin içme suyuna erişim hakkının olduğu ve bunun toplumca kabul edilmesi gereken bir ön koşul olduğu belirtilmektedir.

BM Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda (Eylül-1994), tüm bireylerin kendisi ve ailesi için yeterli yiyecek, giyim, konut, su ve sanitasyon hakkının olduğu savunulmaktadır. *BM Genel Kurulu 54/175 Kararı, Kalkınma Hakkı (Aralık-1999)*, BM Genel Kurulu'nun bu kararına göre besin ve temiz

⁵⁴ Farkas, Lori-Beail (2013), "The Human Right toWater and Sanitation: Context, Contours, and Enforcement Prospects", http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2014/04/Beail-Farkas_print.pdf, (12.01.2017).

⁵⁵ Parmionova,The United Nations Observances (2011), "The Human Right to Water and Sanitation Milestones", <http://parmionova.blogspot.com.tr/2011/10/human-right-to-water-and-sanitation.html>, (16.02.2017).

su hakları temel insan haklarıdır ve bunların teşviki ulusal ve uluslararası topluluklar için manevi bir zorunluluktur.

Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi (Eylül-2002), Johannesburg Zirvesi olarak da bilinen zirvede insan onurunun önemi üzerine durulmuştur, temiz su, sanitasyon, enerji, sağlık hizmetleri, gıda güvenliği ve biyoçeşitliliğin korunması gibi konularda hedefler, planlar ve ortaklıklar üzerinde durulmaktadır.

BM Genel Yorum No.15, Su Hakkı (Kasım-2002), BM 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'ni (ICESCR) yeniden yorumlanarak, uluslararası hukukta su hakkının desteklenmesini dile getirmiştir. Bu yorumda su hakkının insanlık onuruna yakışan bir hayat için vazgeçilmezliği ve diğer insan haklarının var olabilmesinin bir ön koşulu olduğu tespiti yapılmıştır. Diğer yandan İnsan Hakları Konseyi Kararı (Kasım-2006), uluslararası insan hakları belgeleri kapsamında, güvenli içme suyuna ve sanitasyona adil erişimle ilgili haklar ve yükümlülüklerle ilgili sonuç ve tavsiyeleri içermektedir.

BM İnsan Hakları Yüksek Komisyonu'nu "Uluslararası İnsan Hakları Kapsamında Güvenli İçme Suyuna ve Sağlık Koşullarına Uygun Suya Adil Erişime İlişkin İnsan Hakları Yükümlülüklerinin Kapsamı ve İçeriği Hakkında Raporu" (Ağustos-2007) ile güvenli bir içme suyu ve sanitasyonunun artık bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiğinin altı çizilerek, yaşam ve sağlığın sürdürülebilirliği için kişisel ve genel kullanımlarda yeterli miktarda güvenli içme suyuna erişimde ayırım gözetilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. 2009 tarihli *İnsan Hakları Konseyi Kararı*, devletlere sanitasyon hizmetlerine erişimle ilgili ayrımcılıkla mücadele etme ve eşitsizlikleri ortadan kaldırma yükümlülüklerine uymaları gerektiğini hatırlatmakta ve onları bu alandaki eşitsizliklerle etkili bir şekilde mücadele etmeye çağırmaktadır.

BM Genel Kurul Kararı (Temmuz-2010) ile ilk kez su ve sanitasyon hakkı resmi olarak tanınarak, temiz içme suyu ve sanitasyon hakkı tüm insan haklarının gerçekleştirilmesi için bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Güvenli, temiz, ulaşılabilir ve uygun fiyatlı içme suyu ve sanitasyon hizmetlerinin herkese sağlanması ve bu amaçla özellikle gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi ve mali destek verilmesi konusunda devletler, uluslararası organizasyonlar bu karar ile teşvik edilmektedir. *İnsan Hakları Konseyi Kararı*, gerek Eylül 2010 gerek Nisan 2011 toplantısında su ve sanitasyon hakkının uluslararası hukuktaki yerini tanımakta ve bu hakların tüm devletleri bağladığını duyurmaktadır. Bütün devletlerden, insan hakları yükümlülüklerini tam olarak uygulayabilmeleri için yurttaşlarına güvenli içme suyu ve sanitasyon hizmetleri sağlamaları ve bunun için uygun araçlar ve mekanizmalar geliştirmeleri istenmektedir.

Binyıl Kalkınma Hedefleri, su kaynaklı sağlık sorunlarının ve ölümlerin önüne geçilebilmesi için alınan bu kararlar, yoksullukla mücadele için de büyük hedefler koymuştur. 2015 yılına kadar ulaştırılması gereken belirli hedefler, bu

konularda alınacak önlemler bağlamında büyük önem taşımaktadır⁵⁶. Bin Yıl Kalkınma Hedefleri⁵⁷ kapsamında 2015 yılına kadar ulaşılması beklenen sekiz hedefin⁵⁸ başarılı olmasının, bireylerin sağlıklı suya kavuşmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Çevresel sürdürülebilirliği sağlamak hedefinde olan Bin Yıl Kalkınma Hedefleri'nin yedinci maddesi, 2015 yılına kadar sağlık koşullarına uygun suya erişimi olmayan insanların, sayıca oranlarının yarıya indirilmesi sorumluluğunu devletlere yüklemektedir. Bu konuda yapılan çabalar, ilerlemeler aslında 1990 yılından bu yana UNICEF ve WHO ortaklığında yürütülen Su Temini ve Sanitasyonu Ortak İzleme Programı aracılığıyla denetlenmekte ve yürütülmektedir. Güvenilir içme ve kullanma suyuna ulaşım konusunda 2010 yılı için önemli kazanımlar elde edilmiştir⁵⁹.

25 Eylül 2015'te 2030 yılına kadar gerçekleştirilmesi öngörülen ve 17 ana hedeften oluşan *BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri*'nin altıncısı suyla ilgilidir. Altıncı hedef, herkesin 2030 yılına kadar *güvenli ve uygun bedelli* bir içme suyuna ve sanitasyon hizmetlerine evrensel ve adil bir şekilde erişiminin sağlanması, su kalitesinin iyileştirilmesi, su kaynaklarının korunması, suyun verimli kullanılması ve bu hizmetlerin sürdürülebilirliğinin güvence altına alınması gibi konuları kapsamaktadır⁶⁰.

AB'nin kurucu sözleşmesinde de çevrenin korunması konusunda herhangi bir madde olmamasına karşın, daha sonra yaşam standardının yükseltilmesi amacıyla çevreyi korumayı da kapsayacak şekilde yorumlanmış ve kurucu antlaşmaların bir parçası haline getirilmiştir. BM'nin uluslararası sözleşmelerinde de su hakkını kapsayacak şekilde geniş bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Ancak yukarıda da görüldüğü üzere, BM'nin suya ilişkin yaklaşımlarında başlangıçta hak temelli görüşlerin ağırlıklı olarak savunulmasına karşın, zamanla "*satın*

⁵⁶ Parmionova, 2011.

⁵⁷ UN-The Millennium Development Goals Report (2015), "Time For Global Action For People and Planet", [http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf), (17.01.2017).

Aşırı yoksulluğu ve açlığı ortadan kaldırmak, evrensel olarak ilköğretim düzeyini sağlamak, cinsiyet eşitliğini sağlamak ve kadınları güçlendirmek, çocuk ölümlerini azaltmak, anne sağlığını iyileştirmek, HIV/AIDS, sıtma ve diğer hastalıklarla mücadele etmek, çevresel sürdürülebilirliği sağlamak, kalkınma için küresel ortaklıklar geliştirmek.

⁵⁸ Çelik, Hüseyin ve Fisunoğlu, Mahir "Poverty and The Millennium Development Goals Between 1990- 2015: The Case of Turkey", International Conference on Eurasian Economies, Kaposvár – Hungary, 29-31 August, 2016, p.337.

⁵⁹ UNICEF/WHO (2015), "25 Years Progress on Sanitation and Drinking Water-2015 Update and MDG Assessment", http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145_eng.pdf?ua=1, (12.01.2017).

⁶⁰ WWAP-United Nations World Water Assessment Programme, The United Nations World Water Development Report 2016: Water and Jobs, Paris, UNESCO, 2016, p. 59; Çetin, Mustafa (2015), "Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ve Çölleşmeyle Mücadele", <http://sahipkiran.org/2015/09/30/surdurulebilir-kalkinma-hedefleri/>, (01.02.2017).

alınabilir içme suyu” şeklinde ifadelerle daha çok karşılaşılmaya başlanmıştır. Bu durumun BM’nin hak temelli su yaklaşımından piyasacı bir yaklaşıma kaydığı yorumlarına neden olmuştur⁶¹.

Su hakkı kavramı, su kaynaklarının son yıllarda hızlı bir kentleşme ve sanayileşme sonucu zarar görmesi üzerine, suyun daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak iddiasıyla ortaya atılan su dağıtımının özelleştirilmesi düşüncesiyle güçlenmiştir. Dünya Bankası ve IMF gibi örgütlerin geliştirmekte olan ülkeler için suyun özelleştirilmesi yönündeki baskıları, suya erişmek isteyenlerin çıkarlarını korumaktan çok para kazanma arzusunda olanların çıkarlarını korumaya yönelik olarak kabul edilmektedir. Ancak su ve sanitasyon hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmesi yolundaki girişimler, büyük bir umut taşımaktadır. Bu konuda üst düzey uluslararası konferanslar, ikna edici çalışmalar, cesur ve net adımlar uluslararası boyutta yeterli destek bulabilmiş ve uygulanabilmiş olsaydı, su krizi muhtemelen bugünkü boyutlara ulaşmadan önlenebilecekti. Ne yazık ki günümüzde bu sorunun çözüldüğü söylenemez. Bu konuyla ilgili pek çok konferans, etkinlik yapılmış olmasına ve BM’in su ve sanitasyon hizmetleri ile ilgili 23 kuruluşu bulunmasına rağmen hala çok az bir ilerleme kaydedilmiştir. Asıl ihtiyaç duyulan şeyin, su ve sanitasyon hakkının bir insan hakkı olduğunu kabul eden ve öncelikle ulusal çapta stratejik hedeflerle başlayan daha sonra da uluslararası boyutta sürdürülen uyumlu bir küresel eylem planı olduğu söylenebilir⁶².

SONUÇ

İnsan hakları kavramının, tarih sahnesine çıkmasından bu yana zaman zaman zikzaklar çizmiş olsa da doğrusal bir gelişim çizgisi izlediğini söyleyebiliriz. Bu kavramın, krallardan seçilmiş başkanlara, kölelik ve kulluk sisteminden yurttaşlık sistemine kadar oldukça uzun bir dönüşüm süreci geçirdiği ortadadır. İnsan hakları kavramı, Aydınlanma Dönemi’nden sonra toplumsal alanda değişen dinamikler nedeniyle daha hızlı bir gelişme göstermeye başlamıştır. Bunun nedeni kuşkusuz toplumsal ve ekonomik alanda ortaya çıkan değişim ve buna uygun hak taleplerinin artmasıdır. Bu taleplerin can güvenliğinden çevre hakkına kadar uzanan geniş bir yelpaze oluşturduğu söylenebilir. Ancak haklar, toplumsal alanda egemenler ve yönetilenler arasında uzlaşmanın olmamasından dolayı, çoğunlukla mücadeleler sonucunda elde edilmiştir. Bugün egemen sınıfların çevre hakkını tanımada isteksiz tutum takınmaları da bundan kaynaklanmaktadır. Aynı sorun suya erişimin bir hak olarak kabul

⁶¹ Günaydın, Gökhan, “Suyun Piyasalaştırılması, Küresel Tarım - Su İlişkisi”, Memleket Dergisi, Siyaset Yönetim, 4 (10), 2009/10, s. 37.

⁶² UNDP-Human Development Report, “Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis”, Published for the United Nations Development Programme (UNDP), New York, USA, 2006, p.8-9.

edilmesi çabalarına karşı da gösterilmektedir. Bunun nedeninin büyük oranda toplumsal alanda iktidarı ellerinde bulunduranların, bu ayrıcalıklarını kaybetme psikolojisi ile yakından ilgili olduğu düşünülebilir. Oysa tarihsel gelişmeler bizlere, tıpkı insan vücudu gibi, hakların bir bütün olduğunu, üstelik tarihi olaylarla somut bir şekilde göstermiştir. Bu nedenle, insan haklarının somut kullanılabilir nitelikte olması için yapılması gerekenlerden biri de suya erişimin hak olduğunun kabul edilmesidir. Çünkü suya erişim hakkı, tıpkı çevre hakkı gibi, insan haklarının işlevsel olabilmesi için zorunludur. Ancak bu yaklaşım ne kadar doğruysa, su hizmetlerinin özelleştirilmesinin de o kadar yanlış olduğu söylenebilir. Dünya üzerinde özellikle su sıkıntısı çeken ülkelerde sorunu piyasa yöntemi ile çözmeye çalışmak olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Oysa suya ilişkin sorunlarda çözüm için ilk olarak atılması gereken adım, suya erişimin bir insan hakkı olduğunun kabul edilmesidir.

Gelişmiş ülkelerin yurttaşlarının geliştirmekte olan ülkelerdeki insanların yaşadıklarına benzer bir su sorunu yaşamamaları, hak kavramı konusundaki tartışmalara da yansımaktadır. Çünkü suya erişimin insan hakkı olarak kabul edilmesi için gösterilen çabalara, Batı ülkelerinden yeterince destek geldiği söylenemez. Su ve sanitasyon hizmetleri konusundaki uluslararası çabalar son derece yetersiz kalmaktadır. HIV/AIDS ve eğitime yönelik uluslararası farkındalığın aksine, su ve sanitasyon konularının küresel toplumun gündemine yerleşmediği ortadadır. Gelişmiş ülkelerin acilen bu konuyu öncelikleri arasına almaları gerekmektedir. Batılı ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere yardımları, küresel bir eylem planının gerçekleştirilmesi bağlamında, daha çok bu ülkelerin yerel sermaye piyasalarını canlandırmaktadır. Oysa bundan daha önemli bir adım su ve sanitasyon hizmetlerinin bir insan hakkı olduğuna ilişkin kamuoyu oluşturulması ve bu konudaki politik çabaların artmasıdır⁶³.

Sağlıklı bir suya erişim için, suyun ticari bir meta olmaktan çıkarılması gerekir. Su, alınıp satılan sıradan eşyadan çok daha fazla bir şeydir. Bütün canlılar için hayati değeri olan kaynaktır. Bu nedenle bir insan hakkı olarak suya herkesin eşit ve adil bir şekilde erişiminin en kısa zamanda sağlanması ve buna uygun yerel ve uluslararası politikaların izlenmesi gerekir.

⁶³ UNDP-Human Development Report, p. 8-9.

KAYNAKLAR

- Barlow, Maude** (2015), “Su Hakkımız: BM’nin Suya ve Hıfzıssıhhaya Dair İnsan Haklarını Tanımasının Beş Yıl Ardından Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, <http://www.suhakki.org/docs/MaudeBarlow-SuHakkimiz-tr.pdf>, (20.01.2017).
- BPB** (2009), “Zur Begründungeines Menschenrechtsauf Wasser”, <http://www.bpb.de/internationales/weltweit/menschenrechte/38745/menschenrecht-wasser?p=all>, (24.01.2017).
- Brown, Colin, Neves-Silva, Priscilaand Heller, Léo The Human**, “Right to Waterand Sanitation: A New Perspective for Public Policies”, *Journal of Ciência& Saúde Coletiva*, 21(3): 661-670, 2016.
- Çeçen, Anıl**, “Demokrasi ve İnsan Hakları”, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/e5b80667cfa1490_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, (20.01.2017).
- Çelik, Hüseyin ve Fisunoğlu, Mahir** “Poverty and The Millennium Development Goals Between 1990- 2015: The Case of Turkey”, *International Conference on Eurasian Economies, Kaposvár – Hungary, 29-31 August, p.336-341, 2016.*
- Çetin, Mustafa** (2015), “Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ve Çölleşmeyle Mücadele”, <http://sahipkiran.org/2015/09/30/surdurulebilir-kalkinma-hedefleri/>, (01.02.2017).
- Çınar, Tayfun**, “Su Yönetiminde ve Finansmanında Strateji, Model ve Aktörler”, *Su Yönetimi: Küresel Politika ve Uygulamalara Eleştiri*, Edit: T. Çınar ve H. K. Özdiñç Memleket Yayınları Ankara, s.43-93. 2010.
- Çiçek, Erol**, “Kar mı İnsan Hakkı mı-Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80: 182-228, 2009.
- Erbek, Çağlar** (2011), “Negatif, Pozitif ve Aktif Statü Hakları”, http://www.caglarerbek.com/2013/01/negatif-pozitif-ve-aktif-statu-haklar_28.html, (08.02.2017).
- Gleick, P. H. and Cooley, H. S.**, “Energy Implications of Bottled Water”, *Environmental Research Letters*, 4 (1): 1-6, 2009.
- Gözler, Kemal**, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa 2004.
- Günaydın, Gökhan**, “Suyun Piyasalaştırılması, Küresel Tarım - Su İlişkisi”, *Memleket Dergisi*, Siyaset Yönetim, Cilt: 4, Sayı: 10, 2009/10, s. 33-58, 2009.
- Farkas, Lori-Beail** (2013), “The Human Right toWater and Sanitation: Context, Contours, and Enforcement Prospects”, http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2014/04/Beail-Farkas_print.pdf, (12.01.2017).

J. Shestack, Jerome, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, Liberal Düşünce, (Çev:Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan), 11 (43): 87-119, 2006.

Kılıç, Selim, “Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım”, TAAD Dergisi, 6 (22): 91-121, 2015.

Koç, Mustafa (2013), “Su Hakkı İçin Yürüyüş”, http://ahmetler.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1447:su-hakki-&catid=19:mkoc&Itemid=76, (06.01.2017).

Konan, Belkis, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (4): 253-288, 2011.

Kurt, Ömür, “Bir Praksis Alanı Olarak Su Hakkı”, IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 18-19 Ekim, Muğla, s.393-410, 2012.

McClanahan, William, (2014). “Green and Grey: WaterJustice, Privatization, and Resistance” Online Theses and Dissertations. Paper 201. <http://encompass.eku.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=etd>, (09.02.2017).

McGregor, Judy, **Human Rights and Water**, Creative Commons Attribution, Auckland, Aotearoa New Zealand, 2012.

Parmionova, The United Nations Observances (2011), “The Human Right to Water and Sanitation Milestones”, <http://parmionova.blogspot.com.tr/2011/10/human-right-to-water-and-sanitation.html>, (16.02.2017).

Perman, Matt (2009), “The Difference Between Negative Rights and Positive Rights”, <https://www.whatsbestnext.com/2009/01/the-difference-between-negative-rights-andpositive-rights/>, (11.02.2017).

Politik & Unterricht, Menschenrechte Unveräußerlich – universell – unteilbar, Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (LpB), 2014.

Tepe, Harun, “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan **İnsan Hakları Korunabilir** mi?”, Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, 22-23 Ekim 2009 Antalya, Bildiriler Kitabı, Belediye İş Sendikası Yayınları: 97-104, 2009.

Topçu, Erol, “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı, **İnsan Hakları Yılığ**”, **Cilt 26, s. 15-40, 2008.**

Turhan, Aydın, “İnsan Hakkı Kuşaklar Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2): 357-378, 2013.

UNDESA (2014), “International Decade for Action “Water for Life”, http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml, (11.02.2017).

UNICEF/WHO (2015), “25 Years Progress on Sanitation and Drinking Water-2015 Update and MDG Assessment”, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145_eng.pdf?ua=1, (12.01.2017).

UN General Assembly (2010), “Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010”, Sixty-fourth session Agenda item 48, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292&lang=E>, (02.02.2017).

UN-The Millennium Development Goals Report (2015), “Time For Global Action For People and Planet”, [http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf), (17.01.2017).

UN Press Release (2003), “International Year of Freshwater 2003: UN International Year of Freshwater to Galvanize Action on Critical Water Problems”, <http://www.un.org/events/water/launchrelease.pdf>, (20.01.2017).

UN-Economic and Social Council (2002), “General Comment No. 15- The Right to Water”, http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf, (26.01.2017).

UNDP-Human Development Report, “Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis”, Published for the United Nations Development Programme (UNDP), New York, USA, 2006.

Ünal, Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, s.41-74, 1994.

WWAP-United Nations World Water Assessment Programme, The United Nations World Water Development Report 2016: Water and Jobs, Paris, UNESCO, 2016.

Yılmaz, Aslı, “Yeni Sağcı Su Politikası Kavramları: fiyatlandırma, su hakkı, özerklik-katılım”, Memleket Dergisi, Siyaset Yönetim, 4 (10): 1-32, 2009.

Yüksel, Mehmet, “İnsan Haklarının Sosyo-Tarihsel Temelleri”, İnsan Hakları Yıllığı, C: 25, s.1-19, 2007.

TANIKLIK BEYANININ DELİL DEĞERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA BİR İNCELEME (YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 25.02.2015 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ)

A Review About the Evaluation of the Witness Statement (Evaluation of Law of the General Assembly of The Supreme Court Decision Dated 25.02.2015)

Doç. Dr. Cenk AKİL¹, Arş. Gör. Meltem ERCAN ÖZLER²

Geliş Tarihi: 27.01.2017 Kabul Tarihi: 21.02.2018

ÖZET

Çalışmaya konu olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, tanık ile taraf arasında söz konusu olan menfaat ilişkisinin tanığın beyanının güvenilirliğini ortadan kaldıracığı ifade edilmiştir. Tanık, tanığı olduğu olaylara ilişkin bilgilerini aktarırken aslında hâkimin zihninde olayı yeniden canlandırmakta ve olaya ilişkin bir kanaate ulaşmasına zemin hazırlamaktadır. Aksi yönde ciddi ve inandırıcı deliller ortaya konulmadıkça tanığın doğru söylediği kabul edilmektedir. Tanığın beyanının güvenilirliğinden kuşku duyulmasını gerektirecek bir husus var ise, taraflara bunu iddia ve ispat etme imkânı tanınmalı, hâkim de bu durumu göz önünde bulundurmalıdır. Bu açıdan tanığın davanın taraflarıyla iş ilişkisi içerisinde bulunması beyanının geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Bir yandan tanık beyanının hukuk hayatında arz ettiği önem ve aynı işyerinde çalışmanın tanıklık bakımından kanuni bir engel sayılmaması, diğer yandan aksi yönde ciddi ve inandırıcı deliller olmadıkça tanığın doğruyu söylediğinin kabulü, çalışmanın konusunu teşkil eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının bu hususlar çerçevesinde incelenmesini gerekli kılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tanıklık beyanının değeri, gerçeği söyleme, iş arkadaşlığı

ABSTRACT

The study is related to the evaluation of the General Assembly of the Supreme Court decision which is about the witness of one of the parties made in the case of a business relationship. The witness actually reenact the event in the mind of the judge regarding the events when transferring information and the judge will provide the basis for reaching a conclusion regarding the incident. In this context that is accepted that, unless there is another evidence to the contrary, the witnesses being told the truth and also only a business relationship does not make the witness statement invalid. However, at this point the testimony of the witness is enough to raise doubt as to where the relationship is located, in that case, both parties to prove this claim and both judges considering these elements has authority to make the assessment. For this reason, the significance of the evidence and a witness that can be used in practical life and by lawing there is the lack of limitation about business relationship and also unlike both the serious and the adoption of the witness telling the truth unless there is convincing evidence necessitated reassessing the decision within the framework of the examination.

Keywords: The value of witness statement, declare real, categorical distinction, partnership

¹ Uluslararası Antalya Üniversitesi, akilcenk@hotmail.com

² Selçuk Üniversitesi, meltem.ercan@hotmail.com

GİRİŞ

Tanık beyanı sıklıkla başvurulmuş bir delil olması nedeniyle uygulamada önemli bir yere sahiptir. Takdiri deliller arasında yer alan tanıklık, üçüncü kişinin dava ile ilgili bir vakıa hakkında duyu organları ile edindiği bilgileri mahkemeye aktarmasıdır³. Delil niteliği taşıyan tanığın kendisi değil; onun beyanıdır⁴. Bu beyanın davayı aydınlatabilmesi için gerçekleşen olay hakkında detaylı bilgi vermesi gerekir. Bu nedenle tanığın görsel yolla edindiği bilgilere, yani bu yöndeki tanıklığına, işitsel tanıklığına oranla daha fazla önem verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵. Tanık delili uyumsuzluğa ne kadar yakın olursa –ki bu yakınlık delilin ispat etmek istediği vakıa ile arasında söz konusu olan fiziksel ve zaman bakımından bir yakınlıktır⁶- tanığın olaylara ilişkin ifadesi daha ayrıntılı ve böylece verdiği bilgilerin doğruluğu ve güvenilirliği de o oranda daha yüksek olacaktır⁷.

³ Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.869; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar-Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2016, s.433; Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C.II, İstanbul 2017, s.1739; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.399; Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s.48; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.B., İstanbul 2000, s.729; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960, s.266; Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978, s.524; Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.712; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. B., C.3, İstanbul 2001, s.2567; Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s.198; Ergül, Teoman, Şahit ve Şahitlik, AD 1964, Y.55, S.1-12, (s. 1018-1032), s.1019; Duman, İlker Hasan, Tanık, AD 1984, S.4-6, (s. 978-988), s.978; Eğilmez, Namık Kemal, Şahadet ve Şahidin Psikolojisi, ABD 1955, S.1, (s. 396-403), s.397; Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s.100; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.1141.

⁴ Tanrıver, s.869.

⁵ Tanrıver, s.879. Başkasından duyulan tanık beyanlarının genellikle daha zayıf delil olduğu kabul edilmektedir (Bilge/ Önen, s.523; Berkin, s.831; Belgesay – Teori, s.94; Postacıoğlu/ Altay, s.733). Tanığın mutlaka olayı gören ya da bilen bir kişi olması da şart değildir. Ancak gören, duyan kişiye nazaran aktaran kişinin beyanının ispat gücü ona göre daha az kabul edilecektir (Atalay, Pekcanitez Usul, s.1910-1911). Alman medeni usul ve iş yargılamasında duyduğunu aktaran tanığın ifadesi ispat aracı olarak kabul edilmemektedir (Meriç, Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, 2005/1, (s.89-121), s. 111, dn.32).

⁶ Ertanhan, s.276.

⁷ Ertanhan, s.276. Tanıklık beyanı, tanığın tanıklık ettiği olayı bilinçli ya da bilinçsiz olarak her zaman tam olarak aktarmamasından dolayı takdiri bir delil niteliği taşımaktadır. Alman ve Türk hukukunda tanıklık beyanı bilinçli ya da bilinçsiz ifade edilmiş olmasına göre farklı iki kritere bağlanmıştır. Alman hukukunda bu durum, tanığın tanık olduğu olayları idrakı ve mahkemeye aktarabilmesi olarak ifade edilmektedir. Türk hukukunda ise tanığın maddi ve manevi etkiler yani parasal menfaat, sempati ve nefret gibi hislerin etkisi altında kalarak ya da tanığın taraflardan birinin aile bireyi ya da arkadaşı olarak beyanını aktarması halinde bilinçli; tanığın bir zaman sonra olayı unutmaması, eksik hatırlaması ya da abartarak

Diğer yandan tanığın hâkimi yanıltmadan duyu organları⁸ ile edindiği bilgileri gerçeğe en yakın şekilde aktarabilmesi için, dikkatli, anlama gücü sağlam⁹, beyanına güvenilir, iyi ahlâklı, samimi ve dürüst bir kişiliğe sahip olması¹⁰ gerekir. Gerçeğin ortaya çıkarılması için tanığın ifadesini tam ve doğru olarak aktarması, olaya ilişkin bilgilerine kendinden bir şey eklememesi ve sorulan soruları cevaplandırabilmesi şarttır¹¹. Tanık beyanı değerlendirilirken, tanığın ifadesi sırasındaki görünümü, olayları tasvir tarzı ve olaylara ilişkin duyguları, beyanının güvenilirliğinden şüpheyi gerektiren bir durumun olup olmadığı ve diğer delillerin¹² göz önünde bulundurulması gerekir¹³. Zikredilen tüm bu zayıflıklarına rağmen tanık beyanı önemli bir takdiri delildir ve bu delile HMK'da geniş bir yer verilmiştir¹⁴. Aşağıda öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına temel teşkil eden olaya ve buna ilişkin mahkeme kararlarına; daha sonra tanık beyanının delil olarak değerine ilişkin öğretideki görüşlere ve en sonunda kişisel görüşlerimize yer verilecektir.

I. DAVANIN ÖZETİ

Davacı dava dilekçesinde özetle; iş sözleşmesinin tazminat ödenerek feshedildiğini, ancak kıdem tazminatının eksik ödendiğini, ödenmeyen işçi alacakları olduğunu, tatiller de dâhil ara dinlenmelerinde de çalıştırıldığını, izin hakkının kullanılmadığını belirterek, kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

yeni öğeler eklemesi durumunda ise bilinçsiz olarak beyanını ifade etmesi söz konusu olmaktadır. Yargıtay da bazı davalar bakımından tanıkların menfaatlerinin bulunduğu ve bunların tanıklıklarının hükme esas alınamayacağı görüşündedir (HGK 19.03.1997, 8/855-218 (Meriç, s.95, dn.39)).

⁸ Tanıklar duyu organlarıyla, örneğin gözleri veya kulakları ile edindikleri bilgileri aktarırlar. Yoksa bir olayın mânâ ve değeri hakkındaki fikirlerini açıklamazlar (Bilge/ Önen, s.523; Ansay, s.268).

⁹ Yargıtay da tanıklık ettiği olayı idrak ve anlama yeteneği bulunmayan kişinin tanık olarak dinlenmemesi gerektiği görüşündedir. (8.HD., 17.11.1997, E. 97/696, K. 97/7333 (Meriç, s.91, dn.12). Alman hukukunda tanıklık beyanının değerlendirilebilmesi için öncelikle bu beyanın delil olarak mahkeme tarafından kabul edilmiş olması gerekir (Meriç, s.91).

¹⁰ Tanrıver, s.869; Eğilmez, s.398; Ertanhan, s.350 vd.; Gözübüyük, Abdullah Bulat, Adli Psikoloji Yönünden Tanık, AD 1948, S.5, (s.545-586), s.545; Belgesay – Delil, s.100. Ahlâk, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin, bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları mümkündür (Kuru, s.399).

¹¹ Ansay, s. 267; Meriç, s.94.

¹² Fakat önceden delil ikamesi mümkün değilse, tanıklık beyanına dayanılarak karar verilmesinden başka çare de yoktur (Berkin, Necmettin, Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1982, s.831).

¹³ Belgesay – Delil, s.100; Ansay, s.267.

¹⁴ “Yargıç kendi ruhu ile doğrudan tanığın ruhunu seyir ve keşif eyleseydi bu beyana bel bağlanabilirdi” ifadesi ile de aslında tanık beyanının soyutluğu ve hükme esas alınabilmesi noktasındaki zayıflığı ortaya konulmaktadır (Ansay, s.266-267).

Davalı ise, bir yandan zamanışımı itirazında bulunmuş; diğeryandan, dava konusu edilen tazminatların ödendiğini, davacının herhangi bir alacağının kalmadığını ileri sürmüştür.

II. İLK DERECE MAHKEMESİNİN 10.09.2012 TARİHLİ KARARI

Davaya bakan Şanlıurfa 1. İş Mahkemesi yapmış olduğu yargılama sonucunda bilirkişi tarafından tanzim edilen hesap raporuna itibar ederek, davacının iş sözleşmesinin haksız yere feshedildiğini, ödenmeyen işçilik alacakları bulunduğunu tespit ederek davanın kısmen kabulü ile davalıyı bakiye kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin ve tatil ücreti alacağına mahkûm etmiş, fazlaya ilişkin talebi ise reddetmiştir¹⁵.

III. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN 12.11.2012 TARİHLİ KARARI

Temyiz başvurusu üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi istikrar kazanmış içtihatları gerekçe göstererek, davalı aleyhine dava açan işçilerin tanık olarak dinlenmesi durumunda tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi, bu tanıkların beyanlarının diğeryan delillerle değerlendirilerek sonuca gidilmesi ve kendileri de davalı aleyhine dava açmış olan işçilerin tanık olarak dinlenmesi halinde onların beyanlarına kural olarak itibar edilmemesi gerektiğini; kaldı ki, davacının tüm hafta tatillerinde çalıştığına dair soyut tanık anlatımları dışında delil bulunmadığı ifade edilerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur¹⁶.

IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 25.02.2015 TARİHLİ KARARI

İlk derece mahkemesinin bozma kararına karşı direnmesi üzerine dosya önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise yapmış olduğu inceleme neticesinde vermiş olduğu kararında¹⁷; gerek 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesi gerekse 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 255. maddesi uyarınca aksi yönde ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça tanıkların gerçeği söylemiş olduğu; akrabalık veya diğeryan bir yakınlığın başlı başına tanık beyanını değerden düşüren bir sebep sayılamayacağı; bununla birlikte, işveren aleyhine dava açan işçilerin bir diğeryanının davasında tanık olarak dinlenmesi halinde, tanıkların açıklamalarına kural olarak itibar edilmemesi ve bunların diğeryan delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ayrıca somut olaya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca, hükme esas alınan bilirkişi raporunda hafta tatil ücret alacağı hesaplanırken, davacı tanık anlatımlarının delil olarak değerlendirilmesine rağmen davacı tanığı olarak

¹⁵ Bkz. 10.09.2012 gün ve 2012/198 E., 2012/666 K. sayılı karar.

¹⁶ Bkz. 12.11.2012 gün ve 2012/33879 E., 2012/37327 K. sayılı ilâm.

¹⁷ Bkz. 25.02.2015 gün ve 2013/1462 E., 2015/869 K.

dinlenen işçilerin de aynı şekilde davalı işveren aleyhine aynı iddialar ile dava açan kişiler olması ve davacının hafta tatillerinde çalıştığına dair soyut tanık anlatımları dışında delilin de bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu durumda sonuç olarak, diğer yan delillerle desteklenmeyen ve aynı işveren aleyhine aynı iddialara dayalı açtıkları davalar nedeniyle menfaat birliği bulunan davacı tanıklarının beyanlarının hafta tatilinde çalışma iddiası yönünden hükme esas alınması mümkün olmamış; diğer bir ifade ile davacı dinlettiği tanıklarla hafta tatillerinde çalıştığı iddiasını ispat edemediğinden davacının hafta tatili ücret alacağı isteminin reddi yerine, yazılı gerekçelerle kabul edilmesi isabetsiz bulunmuştur. Bu nedenle özel dairenin bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

V. TANIKLIK BEYANININ DELİL DEĞERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN OLARAK DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Tanıkların takdirî delil niteliği taşıyan beyanları, yargılamanın aydınlanmasına ve gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eder. Hâkim tanık delilini, serbestçe değerlendirme ilkesine tabi olarak ve tanığın beyanlarından olayların nerede, nasıl ve ne zaman gerçekleştiğini ortaya koyarak incelemeye çalışır¹⁸. Bu değerlendirmesi sırasında hâkim son derece dikkatli davranmalı ve tanık beyanlarına değer atfederken azamî özen göstermelidir. Çünkü tanık beyanının değerlendirilmesinde hem çok fazla faktörün göz önünde bulundurulması hem de tanığın olay hakkında verdiği bilgilerin hâkime aynen değil, tanığın algılama kabiliyetine göre şekil değiştirerek ulaşması¹⁹ mahkemenin yanıltılmasına yol açabilir²⁰. Bu nedenle, hâkim, tanık beyanını salt hukuki bir bakış açısı ile değil, sosyolojik ve psikolojik bazı incelemeleri de dikkate alarak değerlendirmelidir, bu hususta ona mantığın ve bilimsel düşüncenin ilkeleri yardımcı olacaktır²¹. Başka bir deyişle, hâkimin bilgisi, kişisel deneyim ve gözlemleri, hayat tecrübesi, akli ve algılama gücü ona tanığın güvenilirliğini tespit edebilme ve tanık beyanlarının gerçeğe uygunluğunu

¹⁸ Ertanhan, s.275; Postacıoğlu/ Altay, s.732.

¹⁹ Bunlar tanıklığın en fena delil olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bkz. Karafakih, s.209; Üstündağ, s.739.

²⁰ Tanrıver, s.879; Üstündağ, s.739.

²¹ Ertanhan, s.277. Delillerin değerlendirilmesinin adli bir karar verilmesi yönündeki amacını gerçekleştirmek, bunun hukuk dışı boyutlarının da olması nedeniyle, bir hayli zorlaşmaktadır (Yıldırım, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.1).

takdir edebilme²² imkânı verecektir²³. Gerektiğinde hâkim tanık beyanlarını birbirleri ile karşılaştırır, tanıkları yüzleştirir ve çelişkili hususları gidermek için tanığa soru sorabilir (HMK m.261, 3)²⁴.

Tanık beyanı değerlendirilirken tanığın olaya ilişkin (kişisel) bilgisinin yanında tanığın kişisel özellikleri de nazara alınır. Nitekim HMK m. 254 uyarınca, dinlenme sırasında önce tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına güveni etkileyecek bir durumunun olup olmadığı sorulur.

HMK m. 255 uyarınca da, tanığın davada yararı bulunmak gibi²⁵, tanıklığının doğruluğu konusunda kuşku gerektiren sebepler varsa²⁶, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir. Bu hükümler birlikte ele alındığında, tanık beyanı değerlendirilirken tanığın inanılabilirliği ve güvenilirliği ile ilgili her hususun hâkim tarafından göz önünde bulundurulacağını ortaya koymaktadır²⁷. Tanıklığın doğruluğundan şüpheyi gerektiren durumlar çok çeşitli olabilir. Söz gelimi, tanığın kimliği, ahlâkı, yaşı, karakteri, terbiyesi, tahsili ve mesleği, olaylara yakınlık ve uzaklığı, olayları anlatma kabiliyeti, geçmiş halleri, hastalık ve yorgunluğu, ifadesi sırasındaki tavır, jest ve mimikleri (ki beden dili de dikkate alınması gereken önemli bir husustur²⁸), sıklılganlığı, dikkatsizliği, yaşadığı hayat koşulları, davayla ve davanın tarafları ile arasındaki maddi ya da manevi menfaati, politik, dini ya da millî düşünce farklılıkları, hırs ve

²² Çünkü, Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da delillerin değerlendirilmesi ile takdir hakkı farklı kavramlardır (Yıldırım, s.86; Tanrıver, s.407, dn.411). Hâkim her ne kadar tanık delili ile bağlı olmasa da bu yetkiyi keyfi ve sınırsız olarak kullanamaz. Keyfilğin önüne geçilebilmesi için değerlendirmesini gerekçelendirmelidir (Atalay, Pekcanitez Usul, s.1910). Takdir hakkının kullanılması dava konusu vakıya ilişkindir ama bu yetki ile vakia takdir edilmez; vakia sonucu ile talep sonucu arasında kanunun öngördüğü sınırlar dahilinde bir denge kurulur. Takdir hakkı, soyut ve genel nitelik taşıyan maddi hukuk kuralının, somut olaya uygulanmasında önem taşır. Delillerin değerlendirilmesi ise, vakianın gerçekliğine ilişkindir. Delillerin değerlendirilmesi, delillerin toplanmasından sonra hâkim tarafından delillerin tartışılması ve somut olayın değerlendirilmesi noktasında önem taşır. Yani takdir hakkından farklı olarak hukuk kuralının uygulanmasından önceki safhada söz konusu olur. Delillerin değerlendirilmesi hâkimin delilleri istediği gibi takdir edeceği anlamına da gelmemektedir. Hâkim mantık ve hukuki gerekçelere riayet ederek değerlendirmesini yapmalıdır. Zira delillerin değerlendirilmesi soyut hukuk kuralının uygulanması ile değil somut olayın tespiti ile ilgilidir (Tanrıver, s.407-408, dn.411).

²³ Ertanhan, s.275; Berkin, s.831.

²⁴ Yıldırım, s.83; Postacıoğlu/ Altay, s.733.

²⁵ Tanığın davada yararının bulunması, tanığın tanıklığına itiraz edilebilmesine sebep olduğundan, bu durum maddi veya manevi bir bağa dayanabileceği gibi diğer kişisel, mesleki veya hukukî bir çıkara da menfaatten de kaynaklanabilir (Ertanhan, s.309).

²⁶ "Tanıklığının doğruluğu konusunda kuşku gerektiren sebepler", tanığın inanılabilirlik ve güvenilirliğinden kuşku duyulan sebepler olarak anlaşılmalıdır (Ertanhan, s.289).

²⁷ Ertanhan, s.289.

²⁸ Tanrıver, s.879.

talepleri, heyecanları, gönül ilişkileri, borç ilişkileri, miras ve boşanma davaları neticesinde doğan çıkarları, vakıyı anlamaya engel öfke, kin gibi duygularının ya da bir kişiye karşı duyulan sempati ya da antipati hisleri gibi²⁹. Taraflarla ilişkisi olan tanığın beyanına bu nispette değer verilmelidir. Çünkü taraflarla hiçbir ilişkisi olmayan ve davanın kazanılmasında menfaati bulunmayan tanığın beyanı ile dava sonucunda verilecek hükümden menfaati etkilenecek olan tanığın güvenilirliğinin aynı olduğu söylenemez³⁰.

Bununla birlikte, salt akrabalık ya da yakınlık ilişkisi tanık beyanının dikkate alınmamasını gerektirmez³¹. Hâkim, tanığın sözlerinin bu ilişkilerden dolayı ne derece etkilendiğini yukarıda zikredilen hususları dikkate alarak yaptığı inceleme neticesinde anlayabilir³². Bu cümleden olarak, hâkim tanığın beyanını dikkatlice değerlendirmeli; varsa çelişkileri gidermeli ve bir tanığın beyanına diğerine göre üstünlük tanıyorsa ya da tanık beyanını kararına hiç temel almıyorsa buna ilişkin gerekçelere kararında mutlaka yer vermelidir³³.

²⁹ Bilge/ Önen, s.523; Meriç, s.113; Ertanhan, s.290; Atalay, Pekcanitez Usul, s.1910.

³⁰ Belgesay, Reşit Mustafa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Tabı, C.II, İstanbul 1939, s.100; Ertanhan, s.308. Tanığın ifadesinin başka deliller ile desteklenmeden hükme esas tutulması ve tanığın taraflardan birinin davayı kazanmasında önemli bir menfaatinin olması, bu hükmün kaldırılmasını/bozulmasını gerektirebilir (Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.B., Ankara 2014, s.780).

³¹ Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012, s.627-628; Ertanhan, s.311; Meriç, s.113; Postacioğlu/ Altay, s.734; Kuru, s.408; Kuru – C.3, s.2216; Umar, s.780; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s.357; Atalay, Pekcanitez Usul, s.1887, 1910-1911; Görgün, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2015, s.366; Tanrıver, s.879. Karş. Karafakih, s.209. Tanıklığın değeri, akrabalık, dostluk veya düşmanlık, davanın sonucunda bir menfaatin sağlanması, tanığa dinlenilmesi sırasında telkin ya da yönlendirme ile soru sorulması ya da tanığın etki altında bırakılmaya çalışılması hallerinde azalır (Ansay, s.267). Ancak tanığın taraflarla iş ilişkisi ya da hısımlık bağı içerisinde bulunması ve tanıklık edebilmesi adil değildir. Dürüst hayat sürmediği herkesçe bilinen ya da aralarında hısımlık veya iş ilişkisi olan, kendisine maddi veya manevi olarak bir menfaat sağlayan, karı-koca, yakın akraba veya arkadaşlık gibi ilişkileri bulunan kimselerin tanıklıklarına itibar edilmemelidir. Aynı şekilde öğrenci, asker gibi aynı üste tâbi ya da belli bir gruba mensup dayanışma içindeki kimselerin birbirlerinin leh veya aleyhlerine doğruyu söylemeleri beklenemeyeceğinden bu kişilerin tanıklık beyanlarına da güvenilmemelidir (Belgesay – Şerh C.II, s.74-75; Belgesay, Reşit Mustafa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler I, 3. B., İstanbul 1948, s.113). Birinin diğerinin nüfuzu altında olması, tanığın yüz kızartıcı bir suçtan mahkûm edilmiş bulunması ya da tanığın var olan bir ilişki nedeniyle şüphe altında olması hallerinde de durum böyledir (Karafakih, s.210). Taraflardan her biri de kendileri ile tanık arasında var olan alacaklı veya borçlu ilişkisinin tanığın menfaatinin etkilendiğini ve bu nedenle tanığın sözlerine itibar edilemeyeceğini gerekçe göstererek tanığın beyanının aksini iddia ve ispat edebilirler (Belgesay - Şerh C.II, s.101; Belgesay - Teoriler, s.115).

³² Tanık beyanına, tanığın ancak baskı ve abartıdan uzak bir şekilde, olayları olduğu gibi aktarması halinde sonuç bağlanabilir (Ansay, s.267).

³³ Postacioğlu/ Altay, s.734; Atalay, Pekcanitez Usul, s.1910; Bilge/ Önen, s. 523, dn. 3; Görgün, s.366.

Yargıtay'a göre de, deliller tarafın özelliği, ülke gerçekleri ve bazı hallerde tarafların özel durumları dikkate alınarak değerlendirilmelidir³⁴.

Tanık beyanının isabetinin değerlendirilmesi kapsamında taraflar da tanık hakkında edindikleri bilgileri hâkime sunabilirler.

Hâkim, bütün bu hususları nazara alarak yaptığı inceleme neticesinde tanığın beyanı ile bağlı değildir; onun doğru söylemediğini başka delil ve emarelerden anlarsa tanığın beyanının aksine de karar verebilir³⁵. Ancak sadece vicdani kanaatle karar verilmesi veya tanık sözlerine inanılmaması yeterli değildir³⁶; her tanığın beyanına neden itibar edilip edilmediği gerekçeli bir şekilde ortaya konulmalıdır³⁷.

VI. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı her şeyden önce iki bakımdan eleştiriye açıktır. Evvela kararda aksi yönde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadıkça *tanıkların gerçeği söylemiş olmalarının asıl olduğu* ifade edilmiştir. Uygulamada tanıklar dinlenirken yeterli özenin gösterilmediği, tanıklara somut olayı yeterince aydınlatacak soruların sorulmadığı ve genellikle tanıkların soyut beyanlarının esas alındığı gözlemlenmektedir. Bu durum, Yargıtay'ın tanıkların gerçeği söylemiş olmalarını ilke olarak benimseyen içtihatlarıyla birleşince mahkemeler tanık beyanı ile adeta kendilerini bağlı hissetmeye başlamışlardır. Bu ise, sonuç itibarıyla, doktrinde haklı olarak en az güvenilir (çürük) bir delil olarak nitelenen tanık beyanını³⁸ uygulamada

³⁴ Kararlar için bkz. Yıldırım, s.140, dn.241a.

³⁵ Bilge/ Önen, s. 523.

³⁶ Ertanhan, s.279. Hâkimin tanık ifadelerini serbestçe takdir ederek vicdani bir kanaat oluşturması yeterli olmayıp, hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edilip edilmediğinin de belirtilmesi gerekir (Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s.439; Kuru, s. 408; Meriç, s.104, dn.90).

³⁷ Ertanhan, s.392-393; Yıldırım, s.81-82; Postacıoğlu/ Altay, s.734; Meriç, s.102-103. "Delillerin serbestçe takdir edilmesi", hukuk kuralının uygulanmasından önceki safhada gerçekleşen ve hakkında hüküm verilecek olaya ilişkin olan yargılama hukukuna özgü bir meseledir. Buna karşın, TMK m.4 anlamındaki takdir yetkisi ise, maddî hukukta uygulanabilecek bir hukuk kuralının hakkaniyet ve nesafete göre tamamlanmasıdır ve bu maddî hukuka ilişkin bir problemdir (Edis, Seyfettin, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 3.B., Ankara 1987). Maddî takdir yetkisine göre daha geniş bir etki alanına sahip olan usulî takdir yetkisi ise, yargılama faaliyetinin düzenli olarak yürütülebilmesi için bırakılan kural içi boşlukları doldurmak ve somut uyumsuzluklar bakımından usul ekonomisi ilkesinin en üst düzeyde uygulanmasını sağlamak için hâkime tanınmış olan bir yetkidir. (Ermenek, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, s.185).

³⁸ Türk hukuku bakımından bkz. Kuru, s.398; Ansay, s.266; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar - Ayvaz, s.431; Postacıoğlu/ Altay, s.733; Üstündağ, s.729; Belgesay – Delil, s.104; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s.355; Atalay, Pekantez Usul, s.1887; Karılı, s.622; Yıldırım, s.30 vd.; Eğilmez, s.399. Belirtmek gerekir ki, aynı şey Alman hukuk doktrininde de ileri sürülmektedir (Bkz. Meriç, s.89, dn.1'de anılan yazarlar).

davanın sonucunu belirleyecek kuvvette bir delil gücüne kavuşturmuş ve haklı yakınmalara yol açmıştır. Öyle ki, yalan tanık beyanına dayalı olarak karar verildiğini düşünen taraflar bir yandan kanun yollarına; öte yandan savcılıklara başvurmak zorunda kalmaktadırlar. Ne var ki, tanık beyanları uygulamada yeterince somutlaştırılmadan tutanağa geçirildiğinden bu yollardan da genellikle bir sonuç alınamamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının eleştiriye açık bir diğer yönü ise iş davalarında işçi tanıklığının kabul edilemeyeceği yönünde yapmış olduğu kategorik ayırımdır. Şöyle ki; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu pek çok kararında akrabalığın veya diğer bir yakınlığın başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılmayacağını belirtmiştir³⁹. Bu ilkeye göre söz gelimi, bir kimse dayısını/halasını/teyzesini vs. davada tanık olarak göstermişse, bu durum dahi onların tanıklığını değerden düşürmeyecektir. Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş davaları açısından bu prensibe bir istisna tanımış ve aynı işverene karşı dava açmış davacı-işçilerin tanıklıklarına itibar edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁰. Aslında Hukuk Genel Kurulu, tanık olarak gösterilen akrabaya göre, işçilerin (işverene karşı dava açmaları halinde) dava sonucunda menfaatlerinin doğrudan etkileneceği gerekçesiyle onların tanıklıklarını reddetmektedir. Ancak bu durum somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilebilecek bir husustur. Ayrıca kurulun daha baştan bu yönde kategorik bir ayırım yapmasını haklı gösterecek nitelikte bir gerekçesi de söz konusu değildir. Tanrıver'in de ifade ettiği gibi taraflardan biri ile yakınlık ya da akrabalık salt bu nedenle beyanlarının dikkate alınmamasını ve gerçeğe uygun olmadığı yönünde bir genelleme yapılmasını ve buradan hareketle bir çözüme ulaşılmasını gerektirmemektedir⁴¹. Fakat somut olayın özelliklerine ve menfaat dengesine göre mantık ve hukuk kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı ve tanık beyanının gerçeği yansıtmadığı anlaşılıyorsa hükme esas alınmamalıdır.

Özellikle işveren fazla mesai yapan işçilerinin hiçbirine bu çalışmanın karşılığını ödemiş ise işçilerin işverene karşı dava açmaları doğaldır. Öte yandan, uygulamada işverenler fazla mesai ücreti ödemekten imtina etmekte iseler, bunu genellikle –diğer işçilerin de bu durumu öğrenip talepte bulunmalarını önlemek amacıyla- işçilerin tümü bakımından yapmaktadırlar. Böyle bir durumda da birden fazla işçi, işverene karşı dava açmak ve onlar da birbirlerini tanık olarak göstermek zorunda kalmaktadırlar. Kaldı ki, fazla mesai yapılıp yapılmadığını da şüphesiz en iyi bilebilecek durumda olanlar o işyerinde

³⁹ Bkz. dn.42'deki emsal kararlar.

⁴⁰ Meslek, kültür, servet ve sosyal mevkiin tanıklık üzerinde çeşitli yönlerden tesiri vardır, hâkim bu unsurları göz önünde tutmalıdır (Ergül, s.1028; Eğilmez, s.402).

⁴¹ Tanrıver, s.879.

çalışan personel, yani işçiler olacaktır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında “...(i)şyerinde *çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez*”⁴² diyerek aslında dolaylı olarak bu duruma işaret etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun incelememize konu teşkil eden kararı kanımızca Yargıtay'ın başka bir takım içtihatlarıyla da uyumsuzdur. Nitekim Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, aksi yönde ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça **asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır**⁴³. Asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmaları ise, iş davalarında “aksi yönde ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar gösterilmeksizin” (peşinen) işçilerin tanıklıklarına itibar edilmemesinin kabul edilmesi kanımızca kendi içinde çelişkilidir.

Ancak bu noktada şu hususu özellikle belirtmek isteriz: Aynı işyerinde çalışan ve işverene karşı dava açan işçilerin birbirlerinin davasında tanık olarak dinlenebileceğini kabul etmemiz şüphesi hâkimin tanık beyanlarını değerlendirirken bu hususu dikkate almayacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte, bu durum, bahsi geçen işçilerin tanıklık beyanlarının baştan kategorik olarak reddini gerektirmez.

Dolayısıyla kanımızca mesele kimin tanık olarak dinlenebileceğinden ziyade tanığın beyanının neden hükme esas alındığının ya da alınmadığının “*tanık dinlendikten sonra*” gerekçesi de gösterilmek suretiyle ortaya konulmasıdır⁴⁴. Ancak buradaki gerekçeden kasıt şüphesiz tanıkların –henüz dinlenmeden– çeşitli kategorilere ayrılarak bazılarının beyanlarına itibar edileceği bazılarının kine ise itibar edilemeyeceği olamaz. Aksine mahkeme önce tanığı dinlemeli ve daha sonra söz konusu tanığın beyanına neden itibar edildiğini yahut edilmediğini açıklamalıdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında benzer bir görüşü dile getirmiştir. Şöyle ki; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bahsi geçen kararında hâkimin, tanık ifadelerini takdir ederken, sadece vicdani kanaatin gerekçe olarak gösterilemeyeceğini, hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul

⁴² YHGK 2013/22-2384, K. 2015/1510 (legalbank).

⁴³ 2. HD 25.2.2015, 1838702810 (Kuru, s. 408).

⁴⁴ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında, haklı olarak, hâkimin boşanma davasında bir tanığın haklı boşanma sebebi sayılabilecek nitelikteki bir beyanının neden kabul edilmediğinin açıklanmamasını bozma nedeni saymıştır. Bkz. YHGK 20.06.2001, E. 2001/2, K. 538 (legalbank); “Mahkemece şahadeti boşanma hükmüne dayanak yapılan Naci'nin...kabahatin davalıda olduğunu belirten beyanı neye dayandığı belli olmayan indi kanaatidir. Dayanağı bilinmeyen tahminden ibaret kalan bir beyan boşanma hükmü için esas alınamaz, yeterli de sayılamaz...” (HGK 06.03.1968, 2-1722/129, Ertanhan, s.392, dn.413).

edildiğinin veya edilmediğinin de açıklanması gerektiğinin altı çizilmiştir⁴⁵. Keza, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir başka kararında ise, akrabalık veya diğer bir yakınlığın başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamayacağı vurgulandıktan sonra, “dosyada tanıkların olmamış olanı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur” denilerek, tanık beyanlarının somut olayla ilişkilendirilerek takdir edilmesi gerektiğine işaret etmiştir⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun inceleme konumuzu oluşturan kararının Yargıtay’ın -kanımızca isabetli olan- eski tarihli başka bir takım içtihatlarla da bağdaşmadığı söylenebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen “...öte yandan akrabalık, iş arkadaşlığı veya diğer medeni münasebetler, başlı başına tanık sözlerini değerden düşürmeye yeterli değildir” denilerek baştan böyle bir kategorik ayırım yapılmasına karşı çıkmıştır⁴⁷. Şu halde, Yargıtay’ın “akrabalık” başına ilişkin içtihadında hiçbir değişikliğe gitmemişken, iş arkadaşlığı bakımından önceki içtihadından döndüğü ve fakat bunun haklı gerekçesini ortaya koymadığı söylenebilir.

SONUÇ

Tanık beyanı doktrinde “takdiri deliller” arasında sayılmaktadır. Uygulamada çok fazla başvuru delillerden biri olan tanık beyanının davanın sonucunu etkileme kabiliyeti Yargıtay’ın tanık beyanlarının doğruluğunun esas olduğuna ilişkin içtihatlarıyla çok daha büyük bir önem kazanmıştır. Bununla birlikte, Yargıtay bu prensibe işçilerin açtığı davalar bakımından istisna tanımıştır. Kanımızca, henüz tanık dinlenmeden çeşitli kategoriler (akrabalık, iş arkadaşlığı gibi) yaratılarak tanıkların beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılmamalı; tanık beyanlarının inandırıcı olup olmadığı “tanık dinlendikten sonra” takdir edilmelidir. Tanık beyanına itibar edilmesi yahut edilmemesi durumunda ise, bunun gerekçesi soyut olarak değil, hayat tecrübeleri ve mantık kuralları çerçevesinde somut olaya uygun düşecek şekilde gerekçelendirilmelidir. Tanık beyanı salt ya da diğer deliller ile olayı aydınlatılabildiği ölçüde dikkate alınır. İnanılır ve güvenilir bulunmayan bir tanık delilinin olaya temel alınması ve ona göre bir hüküm kurulabilmesi mümkün değildir.

⁴⁵ YHGK 20.02.2013, E.2013/9-843, K. 2013/253 (hukukturk).

⁴⁶ YHGK 13.04.2011, E. 2010/2-751, K. 2011/96 (legalbank). Benzer yönde: YHGK 12.09.2012, E. 2012/2-387, K. 2012/551.

⁴⁷ Bkz. 2. HD 20.03.1973, 7756/7335 (Meriç, s. 96, dn.40).

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Alangoaya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar-Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2016.

Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C.II, İstanbul 2017.

Belgesay, Reşit Mustafa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Tabı, C.II, İstanbul 1939, (Belgesay – Şerh C.II).

Belgesay, Reşit Mustafa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler I, 3. B., İstanbul 1948, (Belgesay – Teori).

Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, (Belgesay – Delil).

- Berkin, Necmettin, Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1982.
- Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978.
- Duman, İlker Hasan, Tanık, AD 1984, S.4-6, (s.978-988).
- Edis, Seyfettin, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 3.B., Ankara 1987.
- Eğilmez, Namık Kemal, Şahadet ve Şahidin Psikolojisi, ABD 1955, S.1, (s.396-403).
- Ergül, Teoman, Şahit ve Şahitlik, AD 1964, Y.55, S.1-12, (s.1018-1032).
- Ermeneç, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.
- Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Görgün, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2015.
- Gözübüyük, Abdullah Bulat, Adli Psikoloji Yönünden Tanık, AD 1948, S.5, (s.545-586).
- Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012.
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. B., C.3, İstanbul 2001, (Kuru – C.3).
- Meriç, Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, 2005/1, (s.89-121).
- Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.B., İstanbul 2000.
- Yıldırım, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. B., Ankara 2003.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, (Ejder – Şerh).

TUTUKLU ve HÜKÜMLÜLERE VERİLEN MAZERET İZİNLERİ

Compassionate Leave Granted to Detainees and Convicts

Doç. Dr. Erdal YERDELEN¹ - Ali Murat NAS²

Geliş Tarihi: 22.01.2018

Kabul Tarihi: 27.02.2018

ÖZET

Gerek uluslararası belgeler, gerekse ulusüstü içtihatlar, mahpusların dış dünya ile bağlantılarını sürdürmelerini desteklemede ulusal makamlara pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Ziyaret edilme, mektup alma ve gönderme, telefon görüşmesi yapma veya özel amaçlar doğrultusunda ve özel izinle cezaevini terk etme gibi haklar, suçlunun ıslahı sürecinde olduğu kadar toplumla yeniden bütünleşmesi sürecinde de önemli rol oynarlar. Bununla birlikte, mahpuslara ölümcül hastalığı bulunan yakınları ziyaret etme veya vefatında cenaze törenine katılma imkânı tanıyan mazeret izinlerinin önemi, büyük ölçüde insani nedenlere dayanması sebebiyle diğerleriyle hiçbir şekilde kıyaslanamaz.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun, 2011 ilâ 2013 yılları arasında ilgili hükümlerinde yapılan bir dizi değişikliğe kadar önemli kısıtlamalarla sadece hükümlülere böyle bir imkân tanımaktaydı. Yasal çerçeveyi geliştiren değişiklikler, sadece süreci kolaylaştırmakla kalmadı, aynı zamanda tutukluları da kapsama dâhil etti. Makalede, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülere yakınlarının ölümü veya ağır hastalığı sebebiyle verilen mazeret izinleri, uygulama ve yasal değişim temelinde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: infaz, tutuklu, hükümlü, mazeret izni.

ABSTRACT

Both international instruments and supranational jurisprudence impose a positive obligation upon national authorities to assist prisoners to maintain contact with outside world. Rights to be visited, sending and receiving letters, making telephone calls or leaving prison due to particular purposes under special permission all play a crucial role in the process of an offender's treatment and reintegration into society as well. However, importance of compassionate leave enabling prisoners to pay a special visit to relatives suffering from a life-threatening disease or to attend funerals if loved-ones passed away can in no way be compared with others, as that type of permissions mostly rest upon humanitarian grounds.

Law no.5275 on Execution of Criminal Sentences and Security Measures had only given convicts such a chance with considerable restrictions till a number of amendments made in relevant provisions between 2011 and 2013. Amendments that improved the legal framework not only eased the process, but also included detainees in the scope. In this article, compassionate leave granted to detainees and convicts on the occasion of their relatives' death or life-threatening illness is discussed on the base of legal amendments and its implementation.

Keywords: Criminal execution, detainee, convict, compassionate leave.

¹ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBÜ) Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

² Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (AYBÜ) Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

Sosyal bir olgu olarak “suç”, kişiyi toplum hâlinde yaşayan öteki bireylerin karşısına çıkaran bir çatışmanın ürünü³ olarak tarif edilir. Ceza hukukunun bu çatışmaya verdiği geleneksel yanıtlardan biri, failin hapis cezasıyla tecziyesidir. Özellikle ciddi suçlarda, failin toplumsal yapıdan belli bir süre uzaklaştırılması, ilkel (olduğu varsayılan) kabile hukuklarında bile varlığı görülen bir cezalandırma biçimidir.⁴

Cezanın işlevi ve sınırlarına ilişkin teoriler, zaman içinde kefarete düşüncesinden korkutma (genel ve özel önleme) amacına ve nihayet failin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması hedefine dikkat çekmiş; ancak, hiç biri “ceza”nın işlevini tek başına tanımlamaya yetmediğinden, bütün unsurları bir araya getiren karma teoriler ortaya çıkmıştır.⁵ İkel toplumlar, suç failinin ıslahını, cezalandırmayı takip eden bir süreç olarak öngörmüşken,⁶ günümüzün çağdaş ceza adaleti sistemleri ıslahı, cezalandırmanın temel amaçları arasına almış ve infaz sürecinin zorunlu ve tamamlayıcı bir parçası olarak tanımlamıştır.

Hapis cezasının infazı, hükümlünün sosyal izolasyonunu kaçınılmaz olarak beraberinde getirmektedir. Hürriyeti kısıtlanan hükümlü, cezanın ve hükümlülüğün tabii ve başta gelen sonucu olarak, aile ve diğer sosyal ilişkilerini serbestçe sürdürme imkânından yoksun kalmaktadır. Ancak, infaz sürecinin insanileştirilmesi⁷ ihtiyacı yanında, ıslah sürecindeki etki ve katkısı sebebiyle hukuk sistemleri, hükümlülerin dış dünya ile ilişkilerini ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu çerçevede, hükümlünün kurumda ziyaret edilmesi, mektup ve telefonla haberleşme hakkından yararlandırılması dışında, koşullu izinler sayesinde kurumdan geçici süreyle ayrılabilmesine de imkân tanınmaktadır. Cezanın infazına ara verilmediği veya infaz bütünüyle tamamlanmadığı halde, hükümlüye -refakatli veya refakatsiz- kurumdan ayrılma imkânı tanıyan özelliği sebebiyle, bu koşullu izinler, yeniden topluma kazandırmanın önemli bir boyutunu oluşturan “infazın gevşetilmesi” kavramıyla ilişkili

³ Balcioğlu, İbrahim, Şiddet ve Toplum, İstanbul 2001, s.203.

⁴ Hoebel, E. Adamson, The Law of Primitive Man (USA: Harvard University Press, 2006) s.143.

⁵ Toroslu, Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, s.66 vd.

⁶ Hoebel, s.143. (Yazar, Amerikan Kızılderili kabilelerinden Şayenlerin toplumsal düzenlerine hâkim olan ilkeleri sıralarken suçluların ıslahı konusuna şu sözlerle değinir: “Rehabilitation of the recalcitrant individual after punishment is extremely important.”)

⁷ Cezanın infazı süreci devletin baskı gücünü en etkili olarak hissettirdiği bir alana tekabül etmektedir. Bu bakımdan insan vücudu yanında onuruna dokunma olasılığı da bulunmaktadır. Ancak insanın bir gün özgürlüğüne kavuşacağı muhakkak ise onu bu özgür topluma yeniden adapte etmek de devletin görevleri arasındadır. Walter, Michael, Strafvollzug, Köln 1999, s.336.

olarak ele alınmaktadır.⁸ Bir görevlinin refakati altında veya serbest olarak, çeşitli amaçlarla cezaevinden izinli çıkabilme olanağı bütün ülkelerde kabul edilmektedir.⁹

İnfazın gevşetilmesi, genellikle Batı Avrupa ülkelerinde son yirmi yılın cezaevi reformunun temel bir görünüşü, çeşitli reformlar vasıtasıyla dış dünya ile bağlantılar üzerinden kurumu açmaktır. Son dönemlerde Avrupa'nın doğusunda da infaz gevşemelerinin yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Kurumun açılması, cezaevi ile bağlantılı bütün bir kurum olarak olumsuz görünüş şekillerini azaltır, büyük bir mali yük getirmeden gerçekleştirilebilir ve yeniden topluma dâhil olmayı teşvik eder. Örneğin, kontrol edilmeden uzun süreli ziyaretler (eş, ebeveyn, çocuklar), sınırsız mektuplaşmalar, medyaya ulaşma (televizyon vs.), yerel çevre ile ilişki ve yerel tesislerden yararlanma gibi¹⁰.

İnfaz kurumunda, belirli bir disiplin içinde yürütülen infaz faaliyeti, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini amaçladığından, uygulanan yeniden sosyalleştirme faaliyetleri ve dış dünya ile iletişim, zamanla infazın gevşetilmesine kadar gidecektir. İnfazın gevşemesinde, kendisinde yeniden sosyalleşme yönünde gelişmeler görülen hükümlüye, infaz kurumunda olduğu gibi, kurum dışında da geniş olanaklar sunulmaktadır. İnfazın gevşetilmesi konusu, -bütün hükümlüler bir gün özgürlüklerine kavuşacaklarından-cezanın infazından sonra tekrar topluma dâhil olmaları bakımından müebbet hapis cezası mahkûmları için de geçerlidir. Alman Anayasa Mahkemesi, bazı olaylarda infaz gevşemesinin reddedilmesini, Anayasa tarafından garanti edilen yeniden sosyalleşme esasının ihlali olarak değerlendirmiştir¹¹.

Kurum içinde infazın gevşetilmesine örnek olarak; oda ve koğuş kapılarının kilitlenmemesi, oda ve koğuş değiştirme, kurum içinde serbest dolaşma, bazı etkinliklere daha sık katılma, ziyaret ve iletişim sürelerinin artırılması ve açık ceza infaz kurumuna ayrılma gibi uygulamalar sayılabilir¹². Kurum dışı

⁸ Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2013, s.232; Yumak, Semih, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 17, Nisan 2014, s.419 vd.

⁹ Şahin, Cumhur, "Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2001.

¹⁰ Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2008, s.285, Özbek, s.232.

¹¹ BVerfG NJW 1998, s.1133, Dünkel, Frieder/Snacken, Sonja, Strafvollzug im europaischen Vergleich; Probleme, Praxis und Perspektiven, ZfStrVo, 4/2001, s.200. Akt. Demirbaş, s.285.

¹² İnfazın gevşetilmesi aynı zamanda suçların önlenmesi ve suçluların suçtan arındırılmasında başvurulan hapis dışı önlem olarak, uluslararası belgelerde yerini almıştır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Aşgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları) iznin çeşitleri konusunda hükümler getirmiştir. Erdoğan, Oktay, İnfaz Hukuku, İstanbul 2008, s.878.

infazın gevşetilmesi örneklerinde ise; kurum dışında çalışmaya gönderme¹³ ve özellikle izinler öne çıkmaktadır. İzinler, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde, hükümlüye kendisine yakın olanlarla kişisel ilişkiler sürdürmesini ve normal yaşam koşulları altında yolunu bulmasını mümkün kılan bir infaz gevşetilmesi durumudur. Böylece hükümlü, (refakatsiz) izin esnasında tamamen serbest ve denetimsizdir; bu izinler cezadan sayılan, terepatik, değerli bir tecrübedir. Hükümlüler için izin, çok yüksek bir değere sahiptir. Bu nedenle izne göndermeme, hükümlüyü ağır bunalımlara götürebileceği gibi mükâfat olarak izin verme onun sosyalleşmesi bakımından büyük katkı sağlar¹⁴.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda, hükümlülerin yararlanabileceği üç ayrı izin türü, “mazeret izni”, “özel izin” ve “iş arama izni” başlıkları altında ve Kanunun Yedinci Bölümünde ayrı ayrı düzenlenmiştir. “Özel izin” ve “iş arama izni” koşullu salıverilme öncesinde hükümlülerin dış dünya ile muhtemel uyum sorunlarını aşmalarına yardımcı olmak, bu çerçevede gerek aile bağlarını koruyup sürdürmelerine, gerekse tahliye sonrası ekonomik düzenlerini oluşturmalarına katkı sağlamak amacı temelinde karakterize olmuştur. Bu tür izinler, hükümlünün toplum içindeki yaşama tedrici bir dönüş yapması için tahliye öncesinde alınması gerekli tedbirler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, yakınların ölümü, ağır hastalığı veya afet durumunda verilen “mazeret izni”nde, insancıl düşünce ve ihtiyaçlar daha ağır basmaktadır. Bu insani öz, mazeret izinlerinin kapsamının, zaman içinde tutuklular bakımından da genişletilmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu makalede, hükümlü ve tutuklulara verilen mazeret izinlerinin, infaz hukukuyla ilgili uluslararası belgelerdeki yerine ve aile hayatına saygı hakkıyla ilişkili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarındaki ele alınış şekline değinildikten sonra, konu, ulusal hukukumuz bakımından irdelenecektir. Özellikle, 2011 ilâ 2013 yılları arasında ilgili yasal hükümlerin geçirdiği gelişim ve değişim seyri, 5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun” (CGTİHK), “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük” (Tüzük) ve “Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik” hükümleri temelinde ele alınacaktır.

I. ULUSLARARASI BELGELERDE MAZERET İZNI

Ceza adaleti sistemlerinin en önemli ve tamamlayıcı parçası olan infaz sistemleri, uluslararası ve/veya ulus üstü kurumların öteden beri ilgi sahası içinde olmuştur. Sözü edilen bu kurumlarca oluşturulan pek çok belgede, infaz sistemine hâkim olması gereken temel ilke ve amaçlar ile tutuklu ve

¹³ Alman Ceza İnfaz Kanunu (Strafvollzugsgesetz-StvollzG) m.11.

¹⁴ Demirbaş, s.285-286.

hükümlü hakları, farklı yönleriyle geniş biçimde ele alınmıştır. Bu belgelerin uluslararası/ulus üstü düzeyde bir normatif zemin oluşturduğu açıktır.

Ülkemizin kurumsal şemsiyesi altında bulunduğu Birleşmiş Milletler (BM) ile Avrupa Konseyinin (AK) konuyla ilgili belgeleri, politik bağlayıcılıkları nedeniyle kuşkusuz daha özel bir önem taşımaktadır. Bu bölümde, tutuklu ve hükümlülere verilen mazeret izinleriyle ilgili olarak önce BM ve AK belgelerine yansıyan temel ilkelere değinmeye çalışacağız.

A. BM Standart Kuralları

Konunun ele alındığı tarihçe en eski belgelerin başında “BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar”¹⁵ gelmektedir. Gerek bu, gerekse Konsey belgelerinde tutuklu ve hükümlü kavramları yanında, dilimize “mahpus” olarak çevrilebilecek olan “*prisoner*” ve benzeri kavramların tercih edilmiş olması dikkate değerdir. Özgürlüğü herhangi bir nedenle kısıtlanmış herkesin, farklı hukuk sistemlerindeki terminoloji tercihlerine bağlı olmaksızın belirlenen ilkelerin öznesi hâline getirilmesi isabetlidir.

Mahpusların infaz kurumlarında tutulmaları, ıslahları ve bu çerçevede dış dünya ile ilişkileri hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilen BM Asgari Standart Kurallarda, mahpusun yakın akrabalarının ölümü veya ağır hastalığı 44. maddeye konu edilmiştir. “Ölüm, hastalık, nakil ve diğerlerinin bildirilmesi” başlığı altındaki maddenin ikinci paragrafında, önce mahpusun, yakın akrabalarının ölümü veya ağır hastalığından haberdar edileceği belirtilmiş; ardından, yakın akrabasının ölümcül hasta olması ve şartların elvermesi hâlinde mahpusun bu yakınına tek başına veya kendisine refakat eden biriyle ziyaret etmesine izin verilmesi kuralı benimsenmiştir. Kurallarda, yakın akrabasının ölümü üzerine mahpusa cenaze törenine katılım için verilebilecek izinlerden doğrudan ve açıkça söz edilmemiştir. Buna rağmen, ağır hastalık hâlinde verilebilecek bir iznin, ölüm hâlinde cenaze törenine iştirak amacıyla da verilebilmesi elbette mantığa uygun olanıdır ve bu yorum, kuralların ruhuna uygun davranmak kaydıyla hapisane yönetimlerinin metinden ayrılacaklarına değinen genel tespitlerle¹⁶ de uyumludur.

BM Asgari Standart Kurallarını değerli kılan en önemli husus, belgenin oldukça erken bir dönemde, 1955 yılında Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Nitekim ulusal hukukumuzda, tutuklulara hasta olan yakınlarını ziyaret imkânını ilk kez getiren 27.04.2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanun’ un Adalet Komisyonu Raporu’nda bu yarım asırlık gecikmeye

¹⁵ https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf

¹⁶ BM Asgari Standart Kurallar, Genel Tespitler, m.4, a.g.k.

değnilmiş; hümanist değerlerin normlara aktarılması ve giderek ceza sisteminin insanileştirilmesi eğiliminin kurala yansıtılmasının, belki de yarım asır önceden sisteme aktarılması gereken bir unsur olduğu vurgulanmıştır.¹⁷

B. Avrupa Cezaevi Kuralları

AK Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarında¹⁸ infaza ilişkin konular çok geniş bir biçimde ele alınmış, mevzuat, politika ve uygulamada üye ülkelerde rehber edinilmesi tavsiye olunan ilkeler belirlenmiştir. Bu tavsiye kararlarının içinde en kapsamlı olanı ve kısaca “Avrupa Cezaevi Kuralları” olarak adlandırılan R (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararında,¹⁹ insani sebeplerle tutuklu ve hükümlülere verilecek izinlerden de söz edilmektedir. Tavsiye Kararının “Hapsedilme Koşulları” başlıklı 2. Bölümünde yer alan, “Dış Dünya ile İlişki” alt başlığı altındaki altıncı ve yedinci paragraflar şöyledir:

“Herhangi bir yakın akrabasının ölüm veya ciddi hastalık haberi ilgili mahpusa hemen iletilmelidir.”

“Eğer koşullar elveriyorsa, bir mahpusun yalnız başına veya görevli eşliğinde hasta bir yakınına görmesine, bir cenaze törenine katılmasına veya diğer insani sebeplerle cezaevini terk etmesine izin verilmelidir.”

Komitenin; Ömür Boyu Hapis ve Diğer Uzun Süreli Cezalara Mahkûm Olanların Cezaevi İdaresince Yönetimi Hakkındaki R (2003) 23; Tehlikeli Tutuklu ve Hükümlülerin Hapsedilmesi ve İyileştirilmesi Hakkındaki R (82) 17 ve Cezaevlerinde İzin Konusuna İlişkin R (82) 16 sayılı tavsiye kararlarında ise doğrudan konuya ilişkin olmayan, ancak konuyla ilgili tamamlayıcı nitelikteki ilkelere yer verdiği görülmektedir.

Beş yıl veya üzerinde bir süreli hapis cezası infaz edilen kişilerin “uzun süreli mahkûm” olarak tarif edildiği R (2003) 23 sayılı Tavsiye Kararında,²⁰ ömür boyu hapis ve uzun süreli mahkûmların farklı kişisel özelliklerinin dikkate alınması (kişiselleştirme ilkesi); bu mahkûmlar arasında yalnızca cezaları nedeniyle ayırım yapılmaması (ayrımcılık yapmama ilkesi) gibi genel ilkelere yer verilmiş; “Risk ve İhtiyaç Değerlendirmesi” başlıklı bölümdeki 16 numaralı kuralla da, ne tehlikeli olma hâlinin ne de kriminojenik ihtiyaçların özünde durağan bir yapıya sahip olmadığı vurgulanarak, risk ve ihtiyaç değerlendirmelerinin, uygun eğitim almış personel tarafından aralıklarla tekrar edilmesi gereği

¹⁷ 2/241 ve 2/84 Esas sayılı Kanun teklifleriyle ilgili İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, TBMM, Sıra Sayısı: 136, s.19, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss136.pdf>, E.T. 31.10.2015.

¹⁸ Bu kararlara toplu olarak ulaşmak için bkz: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları, Ankara: Avrupa Konseyi, Y, 2011.

¹⁹ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>, E.T.30.10.2015.

²⁰ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=75267&Site=CM>, E.T. 30.10.2015.

belirtilmiştir. Kararda, ömür boyu hapis ve diğer uzun süreli mahkûmiyetin zarar verici etkileriyle başa çıkmak amacıyla hükümlülerin aile bağlarının kopmaması için özel çaba gösterilmesi tavsiye edilmiştir.

Komitenin R (82) 17 sayılı Kararında²¹ da benzer biçimde, tehlikeli tutuklu ve hükümlülere, mümkün olabildiği ölçüde mutlak cezaevi kurallarının uygulanması tavsiye edilmektedir. Bakanlar Komitesinin R (82) 16 sayılı Tavsiye Kararı²² ise mahkûmlara izin verilmesinin, cezaevlerini insani hâle getireceğini ve hapsedilme koşullarını iyileştireceğinden söz etmektedir.

İnfaz sürecindeki izinlerin toplumla yeniden bütünleşmeyi kolaylaştırıcı etkilerine değinilen Kararda, üye devletlerin hükümetlerine aile ve diğer sosyal nedenlerle, mümkün olan en fazla şekilde mahkûmlara izin vermeleri tavsiye olunmakta, ayrıca izin taleplerinde gözetilmesi gereken bazı usulü güvencelere de yer verilmektedir. Buna göre, izin verilirken suçun niteliği ve ağırlığı, mahkûmiyetin süresi ve cezasının çekilen kısmı; mahkûmun kişiliği ve davranışları, varsa toplum için taşıdığı tehlike riski; içeride bulunduğu sürece değişmiş olması muhtemel ailevi ve sosyal durumu; iznin amacı, süresi ve gerekli koşulları dikkatle değerlendirilmelidir. Yine, izin talebi reddedilen mahkûma ret gerekçeleri en geniş ölçüde tebliğ edilmeli ve bu karara karşı yeterli başvuru (itiraz) vasıtaları sağlanmalıdır.

II. AİHM ve ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MAZERET İZİNİ

Ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) temelinde ulus üstü yargı yetkisini tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), konuyu ele aldığı pek çok kararıyla dikkate değer bir içtihat birikimi oluşturmuştur. Bu bölümde, AİHM içtihatlarına yansıyan olay ve yorumlara ayrıntılı biçimde değindikten sonra, konunun, Sözleşme sisteminin öngördüğü ikincilik (*subsidiarity*) perspektifinin bir ürünü olan ülkemizdeki bireysel başvuru kararlarındaki yansımalarına bakacağız.

A. AİHM İçtihatlarında²³ Mazeret izni

AİHM, yakın akrabaların ölüm veya ağır hastalığı üzerine tutuklu veya hükümlülere kullandırılan izinleri, AİHS' in 8. maddesiyle²⁴ güvence altına alınan "Özel ve aile hayatına saygı hakkı"yla ilişkili olarak ele almaktadır. Mahkeme, ziyaret hakkının kısıtlanması veya bir yakının cenaze törenine katılma isteğinin reddedilmesi üzerine kötü muamele yasağına dayanan

²¹ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=686961&Site=CM>, E.T: 30.10.2015.

²² <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=686951&Site=CM>, E.T: 30.10.2015.

²³ Bu bölümde atıfta bulunulan kararlara, Mahkemenin çevrimiçi veri tabanından (hudoc.echr.coe.int) ulaşılmıştır. E.T: 29-30.10.2015.

²⁴ Sözleşme ve maddenin, Mahkeme tarafından yapılan tercümesi için bkz: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T: 30.10.2015.

şikâyetleri, bu tür kısıtlamalar Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebilecek asgari seviyede bir ciddiyete ulaşmadığından, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.²⁵

Sözleşmenin 8. maddesinin ilk paragrafında, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu vurgulandıktan sonra, ikinci paragrafında bu hakkın sınırlandırılma nedenlerine ve ölçülerine yer verilmiştir. Buna göre, hakkın kullanılmasında kamu makamlarının müdahalesi, ancak bu müdahalenin yasayla öngörülmüş olması; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi gibi paragrafta sayılan nedenlerin varlığı ve bu nedenlere bağlı bir müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygunluğu hâlinde söz konusu olabilecektir.

Kişisel özgürlüğü ve bu çerçevede ailesiyle olan ilişkileri, işlediği bir suç sebebiyle kısıtlanan kişilerin bu haktan mutlak biçimde yararlanamayacakları ve hapsedilmeleriyle oluşan kamu müdahalesinin yukarıda değinilen koşulları ilkesel olarak taşıdığı açıktır. Nitekim tutukluluğu süresince büyükbabasının cenazesine katılmasına ve yine ölümünden önce hasta olan annesini ziyaretine izin verilmeyen bir başvuranın şikâyeti, Sözleşmenin 8. maddesinin, yine Sözleşmeye uygun biçimde hürriyeti kısıtlanmış kişilere, yakınlarını koşulsuz biçimde ziyaret hakkı garantisini vermediğine işaret eden AİHM tarafından “açıkça dayanaktan yoksun” olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.²⁶

Ancak Mahkeme, her somut olayı kendi özgün koşulları içinde değerlendirme eğilimindedir. Sözleşmenin 5. maddesindeki güvencelere uygun biçimde özgürlükten yoksun kılınma olgusu, aile fertleriyle cezaevi ortamı dışında sosyal temas taleplerinin reddinde kategorik biçimde haklı bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Nitekim vefat veya hastalık gerekçesiyle mazeret izni istekleri ulusal makamlarca geri çevrilen kişilerin yaptıkları başvurular üzerine, Mahkeme tarafından verilmiş, aşağıda değineceğimiz ihlâl kararları da bulunmaktadır.

Bir yakının ölümü veya ağır derecedeki hastalığı durumunda tutuklu ya da hükümlünün cenaze törenine katılma yahut hasta ziyareti gerçekleştirme talebinin reddedilmesi, Mahkeme içtihatlarında da kabul edildiği üzere, Sözleşmenin 8. maddesiyle koruma altındaki hakka “kamu makamlarının müdahalesi” niteliğindedir.²⁷ Ancak bir müdahalenin varlığı, her koşulda aile hayatına saygı hakkının ihlâli anlamına elbette gelmemektedir. İhlâl sonucuna

²⁵ Feldman v. Ukraine, 12/04/2012, App No: 42921/09, par. 17; Lind v. Russia, 02.6.2008, App No: 25664/05, par.88.

²⁶ Georgiou v. Greece, 13.1.2000, App No: 45138/98.

²⁷ Feldman v. Ukraine, par. 32; Schemkamper v. France, App. No: 75833/01, 18.10.2005, par. 31.

ulaşabilmek için, müdahalenin haklı olmadığı da ayrıca tespit edilmiş olmalıdır. Mahkeme, müdahalenin haklı olup olmadığını her somut başvuruda, üç ayrı kriteri değerlendirerek, müdahalenin yasallığı, meşruiyeti ve demokratik bir toplumda gerekliliği üzerinden test etmektedir. Bu kavram ve test araçlarının kapsam ve sınırları belirlenirken, AİHM içtihatlarındaki ölçülerin hatırd tutulması gerektiğini not etmekle yetiniyoruz.²⁸ Müdahalenin yasallığından, bir başka anlatımla yasal bir temele dayanmasından anlaşılması gereken, bireyin normal aile düzenini sürdürmesine engel teşkil eden hâlin hukukî bir dayanağının bulunmasıdır. Mahkeme, hükümlü ve tutuklular bakımından bu yasal temeli, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün infazına veya tutukluluğa ilişkin ulusal düzenlemelere dayandırmaktadır.²⁹

Ne var ki, izin taleplerinin mutlak biçimde reddini gerektiren bir “yasal temel” müdahalenin haklılığına dayanak oluşturmamaktadır. Önemle not etmek gerekmektedir ki, ulusal hukuktaki düzenlemelerin, hürriyeti kısıtlanan kişilere insani nedenlerle mazeret izni verilmesi gibi bir imkânı hiçbir surette tanımaması, müdahalenin haklılığı konusunda Mahkemeyi ikna etmemektedir. Başvuranın, babasının cenazesine katılma isteğinin salt bu gerekçeyle reddedildiği somut olayda Mahkeme, mazeret izni talebinin koşulsuz biçimde reddini, devletin; her bir talebi kendi koşulları içinde değerlendirme ve bireyin bir yakınının cenazesine katılma hakkını kısıtlamasının demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ortaya koyma konusundaki ödeviyle bağdaşır bulmamıştır.³⁰ Kararda, başvuruçunun kişisel durumunun ulusal makamlarca hiçbir şekilde değerlendirilmediği ve sadece mevzuatın böyle bir izne imkân vermediği gerekçesiyle talebinin reddedildiği vurgulanmıştır. Değinen ve ihlâl tespitiyle sonuçlanan bu karar, uygulamanın dayandırıldığı ulusal mevzuat bakımından bir yapısal sorunun varlığına işaret etmektedir. Müdahalenin meşruiyeti (meşru bir amaca dayanması), Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki bir haklı nedenin varlığı anlamına gelmektedir. “Kamu güvenliği” veya “düzensizliğin ya da suçun önlenmesi” bu çerçevede Mahkemenin atf yaptığı ve yerinde bulunduğu nedenler arasındadır.³¹

Buraya kadar aktardıklarımızın bir özeti olarak, Mahkeme içtihatlarında, kişi özgürlüğünün kısıtlanmış olmasının aile hayatına bir müdahale; usulüne uygun bir tutukluluk veya hükümlülük hâlinin bu müdahalenin yasal/hukukî temeli; düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi ya da kamu güvenliğinin sağlanması gibi amaçların da müdahalenin meşru nedeni olarak kabul

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hakkına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Almanya: Avrupa Konseyi Y.2001).

²⁹ Czarnowski v. Poland, 20/01/2009, App. No: 28586/03, par. 28; Ploski v. Poland, 12.2.2003, App No: 26761/95, par. 33.

³⁰ Feldman v. Ukraine, par. 35.

³¹ Czarnowski v. Poland, par. 28; Ploski v. Poland, par. 34.

edildiğini söyleyebiliriz. Geriye, bu yasal ve meşru nedene dayalı müdahalenin aynı zamanda “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının test edilmesi kalmaktadır.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerçekten gerekli olup olmadığını test ederken Mahkeme, çekişmeli olguları nesnel bir ölçüyle davanın bütünü içinde ele almakta, ancak “gereklilik” olgusunun tespitinde davalı devletin takdir hakkını da inkâr etmemektedir.³² Bu ölçüyü Mahkeme, ilk olarak 7 Aralık 1976 tarihli *Handyside-Birleşik Krallık* davası sonucu verdiği kararda açıklamıştır.³³ Bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, tutukluluk ve hükümlülüğün doğal sonucu olsa bile, yine de tüm bu kısıtlamaların demokratik bir toplumda gerekli olma gibi bir haklı nedene dayanmasında zorunluluk bulunmaktadır.³⁴ Gereklilik kavramı, müdahalenin zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca yanıt vermesi ve özellikle gözetilen meşru amaçla orantılı olması anlamlarına gelmektedir.³⁵ Böyle bir gerekliliğin ve zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın gerçekten var olduğunu ispat külfeti ise Devlete aittir.³⁶

İspat külfetinin devlete ait olması, izin talebinin reddedildiği durumlarda, olumsuz takdirin ikna edici gerekçelerinin ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır. Ulusal makamların bu yöndeki takdiri, daha genel anlamda müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekliliği” değerlendirilirken, muhakemenin bulunduğu aşama, işlenen suçun niteliği, başvuranın kişilik özellikleri, hastalığı veya vefatı izin talebine dayanak teşkil eden kişiyle akrabalığın derecesi ve iznin refakatli kullanılabilmesi imkânı gibi pek çok husus dikkate alınmaktadır.³⁷

Mahkeme önüne taşınan bir somut olayda, başvuran, hırsızlık suçundan tutuklanarak cezaevine konulmuştur. Cezaevinde bulunduğu zaman zarfında, birer ay arayla anne ve babasının vefat haberini alır; ancak, her iki cenaze törenine katılma isteği de reddedilir. İlkinde gerekçe, başvuranın, cezaevine geri dönme garantisi bulunmayan bir itiyadi suçlu oluşu, ikincisinde de buna ilâve olarak, kendisine isnat edilen suçun toplum için ciddi bir tehlike oluşturduğudur. İlginç olan bir nokta, her iki yazılı başvuru üzerine cezaevi idaresinin verdiği olumlu mütalaadır. Bu mütalaalardan ikincisinde, başvuranın cezaevindeki davranışları kusursuz olarak tarif edilmiştir.³⁸

Mahkemeye göre, izin talebinin ret gerekçeleri inandırıcı değildir. Özellikle, kaçma şüphesi veya toplum için tehlike oluşturma kaygıları, iznin refakate

³² Czarnowski v. Poland, par. 27; Ploski v. Poland, par. 31 & 35.

³³ KilKelly, 10 vd.

³⁴ Czarnowski v. Poland, par. 26; Ploski v. Poland, par. 35.

³⁵ Czarnowski v. Poland, par. 27.

³⁶ Czarnowski v. Poland, par. 26; Ploski v. Poland, par. 35.

³⁷ Lind v. Russia, par. 95.

³⁸ Ploski v. Poland, par. 11-22.

bağlı olarak verilmesiyle giderilebilir görülmüştür.³⁹ Mevzuatın refakatli izin imkânını sağlamasına rağmen, bu seçenek ulusal makamlarca değerlendirme konusu edilmemiştir.⁴⁰ Başvuranın şiddet içeren bir suçla itham edilmediğine ve tutuklandıktan yaklaşık iki yıl sonra tahliye edildiğine dikkat çeken Mahkeme, başvuranın tahliye ihtimali bulunmayan bir mahpus olarak da kabul edilemeyeceğine işaret etmiştir.⁴¹

Sonuç olarak Mahkeme, başvuranın izin taleplerinin reddedilmesinin zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca dayanmadığı, gözetilen meşru amaçlarla orantılı da olmadığı gerekçesiyle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olma kriterini karşılamadığına, dolayısıyla ihlâl hükmetmiştir.⁴² Kişinin, anne-babasının cenazesine katılma hakkı sadece zorlayıcı nedenlerin varlığı ve bir başka çözüm bulunmadığı durumlarda geri çevrilebilir.⁴³ Mahkemenin bu ve benzeri kararlarında mazeret izninden bir ayrıcalık, bir imkân olarak değil açıkça bir hak olarak bahsetmesi not edilmesi gereken bir husustur.

Denetimli serbestlik şartlarını ihlâl etmesi üzerine, erteli bir yıllık hapis cezasının infazı için cezaevine alınan hükümlünün, babasının ölümü sebebiyle yaptığı izin başvurusunun reddine dayalı bir başka başvuruda Mahkemenin ulaştığı sonuç aynıdır.⁴⁴ Somut olayda hükümlünün isteği, cezaevinden ayrılmak için dayandığı nedenin özel bir önemi bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁴⁵ Nitekim mazeret izinlerini düzenleyen davalı ülkede yürürlükte bulunan, 1997 tarihli “Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun”un 141. maddesinde, bu tür izinlerde gözetilecek bir koşul olarak, “hükümlü için özel olarak önem taşıyan durum”lardan söz edilmektedir.⁴⁶ Kararda, aile içi şiddet nedeniyle

³⁹ Mahkeme, pek çok kararında taraf devletleri alternatif çözümleri aramaya teşvik etmekte; belirgin bir alternatif çözüm bulunmasına rağmen değerlendirilmemesini ihlâl tespitlerine dayanak kılabilmekte veya en azından bu durumu eleştiri konusu etmektedir. Başvuranın Rusya’da tutuklu, ötenaziyle ölüm gününü bekleyen hasta babasının ise Lahey’de bulunduğu oldukça ilginç bir olayda, izin verilmesi durumunda ülke dışına çıkacak olan başvuranın geri dönmeyebileceğine dair ulusal makamların kaygılarını anladığını ifade eden Mahkeme, karardaki değerlendirmesinin devamında, yine de Rus makamlarının Hollandalı yetkililerden yardım isteme imkânının bulunduğunu ancak bu imkânın dikkate alınmadığını not etme ihtiyacı duymuştur. Ancak, Mahkeme bu değerlendirmesini ihlâl gerekçesine dayanak kılacak kadar genişletmemiş; ulusal makamların, her şeye rağmen olayı AİHM’den daha iyi takdir edebilecek durumda olduklarını ve ulusal makamların ret kararlarında kendilerine tanınan takdir hakkının sınırlarını aşıp aşmadığını AİHM’ in belirleyebilecek durumda olmadığını vurgulamıştır. Bkz: Lind v. Russia, par. 97.

⁴⁰ Ploski v. Poland, par. 36.

⁴¹ Ploski v. Poland, par. 37.

⁴² Ploski v. Poland, par. 39.

⁴³ Feldman v. Ukraine, par. 34.

⁴⁴ Czarnowski v. Poland

⁴⁵ Czarnowski v. Poland, par. 11.

⁴⁶ Czarnowski v. Poland, par. 14.

hüküm giyen başvurucunun çektiği hapis cezasının süresine, izin talebinde bulunduğu tarihte toplam infaz süresinin üçte birlik kısmını çoktan tüketmiş olduğuna, tehlikeli suçlu olduğu veya organize bir suç örgütü içinde eylemleri bulunduğu dair hiçbir delil bulunmadığına dikkat çekilmiş; işlediği bir suç nedeniyle daha önce tutuklanmamış veya hüküm giymemiş olan başvuranın, kaçma şüphesi bulunan bir itiyadi suçlu olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır.⁴⁷

Mahkeme, ulusal makamların izin talebini reddederken, başvuranın durumunun “özellikle önemli” bulunmadığı değerlendirmesi için kayda değer bir gerekçe sunmadığını belirtmiştir. Ayrıca, benzer bir olay nedeniyle ihlâl hükmedilen aylar öncesindeki Ploski v. Polonya kararının, izin talebini reddeden infaz hâkimi tarafından dikkate alınmamış olması üzücü bulunmuştur.⁴⁸ İzin taleplerinin reddinde finansal veya lojistik sorunlar tek başına gerekçe olamazlar. Özellikle refakatli izinlerde karşılaşılan bu tür zorlukların farkında olan mahkeme, yine de, bireyin –özellikle- ebeveynlerinin cenaze törenine katılmasının sadece zorlayıcı bir neden varsa ve alternatif bir çözüm bulunamamışsa reddedilebileceğini teyit etmektedir.⁴⁹

AIHM, cezaevinde bulunan kişilerin dış dünya ile irtibatları bağlamında, taraf devletlerin Sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini değerlendirirken, olağan ve makul düzenlemeler yapan ulusal makamların takdir yetkilerini göz önünde tutmaktadır. Özel hayata saygı hakkının ihlâl edildiğini öne süren bir başvuran, kronik hasta olup, kendisini cezaevinde ziyarete gelemeyen babasını görebilmek için mazeret izni talebinde bulunmuş; ancak talebi, ilgili yönetmelikteki bir koşulu karşılamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁵⁰ Yönetmelikteki bu koşul, ziyaret edilmek istenen yakın akrabasının “ölümcül hastalığı”dır. Şikâyet, uygulamayla ilgili değil, aşırı kısıtlayıcı içeriği sebebiyle bizzat bu düzenleme aleyhine yapılmıştır. Mahkeme (o tarihte kabul edilebilirlik incelemesini yapan Komisyon), bu tür ziyaretlerin organize edilmesindeki idari külfeti göz önüne alarak, ilgili düzenlemede yer alan “yakın bir akrabasının ölümcül hastalığı” koşulunun mantıksız olmadığı gibi, 8. maddenin özündeki ilkelerle bir bağdaşmazlığı da bulunmadığına karar vermiştir.⁵¹ Sözleşmenin 8. maddesiyle koruma altına alınan hakkın özüne dokunacak biçimde açık bir çelişki/bağdaşmazlık taşımadığı sürece, iznin koşulları ve çerçevesini taraf Devletlerin belirleme yetkisini teyit eden bu karar, tarihi itibarıyla de dikkat çekicidir.

⁴⁷ Czarnowski v. Poland, par. 29.

⁴⁸ Czarnowski v. Poland, par. 30.

⁴⁹ Czarnowski v. Poland, par. 32.

⁵⁰ Boyle and Rice v. The United Kingdom, 27 Apr 1988, App No: 9659/82, 9658/82.

⁵¹ Boyle and Rice v. UK, par. 79 & 80.

Ne infaz edilmekte olan cezanın süresi, ne ilişkili olduğu suçun türü, ne de hükümlünün kişiliği tek başına talebin reddi için yeterli bir neden olarak görülmektedir. Başvuranın, trafik kazasında ağır yaralanan 11 yaşındaki kızını hastane ortamında ziyaretine izin verilmeme gerekçesi olarak gösterilen, infazı devam eden cezanın ağırlığı (adam öldürmeye azmettirme) ve cezaevi ortamındaki kaba davranışları gibi nedenler Mahkeme tarafından ikna edici bulunmamıştır. Mahkemeye göre bütün bu çekinceler, iznin refakatli olarak kullandırılması durumunda giderilebilir niteliktedir.⁵² Bununla birlikte, terör veya organize suçlardan tutuklu veya hükümlü olanlar bakımından Mahkemenin daha esnek bir yorum yapması ihtimâl dâhilindedir. Nitekim -doğrudan mazeret izinlerini konu almamakla birlikte- hükümlünün ziyaret hakkı üzerindeki kısıtlamaların tartışıldığı bir kararında Mahkeme, kısıtlamaların kaynağı olan ulusal düzenlemenin bireyin suç çevresiyle bağıni koparma amacını not etmiş ve aile ilişkilerinin kilit rol oynadığı özellikle mafya tipi organize suçluluğun kendine özgü karakterini dikkate aldığını belirtmiştir.⁵³

Özellikle ölüm söz konusu olduğunda, cenaze törenine katılma iznine konu olmak bakımından kişinin tutuklu veya hükümlü olması, hatta henüz gözaltı aşamasındaki bir şüpheli olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zimmet suçu nedeniyle yürütülen bir soruşturmada, üvey annesinin cenaze töreninin yapılacağı gün gözaltına alınan başvuranın, olayların seyrini önceden tahmin ederek alternatif bir düzenleme yapmasının beklenemeyeceğine değinen Mahkeme, başvuranın polis nezareti altında cenazeye katılmasına izin verilmesinin mantıksız olmayacağına işaret etmiştir.⁵⁴ Mahkeme, böyle bir ayarlama yetkililer için gerekli zamanın somut olayda çok kısıtlı olduğunun farkındadır; ancak, sorgunun yapıldığı yerle cenaze merasiminin yapılacağı yerin çok yakın olmasının bu görevi kolaylaştıracağı inancındadır.⁵⁵ Mahkemeye göre somut olayda yetkililer, başvuranın aile hayatı ve devam eden soruşturma ile ilgili çatışan çıkarlar arasında bir dengelemeye gitmek yerine, talebin gözaltı tedbirinin amacıyla bağdaşmadığı yönündeki bir değerlendirme yapmakla yetinmiştir.⁵⁶ “Demokratik bir toplumda gerekli olma” testini geçemeyen bu başvuruda da ihlâl kararı verilmiştir.

Bir diğer önemli nokta, tutuklu ve hükümlülerin mazeret izni taleplerinin reddi hâlinde bu karara karşı etkili bir başvuru mekanizmasının geliştirilmiş olmasıdır. Bu usuli güvenceden ilgililerin yoksun bırakılması, 8. maddeyle ilgili olarak esasa ilişkin bir ihlâlin bulunmadığı durumlarda bile, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında bir ihlâli gündeme getirebilecektir. Nitekim mazeret izni

⁵² Giszczak v. Poland, 29.11.2011, App. No: 40195/08, par.29.

⁵³ Marincola and Sestito v. Italy, 25.11.1999, App No: 42662/98

⁵⁴ Csaşy v. Hungary, 21.10.2014, App. No: 14447/11, par. 19

⁵⁵ Csaşy v. Hungary, par. 19.

⁵⁶ Csaşy v. Hungary, par. 20.

talebi reddedilen hükümlünün yaptığı başvuruda müdahalenin haklılığına kanaat getirerek aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmediğine hükmeden Mahkeme, infaz hâkiminin ret kararına sadece savcının itiraz hakkı bulunmasını etkili başvuru hakkının ihlâli saymıştır.⁵⁷

Diğer taraftan, mazeret izni talebinde bulunana hiç veya zamanında cevap verilmemesi ya da talebi kabul edilmiş olsa bile verilen iznin kapsamı ve koşulları hakkında gerektiği biçimde bilgilendirilmemesi doğrudan 8. maddenin -esastan- ihlâli sonucunu doğurabilecektir. Bu ihtimalin gerçekleştiği bir olayda, başvurucu vefat eden kızının cenazesine iştirak için izin talebinde bulunmuştur. Başvuran, törene elleri kelepçeli ancak zincirli prangasız olarak ve cezaevi giysileriyle değil normal kıyafetle katılmak arzusundadır; aksine bir görüntünün törenin huzurunu kaçıracağı inancındadır.⁵⁸ Başvuranın törene, güvenlik görevlilerinin refakatinde katılmasına infaz hâkimince izin verilir.⁵⁹ İzin sadece refakat koşuluna bağlandığı kararda, zincirli pranga ve kıyafet gibi ayrıntılardan söz edilmemektedir. İzin talebinin kabulüne ilişkin karardan sadece sözlü olarak bilgilendirilen başvurana, karar metni cenaze töreninden sonraki bir tarihte tebliğ edilmiştir.⁶⁰ Başvuranın iddiasına göre, cezaevi müdürü, kıyafet ve zincirli pranga konusundaki talebini reddetmiştir.⁶¹ Mahkeme aşamasında davalı Devlet, başvuranın, törene arzu ettiği biçimde katılabilecek olduğunu ifade eden cezaevi müdürünü yanlış anladığı iddiasını ileri sürmüştür.⁶²

Olayın özelliklerini dikkate alan Mahkeme, başvuranın cenaze törenine özel koşullar altında katılma talebine, zamanında ve uygun biçimde yanıt verilmemiş olmasını, Sözleşmenin 8. maddesiyle bağdaşmaz bulmuş ve ihlâl karar vermiştir.⁶³ Dikkat edilmelidir ki, ihlâl saptamasının dayanağı başvuranın bu yöndeki talebine olumsuz yanıt verilmiş olması değildir. Aksine, davalı Devlet, dava boyunca başvuranın talebinin kabul edildiğini, törene katılmaktan vazgeçmesinin cezaevi müdürünü yanlış anlamasından kaynaklandığı savunmasını yapmıştır.⁶⁴ İhlâl tespitine neden olan, başvuranın törene katılma koşulları hakkında vakitlice, açık ve anlaşılır bir biçimde bilgilendirilmemiş olmasıdır.⁶⁵

⁵⁷ Schemkamper v. France, par. 37-44.

⁵⁸ Giszczak v. Poland, par. 14.

⁵⁹ Giszczak v. Poland, par. 13.

⁶⁰ Giszczak v. Poland, par. 16.

⁶¹ Giszczak v. Poland, par. 14.

⁶² Giszczak v. Poland, par. 16.

⁶³ Giszczak v. Poland, par. 40-41.

⁶⁴ Giszczak v. Poland, par. 16.

⁶⁵ Giszczak v. Poland, par. 39.

B. Bireysel Başvuru Kararlarında Mazeret İzni

Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü ikincillik prensibine uygun olarak iç hukukumuzda oluşturulan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla işlemeye başlamıştır. Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme kapsamındaki herhangi birinin ihlâli iddiasıyla yapılan başvuruları inceleyen Mahkeme, gerek usul gerekse esas bakımından AİHM içtihatlarının izinden yürümektedir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin, tutuklu ve hükümlülerin mazeret izinleriyle ilgili olarak konu ve değerlendirme çeşitliliğini sağlayabildiğini söylemek henüz mümkün değildir. Konuyla ilgili Mahkemenin –elbette şimdilik- iki kararı bulunmaktadır. Bunlar, Beşir Doğan Başvurusu üzerine verdiği 15.12.2015 ve Ahmet Çilgin başvurusu üzerine verdiği 17.01.2017 tarihli kararlardır.⁶⁶

İlk başvuruda, silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan tutuklu yargılanan başvuran, vefat eden ağabeyinin cenaze törenine katılmak için izin talebinde bulunmuş; törenin yapılacağı Diyarbakır İli Bağlar İlçesine bağlı köyde “*adres itibarıyla güvenliğin alınmasında emniyet ve asayiş yönünden riskli olduğu*” gerekçesiyle talebi reddedilmiştir.⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, AİHM değerlendirmelerine benzer biçimde konuyu “aile hayatına saygı hakkı” temelinde ele almış⁶⁸, yine AİHM'nin test kriterlerini somut olaya uygulayarak bir sonuca ulaşmıştır. Bir başka anlatımla, müdahalenin varlığı, kanunî dayanağı, meşru amacı, demokratik bir toplumda gerekliliği ve ölçülülüğü ayrı ayrı değerlendirilmiş, sonuç olarak somut olayda bir ihlâl bulunmadığına karar verilmiştir.

Cezaevinde bulunmanın doğal sonucu olarak idarenin tutuklu ve hükümlülerin özel ve aile hayatına müdahale konusunda daha geniş bir takdir yetkisi bulunduğu⁶⁹ işaret eden Mahkeme, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük değerlendirmelerini önemli ölçüde güncel gelişmelere dayandırmıştır. Kararda, cenaze töreninin yapıldığı tarihlerde ve gidilmek istenen yerde yoğun terör olaylarının varlığına işaret edilerek, can kayıplarına neden olan bu terör eylemleri nedeniyle başvuruçunun ve refakatine verilecek güvenlik güçlerinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüklerine yönelik risklerin önüne geçilmesi, silahlı terör örgütüne üye olmak suçu isnadıyla tutuklanmış olan

⁶⁶ AYM İkinci Bölüm Beşir Doğan Kararı, 15.12.2015, Başvuru No: 2013/2335; Ahmet Çilgin Kararı, Başvuru No: 2014/18849; Karar metinlerine erişim için bkz: Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, E.T: 7.4.2017.

⁶⁷ Beşir Doğan Kararı, par. 7–10.

⁶⁸ Aynı karar, par. 19.

⁶⁹ Aynı karar, par. 29.

başvurucunun kaçmasının önlenmesi, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla kamu makamlarının takdir yetkisini somut olayın özelliklerine uygun biçimde kullandığı ifade edilmiştir.⁷⁰ Mahkemeye göre derece mahkemeleri, buldukları yerin güvenlik risklerini daha iyi takdir edebilecek durumdadır.⁷¹ Sonuç olarak, başvurucunun özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik kısıtlamanın, kamu düzeninin korunması ve güvenliğinin sağlanması amacı bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olduğuna kanaat getiren⁷² Mahkeme, somut olayda ihlâl bulunmadığına⁷³ hükmetmiştir.

İkinci başvurunun dayanağı olan olay ve değerlendirmeler de benzerdir. Başvuranın vefat eden oğlunun cenaze törenine katılma isteğinin, sevk güzergahı üzerindeki güvenlik riskleri nedeniyle geri çevrilmesini, refakat görevlilerinin yaşam hakkı ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasındaki dengeyi gözeterek değerlendiren Mahkeme, başvuranın infaz rejimi içindeki “tehlikelilik” halini de dikkate alarak, derece mahkemesinin kararında bir keyfilik bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴

Kararda, derece mahkemelerinin buldukları yerdeki güvenlik risklerini daha iyi takdir edebileceklerine de değinilmiş, mahkemenin gerekçeli takdirinin başvurucunun çıkarları ile toplumun çıkarları arasında bulunması gereken adil dengeyi de gözettiği belirtilmiştir. Somut olaydaki kısıtlamanın, yaşam hakkı ile kamu düzeninin korunması ve güvenliğinin sağlanması amaçları bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluğu tespit edilerek ihlal bulunmadığı belirtilmiştir.⁷⁵

III. ALMAN HUKUKUNDA İNFAZIN GEVŞETİLMESİ VE MAZERET İZİNİ⁷⁶

Almanya’da hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı konusunda infazın gevşetilmesi müessesesine yer verilmiştir. Alman Ceza İnfaz Kanunu’nun (Strafvollzugsgesetz-StVollzG) infazın gevşetilmesi başlığını taşıyan 11. maddesinde⁷⁷ infazın gevşetilmesi tedbirleri olarak hükümlünün çalışmasına

⁷⁰ Aynı karar, par. 46.

⁷¹ Aynı karar, par. 46.

⁷² Aynı karar, par. 47.

⁷³ Aynı karar, par. 48.

⁷⁴ Ahmet Çilgin Kararı, par. 52

⁷⁵ Aynı Karar par. 53

⁷⁶ Alman İnfaz Hukukunda Hükümlü Mazeret İzni ilgili kanun metinlerinin çevirisi ve karşılaştırılması suretiyle oluşturulmuştur. <http://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BJNR005810976.html>. E.T. 2.4.2016.

⁷⁷ Alman Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 11. Madde metni:

§ 11 İnfazın Gevşetilmesi

(1) “İnfazın gevşetilmesi olarak özellikle mahkum hakkında şu düzenlemeler yapılabilir;

1. İnfaz kurumu dışında ancak gözetim altında veya gözetim altında olmaksızın bir işte çalışma,

müsaade edilmesi ve çeşitli sebeplerle infaz kurumu dışına çıkmasına izin verilmesi konuları düzenlenmiştir⁷⁸. Aynı kanununun 12. maddesinde⁷⁹ mahkûmun özel bir sebebin varlığı hâlinde izinli olarak ceza infaz kurumu dışına çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Alman Ceza İnfaz Kanunu'nun 13. maddesinde⁸⁰ izinle ilgili genel kurallar yer alırken, 14. maddede⁸¹ iznin kullandırılmasından sarf-ı nazar edilebilecek hâller açıklanmıştır.

Hükümlülere normal hâllerde izin kullandırılması için gerekli şartlar şunlardır:

- a) Mahkûmun firar etmesi ya da başka suç işlemesi tehlikesi bulunmamalıdır.
- b) İzin kullanmaya mahkûmun muvafakati olmalıdır.
- c) Ceza infaz kurumu müdürünün onayı bulunmalıdır.

2. İnfaz kurumunu belli süreler için gözetim altında (refakatli) veya gözetim olmaksızın (refakatsiz) terk edebilme (izin),

(2) İnfazın gevşetilmesi tedbirleri, mahkûmun firar etmesi ya da başka suç işlemesi tehlikesi mevcut değilse ve buna mahkûmun muvafakati var ise uygulanabilir."

⁷⁸ Alman infaz hukukunda akıl hastalığı veya hastalık sebebiyle infazın geri bırakılması konusu Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung-StPO) m.455'de düzenlendiği halde infazın gevşetilmesi konusu Alman Ceza İnfaz Kanununda düzenlenmiştir. Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, Würzburg 2010, s.96.

⁷⁹ Alman Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 12. Madde metni:

§ 12 Özel bir sebebin varlığı hâlinde çıkma

“Özel bir sebebin zaruret teşkil ettiği hâllerde, mahkûmun rızası olmasa dahi mahkum ceza infaz kurumundan çıkarılabilir”.

⁸⁰ Alman Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 13. Madde metni:

§ 13 İzin

1) “Hükümlü 1 yıl içinde 21 takvim gününe kadar izni kullanabilir. Bu kanunun 11. Maddesinin 2. Fıkrası hükmü saklıdır.

2) İzinin kullanılması kural olarak mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunmuş olması şartına bağlıdır.

3) Müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar da ceza infaz kurumunda 10 yıldan beri sürdürmeye uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olmaları veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşımaları hâlinde bu izinden yararlanabilirler.”

⁸¹ Alman Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 14. Madde metni:

§ 14 İzinin kaldırılabilmesi haller

(1) “Ceza infaz kurumu müdürü mahkumun infazın gevşetilmesi ve izin hususlarını düzenlemeye yetkilidir.

(2) Ceza infaz kurumu müdürü şu hâllerde infazın gevşetilmesine veya iznin kesilmesine karar verebilir;

1 iznin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler güvenliğinin sağlanamayacağını göstermekte ise

2 mahkum bu tedbirleri kötüye kullanmışsa

3 mahkum bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa

Ceza infaz kurumu müdürü, bu işlemlere onay verdikten sonra şartların değişmesi hâlinde geleceğe dönük olarak infazın gevşetilmesi ve izin tedbirlerini geri alabilir.”

d) Hükümlü 1 yıl içinde 21 takvim gününe kadar izni kullanabilir.

e) Mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunmuş olması gerekir.

f) Müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar da ceza infaz kurumunda 10 yıldan bu yana soruşturmaya uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olmaları veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşımaları hâlinde izinden yararlanabilirler.

g) Kural olarak izin hakkı açık ceza infaz kurumunda bulunan mahkûmlar içindir. Ancak özel hâllerdeki izin hakkı kapalı infaz kurumunda bulunan mahkûmlara da tanınır.

h) Ceza infaz kurumu müdürü şu hâllerde infazın gevşetilmesine veya iznin kesilmesine karar verebilir:

İznin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler güvenliğin sağlanamayacağını göstermekte ise, mahkûm bu tedbirleri kötüye kullanmışsa, mahkûm bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa. Ceza infaz kurumu müdürü, bu işlemlere onay verdikten sonra şartların değişmesi hâlinde geleceğe dönük olarak infazın gevşetilmesi ve izin tedbirlerini geri alabilir.

Konumuz bakımından esasen önemli olan özel ve olağandışı hâllerde izin kullanılması konusu ise Alman Ceza İnfaz Kanunu (StVollzG) m.35'de düzenlenmiştir⁸². Buna göre özel sebeplerin varlığı, akrabalarından birinin ölümü veya yaşamsal tehlike içeren bir hastalığının bulunması hali olarak öngörülmüştür. Bu özel sebeplere bağlı olarak yılda 7 güne kadar izin imkânı getirilmiştir. Özel sebeplerin varlığı hâlinde iznin kullanılmasında, genel izin şartlarının, özel izin şartları ile uyuşması gerekmektedir.

⁸² Alman Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 35. Madde metni:

§ 35 İzin, Önemli bir sebebin varlığı hâlinde (izinli) çıkma (madde başlığı)

1) "Önemli bir sebebin varlığı hâlinde infaz kurumu yöneticisi mahkûmun infaz kurumundan çıkışına müsaade edebilir ya da 7 güne kadar izin verebilir. Ancak bu izin, diğer önemli sebeplerden olan, bir aile ferdinin ölümü ya da yaşamsal tehlike oluşturan (ölümcül) bir hastalığının varlığı hâllerinde kullanılır ve bir yılda yedi günü geçemez. Kanunun 11. Maddesinin 2. fıkrası, 13. Maddesinin 5. Fıkrası ve 14. Maddenin bu maddeye uygun olan düzenlemeleri bu özel izin hâlinde de uygulanır.

2) İlk fıkrada belirtilmiş izinler, hükümlünün düzenli izinlerinden mahsup edilmez.

3) Madde 11'in ikinci fıkrasında ifade edilen sebepler dolayısı ile hükümlünün izin veya çıkışına müsaade edilmeyecek ise bu durumda infaz kurumu müdürü mahkûmun iznini kullanmasını uygun şartlarla sağlayabilir.

Buna ilişkin ilgili giderler mahkûm tarafından karşılanır. Eğer bu şekilde izin kullanılması, mahkûmun ıslahı veya sosyalleşmesine engel teşkil ederse bu izin kullanılmaz."

Hükümlülere özel sebeplerin varlığı hâlinde izin kullandırılması için gerekli şartlar ise aşağıdadır:

a) Akrabalardan birinin ölümü veya ölümcül (yaşamsal tehlike oluşturan) hastalığının bulunması.

b) Mahkûmun talebinin bulunması (genel şartlar içerisinde).

c) İnfaz kurum müdürünün onayının bulunması.

d) Mazeret izin süresi bir yılda yedi günü geçemez.

e) Bu yedi günlük süre mahkûma diğer hâllerde verilen yıllık yirmi bir gün izinden mahsup edilmez.

f) İzin verilmesine ilişkin genel kurallar mazeret izninin özelliklerine aykırı olmadıkça bu durumda da uygulanır.

g) Mahkûmun firar etmesi ya da başka suç işlemesi tehlikesi olsa dahi kurum müdürü gerekli önlemleri alarak izin verebilir (refakatli izin).

h) Mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunmuş olması veya müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar için ceza infaz kurumunda 10 yıldan bu yana soruşturmaya uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olmaları veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının varlığı gerekmez.

i) Ceza infaz kurumu müdürü şu hâllerde infazın gevşetilmesine veya iznin kesilmesine karar verebilir: İzin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler güvenliğin sağlanamayacağını göstermekte ise, mahkûm bu tedbirleri kötüye kullanmışsa, mahkûm bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa.

Türk infaz hukukundaki mazereti izni ile karşılaştırma yapıldığında Alman İnfaz Kanunu'nun daha genel ve esnek düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Özellikle izne karar verecek merci bakımından infaz kurumu müdürünü yetkili sayarak, bu konuda kolaylık sağladığı söylenebilir⁸³. Alman hukukunda refakatli refakatsiz izin ayrımı açık bir şekilde yapılmasa da kurum müdürüne mahkûmun firar etmesi veya suç işlemesi tehlikesi karşısında yetki verilmiş olması, refakat durumunu ifade etmektedir. Alman hukukunda bir yılda yedi güne kadar izin verme durumu söz konusu iken, bu iznin diğer izin sürelerinden mahsup edilemeyeceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise yakın akrabanın ölümü hâlinde yol süresi hariç iki güne, hastalık hâlinde ise yol süresi hariç bir güne kadar izin verilmektedir ve kanunda bu sürelerin diğer izin sürelerinden

⁸³ Türk hukukunda bu konuda taleplerin alınması, takibinin yapılması ve Cumhuriyet başsavcılığına ulaştırılması ve iznin oradan alınarak ayrı bir yerde bulunan kurumda uygulanması dikkate alındığında Almanya düzenlemesinin daha pratik olduğu söylenebilir. Ancak Türk hukukunda yakın zamanda bu konuda yaşanan gelişmeleri göz önünde bulundurduğumuzda bunun sakıncaları da yadsınamayacaktır.

mahsup edilip edilmeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Türk hukukunda izin süresinde kalınacak yer dahi ayrıntılı olarak düzenlendiği hâlde Alman Hukuku'nda bu kadar kazuistik bir düzenlemeye gidilmemiştir.

IV. TÜRK İNFAZ HUKUKUNDA HÜKÜMLÜ VE TUTUKLUNUN MAZERET İZİNİ HAKKI

A. Genel Olarak

Hukukumuzda hükümlü ve tutuklulara verilen mazeret izinleri, temel olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 94 ve 116. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk dönemde sadece hükümlülerin, oldukça kısıtlı biçimde yararlanabildiği bu hak, 2011 yılından sonra yapılan bir dizi yasal değişiklik sayesinde genişletilmiş, kapsama tutuklular da dâhil edilmiştir⁸⁴.

Hükümlülere verilen mazeret izinleri CGTİHK' nın 94. maddesi ile Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzüğün 138 ve 139. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun madde gerekçesinde çağdaş infaz sistemlerinde, hükümlülerin aileleriyle ilişkilerinin sağlıklı bir biçimde sürdürülmesinin, hükümlünün yeniden topluma kazandırılmasında etkili olduğuna işaret edilmiştir.⁸⁵ İnfaz sürecinde verilen izinlerin, hükümlünün resosyalizasyonundaki kilit önemine karşın, hükümlünün bir yakınının ölümü veya hastalığı durumunda kullanılan mazeret izinlerinde insanî ihtiyaç ve beklentilerin daha ağır bastığı kuşkusuzdur. Nitekim 5275 sayılı Kanun'un 94 ve 116. maddelerinde önemli değişiklikler yapan 6301 sayılı Kanun'un Adalet Komisyonu Raporu'nda, mazeret izinleri, hükümlülerin dış dünya ile bağlarının güçlendirilmesine yardımcı bir araç olmanın ötesinde, açıkça temel bir hak olarak tanımlanmıştır⁸⁶.

Önemli ölçüde "infaz süreci" esas alınarak kurgulanan 5275 sayılı Kanun'da tutukluluk ve tutuklularla ilgili doğrudan, ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Tutuklularla ilgili özellik arz eden hususlar Kanun'un 111 ilâ 116. maddelerinde düzenlenmekle yetinilmiş; ancak, 116. maddenin ilk fıkrasında, Kanun'un tatbik sahasını tutuklular bakımından genişleten bir atıfta bulunulmuştur. Hükümlülerle ilgili belirli maddelere, hak ve

⁸⁴ "Hukuk tarihimizde de hükümlülere zaman zaman verilecek izinlerle aile bağlarının takviyesi ya da özgür ortama intibaklarının sağlanması hedeflenmiştir." Avcı, Mustafa, Hukuk Tarihimizde Hapis, Ankara 2014, s.295.

⁸⁵ Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Sıra Sayısı 710, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss710m.htm>, E.T: 18.10.2015.

⁸⁶ Karakaş Doğan, Fatma, Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı-Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi-İzinler-Eş Ziyareti, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 8, S.23, Aralık 2013, s.61 (53-70).

yükümlülüklerine sayma yoluyla atıfta bulunulan bu fıkrada, işaret edilen hükümlerin “tutuklulukla bağdaşır nitelikte olanları”nın tutuklular hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Başlangıçta tek fıkradan ibaret olan 116. maddede, tutukluların izin hakkına herhangi bir atıf yapılmamıştır. Özellikle refakatsiz izin hakkının, kaçma veya delilleri karartma şüphesine dayanan tutukluluk olgusuyla bağdaşmaz karakteri açıktır. Buna karşın, en azından hükümlülerin yararlandırıldığı 94. maddenin ikinci fıkrasındaki refakatli mazeret izninin tutuklular bakımından da kıyasen uygulanabileceği düşünülebilirse de, 116. maddede tüketici biçimde sayılanlar arasında mazeret iznine yer verilmeyişi karşısında, 2011 yılına dek tutukluların bu imkândan yararlanabilmeleri söz konusu olmamıştır. 2011 yılından sonra yapılan yasal değişikliklerle tutukluların, önce bazı yakınlarının cenaze törenlerine katılmaları, daha sonra yine bazı yakınlarını ağır hastalık hâllerinde ziyaretleri, yasal dayanak kazanmıştır⁸⁷.

Tutuklulara yakınlarının cenazesine katılma veya ağır hastalığı bulunan yakınlarını ziyaret etme amacıyla izin verilmesi, 5275 sayılı Kanun’un 116. maddesine 2011 yılından sonra yapılan kanun değişiklikleriyle eklenen fıkralarda düzenlenmiştir. Tutuklulara bazı yakınlarının ölümü nedeniyle mazeret izni hakkını getiren (5275 sayılı Kanun’un 116. maddesine ikinci fıkrayı ekleyen) 6217 sayılı Kanun’un ilgili madde gerekçesinde, 116. maddenin birinci fıkrasında atıfta bulunulan düzenlemeler arasında mazeret iznini konu alan 94. maddenin bulunmadığına değinilmiş; hükümlüler bakımından kabul edilen mazeret nedenlerinin, tutuklular bakımından da haklı ve geçerli olduğu; düzenlemeyle, mevcut bir eşitsizliğin giderilmesinin amaçlandığı vurgulanmıştır.⁸⁸ Tutuklulara bazı yakınlarını ağır hastalıkları sebebiyle ziyaret amacıyla izin verilebilmesi imkânını getiren 6301 sayılı Kanun teklifinin genel gerekçesinde ise, insanî beklentilere çözüm bulabilme amacından söz edilmiştir.⁸⁹

5275 sayılı Kanun’un 116. maddesinin ikinci fıkrası cenazeye katılma, üçüncü fıkrası hastalık sebebiyle yapılacak ziyaretlere ilişkindir. Dördüncü fıkrada ise, izin süresi içinde gece konaklaması yapılması gerektiğinde, nerelerde konaklanabileceği ve buna hangi makamın karar vereceği gösterilmiştir. Maddeye, 24.1.2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanun’la eklenen beşinci fıkrada, dördüncü fıkra ile hükümlülere verilen mazeret izinleriyle ilgili 94. maddenin

⁸⁷ Aldemir, Hüsni, Türk İnfaz Hukuku ve İnfaz Yargılaması, Ankara 2012, s.392.

⁸⁸ Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 725, Madde Gerekçeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss725.pdf>, E.T: 18.10.2015.

⁸⁹ 6301 sayılı Kanununun Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 136, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss136.pdf>, s.19, E.T: 19.10.2015.

ikinci fıkrasına ilişkin usûl ve esasların çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alındığından, “Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik”⁹⁰ hükümlerinin, konu incelenirken göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Keza, Kanun’un 93. maddesinin ikinci fıkrasında, izinlerin kullanılmasıyla ilgili ayrıntıların Tüzük’te gösterileceği hükme bağlandığından, -zaman içindeki kanun değişiklikleri karşısında önemli ölçüde güncelliğini yitirmiş olmakla beraber- Tüzük’te yer alan düzenlemelerin de hatırdan tutulması gerekmektedir.

Aşağıda öncelikle, hükümlülerin yararlanabildiği refakatsiz mazeret izinlerine kısaca değindikten sonra, uygulaması daha yaygın olan ve gerek hükümlüler, gerekse tutukluların yararlanabildiği refakatli mazeret izinlerini detaylı biçimde inceleyeceğiz. Bu noktada, iznin refakatli olmasının, izinden yararlanan hükümlü veya tutuklunun, kurum dışında bulunduğu sürece dış güvenlik görevlilerinin gözetimi, denetimi ve kontrolü altında tutulması anlamına geldiğini hatırlatalım.

Tutuklulara verilecek mazeret izinleri, Kanun’un 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, tutukluluğun niteliğinden kaynaklanan farklılıklar dışında hükümlüler hakkındaki 94. maddede yer alanlara benzer şartlara bağlandığından, gereksiz tekrarların önüne geçmek için konuyu birlikte ele alacak; ancak, hükümlülük ve tutukluluk bakımından öngörülen farklı koşullara yeri geldikçe temas edeceğiz.

B. Refakatsiz mazeret izinleri

Hükümlünün herhangi bir dış güvenlik görevlisinin refakati olmaksızın, Kanun’da öngörülen nedenlerle ve yol süresi hariç 10 güne kadar kullandığı izin türü, 5275 sayılı Kanun’un 94. maddesinin ilk fıkrası ile Tüzük’ün 138. maddesinde düzenlenmiştir. 5275 sayılı Kanun’un ilk yürürlük tarihinden itibaren varlığını koruyan düzenleme, herhangi bir yasal değişiklik söz konusu olmaksızın günümüze kadar gelmiştir.

Bu izin türü, hükümlülere özgüdür. Tutuklulara, hükümlülerin aksine, refakatsiz mazeret izni verilmesi, hiçbir koşulda söz konusu değildir. Tutuklama, soruşturma evresindeki, kaçma veya delilleri karartma şüphesine dayalı bir tedbir olma özelliği gösterdiğinden, tutukluya dış güvenlik görevlisinin refakat şartı aranmaksızın mazeret izni verilmesinin çelişki ve mahsurları açıktır. Ayrıca, kimlere izin hakkı tanınacağını gösteren 93. maddede yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunanlar açıkça istisna tutulmuş olduklarından, bu kurumlarda barındırılan hükümlülerin bu izin türünden yararlanmaları mümkün değildir.

⁹⁰ Yönetmelik, 28.6.2013 tarihli ve 28691 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Refakatsiz izinde temel koşul, hükümlülük süresinin beşte birinin iyi hâlde geçirilmiş olmasıdır.⁹¹ Kanun ve Tüzük “iyi hâlli”liği doğrudan tarif etmiş değildir. Bununla birlikte, koşullu salıverilmede iyi hâlin saptanmasına ilişkin, Kanun’un 89. maddesi ile 133 ve 134. maddeleri, “ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyma”, “haklarını iyi niyetle kullanma”, “yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirme”, “uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunması” ve “kaldırılmamış disiplin cezası bulunmaması” gibi iyi hâlin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler belirlemiştir. Bu özellikleri dikkate alındığında, refakatsiz mazeret izinleri, hükümlülere insanî nedenlerle tanınmış bir hak olmaktan çok, infazda belirli bir aşamayı geçmiş ve ıslah yoluna girdiği konusunda tereddüt bulunmayan hükümlüler için getirilmiş bir “imtiyaz” olma özelliğiyle öne çıkar. Bu nedenle bu izin türüne ve şartlarına genel hatlarıyla değinmeyi, uygulaması daha yaygın olan refakatli izinler üzerinde yoğunlaşmayı tercih ettik.

Refakatsiz mazeret izinlerini refakatli olanlardan ayıran önemli farklardan biri iznin kapsamı, diğeri sebebi, bir diğeri ise iznin süresiyle ilgilidir. Ölüm sebebinde refakatsiz izinler, ayrıntılarına aşağıda değineceğimiz üzere, ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarıyla ilgili olarak verilebilmekteyken, refakatsiz izinlerde bu “ana, baba, eş, kardeş veya çocuğun ölümü”yle sınırlı tutulmuştur. Buna karşın, sayılanların yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır hastalık hâlleri dışında, depresyon, su baskını, yangın gibi felâketler nedeniyle zarara uğramaları da izin sebepleri arasına alınmış, verilecek iznin süresi ise ulaşım için gerekli olan hariç “on güne kadar” şeklinde belirlenmiştir.

Refakatsiz mazeret izni, ölüm hâlinde ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığı’nın onayı ile diğer sebeplerin varlığı hâlinde ise kurum en üst amirinin görüşü, Cumhuriyet Başsavcılığı’nın önerisi ve Adalet Bakanlığı’nın onayı ile verilecektir.

94. maddenin ilk fıkrasında koşulları gösterilen refakatsiz mazeret izinlerini, refakatli mazeret izinlerinden ayıran son ve dikkat çekici bir fark ise ağır hastalık sebebiyle verilen mazeret izinleri bakımından, kanun değişiklikleri sebebiyle güncelliğini yitiren ancak yürürlüğünü koruyan Tüzük hükümlerindedir. Mazeret iznine ilişkin ayrıntıların gösterildiği Tüzük’ün 138. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendi hükmüne göre, hastalığı belgeleyen resmî raporun, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekim tarafından imzalanmış olması gerekmektedir. Oysa hükümlü ve tutukluların

⁹¹ Esasen bu koşul, refakatsiz mazeret izinlerine özgü olmayıp, hükümlülerin salıverilme öncesi dış dünya ile uyumlarını sağlama amacıyla karakterize olan özel izin (m.95) ve iş arama izninde (m.96) de infazın belirli bir aşamasına gelmiş olması aranmaktadır.

refakatsiz mazeret izinlerini düzenleyen Kanun hükümlerinde (m.94/2-b; m.116/3) önemli ve ağır hastalık hâlinin açıkça “sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi” gereğinden söz edilmektedir. Hükümlülerin refakatsiz mazeret izinlerini düzenleyen 94. maddenin birinci fıkrasında benzer bir koşula yer verilmediğinden, Tüzük hükmünün bu izin türüyle sınırlı olarak yürürlükte bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Sağlık mazeretine dayalı refakatsiz izinlerde daha hafif bir ispat koşulunun aranmasında, esaslı bir mahsur bulunduğundan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Cezasının belirli bir bölümünü kapalı kurumda çekmiş ve iyi hâl gösteren hükümlüyü, ıslah yoluna girmiş kabul eden Kanun’un, refakatsiz izinleri kapsam, sebep ve süre yönünden farklı düzenleme tercihi karşısında da bu, önemsiz bir ayrıntı sayılmalıdır.

Refakatsiz izinlerle ilgili olarak hatırdta tutulması gereken son bir nokta, açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin, Kanun’un 94. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, kural olarak refakatli kullanılabilinecek mazeret izinlerini, Tüzük ve Yönetmelik hükümleri doğrultusunda refakatsiz kullanacak olmalarıdır. Yönetmelikte, hükümlülerin yanı sıra tutuklulardan da bahsedilmiş ise de tutuklanan şüphelilerin açık kurumlarda barındırılmasına imkân yoktur.

C. Refakatli mazeret izinleri

Hükümlü ve tutukluların, dış güvenlik görevlilerinin refakati altında, yol süresi hariç, bir yakının ölümü hâlinde iki, ağır hastalığı hâlinde ise bir güne kadar kullandığı izin türü, hükümlüler bakımından 5275 sayılı Kanun’un 94. maddesinin ikinci fıkrasında, tutuklular bakımından ise aynı Kanun’un 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir.

1. Koşullar

a. Talep

Mazeret izninden yararlanmanın temel koşulu, ilgilinin talepte bulunmasıdır. Diğer tüm koşulların varlığına rağmen, talebi olmadıkça hükümlü ve tutukluya izin verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ceza infaz kurumu idaresi veya Kanun’un, izinle ilgili görev ve yetkisine atf yaptığı diğer makam ve mercilerin, izin sebebini re’sen araştırma yükümlülüğü bulunmadığı⁹² gibi, haberdar olduğu sebebe dayanarak re’sen izin verme yetkisi de yoktur. Belirtilen makamlar, sebebin geçerliliğini, ancak vaki izin talebi üzerine araştırır; geçerli bir sebebe dayanan, diğer yasal koşulları oluşmuş izni de ancak ve sadece ilgilisince talep edilmişse verir.

⁹² İnfaz mercilerinin böyle bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, hükümlü ve tutuklunun aile yakınlarının ölümü veya ağır dereceli hastalığından haberdar olduğunda, bunu gecikmeksizin mahpusa haber vermesi gerektiğine, bu bilgilendirme yükümlülüğünün BM Aşgari Standart Kuralları ile Avrupa Cezaevi Kurallarında açıkça düzenlendiğine daha önce değinmiştik.

b. Akrabanın ölümü veya hastalığı

Mazeret izinlerinde temel koşul, bir yakının ölümü veya ağır derecedeki hastalığıdır. Kanun, sadece belirli bir yakınlık derecesindeki akrabanın ölümü veya hastalığını mazeret izinlerinde neden olarak kabul etmiş; ancak bu yakınlık derecesini ölüm veya hastalık bakımından ayrı ayrı belirlemiştir. Cenaze izni için bu yakınlık derecesi, ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından biri ya da eş olarak tayin edilmiştir (CGTİHK m.94/2-a; m.116/2). Buna göre, ana, baba, eş, çocuk ve kardeşin yanı sıra, kayınvalide, kayınpeder, kayınbirader ve baldızın ölümü de izin sebebi olabilir.

Ölüm sebebine bağlı izinlerin düzenlendiği ilgili madde metinlerinin ilk düzenlemelerinde kayın hısımlarına yer verilmemiş ve kapsam “ana, baba, eş, kardeş veya çocuk”la sınırlı tutulmuşken, bu ibare 08.08.2011 tarihli ve 650 sayılı KHK ile daha sonra “ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin” ibaresiyle değiştirilerek kapsam genişletilmiştir.⁹³ Hastalık sebebiyle verilecek izinlerde ise kapsam, kanun koyucu tarafından “ana, baba, eş, kardeş, çocuk ile eşin anne veya babası”nın hastalık hâlleriyle sınırlı tutulmuştur.

İzin için söz konusu olan hastalık, herhangi türde bir sağlık sorunu olmayıp, yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır derecede bir hastalık olmak zorundadır. “Yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır hastalık hâlleri” doğrudan Kanun’un (m.94/2-b, m.116/3) ifadesidir. Kanun’un aktarılan ifadesinden, hastalığın, ölüme pek muhtemel gözle bakılabilecek aşamasında hükümlü ve tutukluya bir “vedalaşma/helalleşme” imkânı getirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim refakatli izinler bakımından hükümlü ve tutuklular için hastalık hâlinde böyle bir izin hakkı başlangıçta bulunmazken, bu imkânı ilk kez getiren 27.4.2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanun’un birleşen bir teklifinin gerekçesinde, gazeteci-yazar Doğan Yurdakul’un tutuklu olduğu için tedavisi süren eşini ölmeden son kez görme imkânı elde edemediğine işaretler, yaşanan bu ve benzeri olayların kamu vicdanında büyük yaralar açtığı ve yasal bir düzenlemeyi zorunlu kıldığı vurgulanmıştır.⁹⁴ 6301 sayılı Kanun’un Adalet Komisyonu Raporu’nda ise mahpusların yakınlarının ölümü üzerine cenazelerine katılmalarına ve belli ağırlıkta hastalık hâlinde yakınlarını

⁹³ 650 sayılı KHK’nın bu değişikliğe ilişkin hükümleri (KHK’nın 29 ve 30. maddeleri), düzenlemenin yetki kanununun kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle AYM tarafından 18.7.2012 tarihli ve 2011/113 E, 2012/108 K sayılı kararla iptal edilmiştir. Ancak 5275 sayılı Kanunun 94. Maddesinin ikinci fıkrası, iptalden önceki bir tarihte, 27/04/2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiş; 116. maddenin ikinci fıkrası ise iptalden sonra 27/06/2013 tarihli ve 6494 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir. AYM’nin iptal kararı ayrıntıları için bkz: AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, E.T: 12.12.2015.

⁹⁴ 2/84 Esas Numaralı Kanun Teklifi Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss136.pdf>, E.T: 19.10.2015.

kısa süreli de olsa ziyaret edebilmelerine imkân tanınması, temel bir insan hakkı olarak tanımlanmış; değişiklikler, ceza sisteminin insanileştirilmesini temel bir hedef kabul eden modern infaz hukukunun öncelikleri temelinde değerlendirilmiştir.⁹⁵

c. Sebep ve yakınlığın belgelendirilmesi

Bir diğer koşul, izin talebine dayanak teşkil eden geçerli bir sebep (ölüm veya ağır hastalık) ile kanunun aradığı yakınlık derecesinin belgelendirilmesidir. 5275 sayılı Kanun'un 93. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca izinlerin kullanılmasıyla ilgili ayrıntıların gösterildiği Tüzük'te, ölümün ve ölen kişiyle yakınlığının belgelenmesi kaydıyla izin verilebileceği ifade edilmiştir (m.138/3). Keza yine Tüzük'te, hükümlü ile hasta olduğu belirtilen kişi arasındaki yakınlık derecesinin nüfus idaresinden alınacak kayıt ile belgelendirilmesi (m.138/4-c), hastalığı belgeleyen resmî raporun, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekim tarafından imzalanmış olması (m.138/4-d), ölüm ve ölen kişiyle yakınlığının resmî belge ile tespit edilmiş olması (m.138/4-e) şartlarından da bahsedilmektedir.

Hastalık nedeniyle verilecek refakatli mazeret izinlerinde kanun düzenlemesi, sebebin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesini aradığından (m.94/2-b; m.116/3), kanun değişiklikleri karşısında güncelliğini yitiren ve iki uzman hekim tarafından düzenlenen resmî raporu yeterli gören Tüzük hükmünün uygulanma imkânı kalmadığı açıktır.

Üzerinde durulması gereken asıl nokta, belgelendirme külfetinin kime tahmil edileceğidir. Kanun ve Tüzükteki edilgen ifade biçimi yoruma elverişli olmakla birlikte, sözü edilen belgeleri temin etme ve izin talebine dayanak oluşturan vakıaları ispatlama ödevinin, mutlak biçimde, hürriyeti kısıtlanmış hükümlü veya tutuklu tarafından yerine getirilmesinin beklenemeyeceği açıktır. Aksi kabul, mahpusun hiç ya da zamanında başvuruda bulunamaması gibi bir sonucu doğurabilecektir ki, bu sonucun Kanun'la tanınan biçimsel haklardan ilgililerin etkin biçimde yararlandırılması amacıyla bağdaşmazlığı ortadadır.

Nüfus kayıtları esas alınacağından, kanunun aradığı yakınlık derecesinin tespitinde esasen önemli bir zorluk bulunmamaktadır. Ölüm veya ağır hastalık hâlinin tespitinde ise tutuklu veya hükümlünün yakınlarının katkısı dışında, gerektiğinde resmî makamların da hukukî sebebin belgelendirilmesi sürecine katkı sağlaması en doğru çözüm yolu olarak görülmelidir.

⁹⁵ 6301 sayılı Kanunun Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 136, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss136.pdf>, s.19, E.T: 19.10.2015.

d. İnfaz edilen cezanın türü ve yeri

Hükümlüler bakımından mazeret iznine, infaz edilen cezanın türü sebebiyle engel oluşturabilecek yegâne istisna, Kanun'un 94. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu Kanun'un 25 inci maddesi kapsamına girenler hariç" denilerek getirilmiştir. Söz konusu madde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazını düzenlendiğinden, bu cezaya çarptırılmış hükümlülerin izin imkânından yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu temel istisna dışında, infaz edilen veya soruşturma ya da kovuşturma konusu olan suçun türü ile hükümlü ve tutuklunun barındırıldığı kurumun niteliğinin ya da kurumun bulunduğu yerin bir önemi bulunmamaktadır.

Mazeret izinlerinden sadece hükümlülerin, oldukça katı koşullara bağlı olarak yararlanabildiği 31.03.2011 tarihi öncesinde, hükümlünün vefat eden yakınlarının cenaze törenlerine katılabilmesi, törenin infaz kurumunun bulunduğu yerde yapılacak olması koşuluna bağlı bulunmaktaydı. Keza Kanun'un halen yürürlükte bulunan "İzinler" kenar başlıklı 93. maddesinde, yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunanlar (sadece mazeret izinleri bakımından değil, tüm izinler bakımından) açıkça istisna tutulduğundan, bu kurumlarda barındırılan hükümlülerin de mazeret izni hakkı bulunmamaktaydı.

Hükümlünün dış güvenlik görevlisi refakatinde bazı yakınlarının cenazesine katılması için cenaze töreninin infaz kurumunun bulunduğu yerde düzenlenecek olması şartı, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Hükümlülerin cezalarının, suç yeri, sağlık ve disiplin gibi farklı nedenlerden dolayı her zaman yakınlarının bulunduğu yerde infaz edilmediğine dikkat çekilen değişiklik gerekçesinde, mazeret izninin kullanılabilmesi şartlarından biri olarak maddede (m.94/2) yer alan "infaz kurumunun bulunduğu yerde olmak" koşulu kaldırılmak suretiyle, mevcut bir eşitsizliğin giderilmesinin amaçlandığına değinilmiştir.⁹⁶

27.04.2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanunla, 5275 sayılı Kanunun 94. maddesinde yapılan değişiklik ise izinden yararlandırılacakların kapsamını, yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlüler lehine genişletmiştir. 94. maddenin ikinci fıkrasının yeniden yazıldığı bu düzenlemeyle, mazeret izinlerinden yararlanabilecekler belirlenirken "yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunda bulunanlar da" zikredilerek, 93. maddenin olumsuz hükmüne bir istisna getirilmiştir.

Söz konusu değişikliklerden sonra ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanlar hariç, hükümlülerin mazeret izni taleplerinin

⁹⁶ Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 725, Madde Gerekçeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss725.pdf>, E.T: 18.10.2015.

değerlendirilmesinde infaz edilen cezanın türü, süresi veya infaz kurumunun bulunduğu yerin bir önemi kalmamıştır. Tutuklular için benzer kısıtlama nedenlerine Kanun'da hiçbir zaman yer verilmemiştir. Ancak, bu değerlendirmenin, bahsedilen hususların mazeret izni taleplerinin kategorik biçimde reddine dayanak olamayacağı biçiminde anlaşılması gerekir. Nitekim izin talepleri hakkında karar verilirken göz önünde tutulacak olan, örneğin “tehlikeli hükümlü olmama” veya “soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmama” gibi aşağıda inceleyeceğimiz diğer kanunî şartlar, hükümlü veya tutuklunun kişiliğiyle bağlantılı olduğu kadar, belli ölçüde işlenen suçun türü/niteliğiyle bağlantılı bir değerlendirmeyi de zorunlu kılmaktadır.

Diğer taraftan, Tüzüğün 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, izin verilmesi esnasında göz önünde bulundurulacak hususlar arasında “gidilecek yerin yol ve hava şartlarının uygun olması”ndan da söz edilmektedir. Cenaze töreninin başka bir yerde düzenlenecek olması, kategorik bir ret gerekçesi oluşturmasa da öyle anlaşılmaktadır ki gidilecek mesafenin uzaklığı, olumsuz yol ve hava koşullarıyla birleştiğinde, uygulamacıların olumsuz takdirine dayanak oluşturabilecektir. Bu noktada, cenaze merasiminin yapılacağı yer ile infaz kurumu arasındaki mesafe sebebiyle tutuklu veya hükümlünün cenazeye katılımının sağlanamadığı durumlarda, mahpusun video konferans yoluyla cenazeyi takip etmesine imkân tanıyan ülke uygulamaları⁹⁷ bulunduğunu hatırlatmakta yarar vardır.

e. Güvenlik bakımından sakınca bulunmaması

Mazeret izni talebi hakkında karar verilirken göz önünde bulundurulacak değerlendirme ölçütlerinden bir diğeri “güvenlik bakımından sakınca bulunmaması”dır. (m.94/2, m.116/2-3) Güvenlik bakımından sakınca oluşturabilecek hâllerin neler olduğu, karar merciinin hangi ihtimalleri bu kapsamda değerlendirebileceği hususunda Kanunda, Tüzükte veya Yönetmelikte bir açıklık bulunmamaktadır.

Mazeret izinlerinin kapsamını, hükümlüler lehine önemli ölçüde genişleten 6301 sayılı Kanun'un talî komisyon (İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu) görüşmeleri sırasında bu kavram tartışılmış, metinde yer verilen “güvenlik bakımından sakınca oluşturmama” ibaresinin keyfi durumlara yol açabileceği öne sürülmüştür.⁹⁸ Görüşmelere katılan Hükümet temsilcisi, bu ibarenin

⁹⁷ Avustralya'nın Queensland Eyaleti, hükümlü ve tutuklulara bu imkânı tanımaktadır. Bilgi için bkz: (http://www.correctiveservices.qld.gov.au/Resources/Procedures/Offender_Management/documents/ofmproindigfunattend.shtml), E.T: 8.2.2015.

⁹⁸ 6301 sayılı Kanunun İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 136, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss136.pdf>, s.11, E.T: 19.10.2015.

5275 sayılı Kanun'un mevcut 116/2 maddesinde de aynen geçtiğini⁹⁹, bu hususun bazen hükümlü veya tutuklunun lehine de yorumlanabileceğini, örneğin tutuklunun veya hükümlünün dışarı çıkması kendisi, yakınları, refakat edenler yahut vatandaşların güvenliği açısından tehlike oluşturacaksa böyle bir kararın verilebileceğini ifade etmiştir.¹⁰⁰ Doğrusu, bu ibarenin bu ölçüde geniş yorumlanmasının isabetinden söz edemeyiz. Suç işlemiş, bu nedenle, kanunlarla olduğu kadar, çoğu kez gerçek kişilerle, suçun mağdurları ve yakınlarıyla da ihtilâfa düşmüş bulunan tutuklu veya hükümlünün kurum dışına çıkarılması, çoğu durumda az ya da çok, belirli veya belirsiz bir güvenlik riski oluşturabilecektir. Tutuklu veya hükümlünün firar ihtimali de bu risklere eşlik etmektedir.

İzin taleplerinin salt güvenlik kaygılarıyla reddini ölçülü bulmayan AİHM' in, bu tür kaygıların, izin refakat altında kullandırılması durumunda giderilebilir olduğuna dikkat çeken kararlarına daha önce değinmiştik. Dolayısıyla, güvenlik bakımından sakınca bulunup bulunmadığı, mevcut risklerin refakate bağlı olarak bertaraf edilebilme imkânıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bir başka anlatımla, olağan tedbirlerle aşılması mümkün olmayan, somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı, güvenlik bakımından sakınca doğuran hâl olarak değerlendirilmeli kanaatindeyiz.

Nitekim izin esnasında konaklama yapılan yerde ortaya çıkan güvenlik riskleri bakımından, tutuklu veya hükümlünün bulunduğu yerden alınarak en yakın kapalı ceza infaz kurumuna götürülmesinde, Yönetmelik benzer bir ölçü gözetmiş ve "kontrolü mümkün olmayan güvenlik riski"nden söz etmiştir (Yön. m.12).

Olağan tedbirlerle kontrolü veya bertaraf edilmesi mümkün güvenlik risklerinin, izin taleplerinin reddine tek başına dayanak kılınması, bireysel başvuru konusu olması durumunda ihlâl kararlarına sebebiyet verebilecektir. Sevk ve nakil güzergahının terör olaylarının yoğun olduğu bölgelerden geçmesi, bu nedenle gerek tutuklu/hükümlü, gerekse refakat görevlileri için güvenlik riskleri taşımasının olağan tedbirlerle kontrolü mümkün olmayan sakınca haline örnek olabileceği, AYM'ye yapılan bireysel başvurular sonucu verilen kararlarla teyit edilmiştir.¹⁰¹

⁹⁹ Tutuklulara bazı yakınlarının ölümü üzerine verilen mazeret izinlerini düzenleyen bu hükmün, 27.4.2012 tarihli 6301 sayılı Kanundan yaklaşık 1 yıl önce, 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanunla eklenmiş olduğunu hatırlatalım.

¹⁰⁰ Aynı rapor, s.12.

¹⁰¹ Bu kararlar yukarıda II. Bölümde irdelenmiştir.

f. Hükümlünün “tehlikeli hükümlü” statüsünde olmaması

Cenaze törenine iştirak veya hasta ziyareti amacıyla izin hakkı, 94. maddenin ikinci fıkrasında açıkça “tehlikeli olmayan hükümlü”ye tanınmıştır. Bu noktada, “tehlikelilik” hâli ile “tehlikeli mahkûm” statüsünden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekmektedir.

Pozitivist hukuk okulu düşüncesinin ürünü olan “Tehlikeli Hâl” kavramının özelliği, böyle bir durumda bulunan şahsın yeni suçlar işleme olasılığının bulunmasıdır. Gerçekten geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya aklî kusurları nedeniyle bazı kimseler tehlikeli bir hâlde bulunabilirler. Bir şahsın tehlikeli hâlde bulunup bulunmadığını tespit zordur. Tehlikeli hâlin varlığının saptanmasının yetkili merciinin takdirine mi yoksa kanuna mı bırakılması gerektiği hususu tartışmalıdır. 1910 Brüksel Kongresi tehlikeli hâlin tayinini kanuna bırakmıştır¹⁰².

Tehlikeli hâlin tanımını “Yukarıda maddede yazılı fiillerden birini işleyen ve gelecekte kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilleri işleyeceği beklenen ceza bakımından ehil olmayan veya cezalandırılmayan kimse ceza kanununun uygulanmasında tehlikeli sayılır” şeklinde yapan (m.203) İtalyan CK. 133 üncü maddesinin birinci fıkrasında, tehlikeli hâlin tespiti hususunda hâkimin, fiilin nev’i, işleme vasıtaları, hedefi, işlendiği zaman ve yer, suçun verdiği zararın ağırlığı veya mağdurda meydana gelen tehlikenin ağırlığı, kastın yoğunluğu ve taksirin derecesine de dikkat etmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrası, tehlikeli hâlin tespitinde failin suç işleme konusunda eğilimini gösteren saikleriyle karakterinin, cezaî ve adlî sabıklarının, suç işlemezdence önceki tavır ve hareketleriyle, yaşayış tarzının, suç işlerken veya işledikten sonraki tutumunun, şahsî, ailevî ve sosyal ilişkilerinin, hâkim tarafından göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Kanunda öngörülen ve tehlikeli hâlin belirtilerini oluşturan bu hususları göz önüne alan hâkim şahsın toplum bakımından tehlike arz edip etmediğini takdir edecektir¹⁰³.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, başka maddelerinde de “tehlikeli hükümlü”den veya “tehlike hâli”nden söz etmiş¹⁰⁴,

¹⁰² Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y. 2008, S.1-2, s.467 (461-492).

¹⁰³ Artuk, s.467-468.

¹⁰⁴ Örneğin, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarına alınacak kişilerle ilgili 9. maddenin üçüncü fıkrasında, hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesiyle ilgili 16. maddede, hükümlünün barındırılması ve yatırılmasıyla ilgili 63. maddede, telefonla haberleşme hakkının düzenlendiği 66. maddede, hükümlünün radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkının düzenlendiği 67. maddede, iyileştirme programları için oluşturulacak grupların sayısı ve uygulanacak güvenlik tedbirleriyle ilgili 74. maddede hükümlülerle ilişkili olarak, tutuklular hakkında uygulanabilecek kısıtlayıcı önlemlerin düzenlendiği 115. maddede ise tutuklularla ilişkili olarak “tehlikelilik”ten ve “tehlikeli hâlde bulunmak”tan söz edilmiştir.

bazı hakların kullanılması veya bazı sınıflandırmalar bakımından “tehlikeli olmama” ölçütünü sıkça gözetmiştir. Ancak, Kanun’un bu kavramlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu sorusuna verdiği açık bir cevap, getirdiği kesin bir ölçü bulunmamaktadır.

“Tehlikeli hükümlü” mevzuatımızda, İnfaz Tüzüğü’nün 76. maddesinde tanımlanmıştır. “Tehlikeli hükümlü” kenar başlıklı madde, suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlâl edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olanların “tehlikeli hükümlü” sayılacakları yönündedir. Bu tanımdan, tehlikenin yöneldiği değerlerin (toplum güvenliği, kurum düzeni) veya doğduğu kaynağın (eylemin niteliği ve hükümlünün kişiliği) tehlikeliliği değerlendirirken göz önünde tutulacağı anlaşılmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise tehlikeliliği, bir taraftan akıl hastalığı, diğer taraftan tekerrür hükümleriyle ilişkili olarak ele almıştır. Akıl hastaları hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin belirlendiği 57. maddede “toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması” amacından söz edilmiş; takip eden 58. maddede ise, madde metninde tehlikeliliğe özel bir vurgu yapılmamakla birlikte, mükerrirler hakkında uygulanacak özel infaz rejimi “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlığı altında belirlenmiştir.¹⁰⁵

Değinen mevzuat hükümleriyle çizilen bu genel çerçevenin dışında, tehlikeliliğin tespitinde dikkate alınacak belirli bir suç listesi belirlenmemiştir. İnfaz edilen ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası dışında kalmak koşuluyla, yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler de mazeret izinlerinden yararlanabildiklerine göre, belirli suçlara bağlı kategorik bir değerlendirme yapma imkânı bulunmayacağı açıktır.¹⁰⁶ Bununla birlikte,

¹⁰⁵ Tehlikelilik sadece infaz sürecinde dikkate alınan bir olgu olmayıp, özellikle vücut ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, mükerir suçluluk veya akıl hastalığı / zayıflığı durumlarında gündeme gelen yaptırım ve/veya tedbirlerle bağlantılı olarak önem kazanır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Aumüller, Alexander M., “Dealing with dangerous offenders through preventive sentencing: a comparison of Germany and England and Wales”, Publikationsreihe des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover, Band 1, Frühjahr 2013; Slobogin, Christopher, “Preventive Detention in Europe and the United States”, <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/sloboginravennapaper.pdf>, E.T: 12.2.2016.

¹⁰⁶ 5275 sayılı Kanunun “Yüksek güvenlikli ceza infaz kurumları” kenar başlıklı 9. maddesinin ikinci fıkrasında, önce belirli suç tipleri sayılarak bu suçlardan hükümlü olanların cezalarının bu kurumlarda infaz edileceği belirtilmiş; maddenin üçüncü fıkrasında ise, eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli hâlde bulunan ve özel gözetim ve denetim altında bulundurulmaları gerekli olduğu saptananlar ile buldukları kurumlarda düzen ve disiplini bozanlar veya iyileştirme tedbir, araç ve usullerine ısrarla karşı koyanların da bu kurumlara gönderilecekleri hükme bağlanmıştır. Kanunun 94. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, mazeret izinlerinden bu kurumlarda barındırılanların da yararlandırılacağı yönündeki hüküm, bu hakkın “tehlikeli olmayan hükümlü”ye tanınmış olması karşısında kısmen bir imkânsızlığı içermektedir. Daha

literatürde “tehlikelilik” ağırlıklı olarak ağır şiddet içeren veya cinsel suçlarla bağlantılı olarak ele alınmakta¹⁰⁷ ve örneğin, terör suçlarının, çağdaş penolojide “tehlikeli hükümlü” olarak sınıflandırıldığı ifade edilmektedir.¹⁰⁸ Tehlikelilik ile işlenen suçun ağırlığı arasında bir ilişki muhakkak olmakla beraber, tehlikeliliğin özellikle hükümlünün kişisel ve psikolojik niteliklerine bağlı olan bir sıfat olduğu hatırd tutulmak zorundadır.¹⁰⁹

Kavram bazı yazarlarca belirsiz bulunarak eleştirilmekle¹¹⁰ birlikte, ne kavramın kendisi, ne de tehlikeliliğe dayalı sınıflandırmalar infaz sistemimize özgüdür. “Tehlikelilik”, dünya üzerindeki hemen her ceza adaleti sisteminin dikkat sahasına –üstelik çok uzun bir süreden beri- girmiş, kendisine bazı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Buna karşın, kavramın kapsam ve sınırları, tehlikeliliği saptama ölçüleri geniş tartışmaların konusu olmuştur. Tehlikeliliğe dayalı sınıflandırmalar, her şeyden önce, cezaî sicilleri ve kötü karakterleri nedeniyle, başkalarını kötü yönde etkileme ihtimali bulunan mahpusları diğer mahpuslardan ayırma amacına, ihtiyacına dayanmaktadır.¹¹¹

“Tehlikeli suçlu”, Avrupa Konseyi belgelerinde işlediği suç nedeniyle bireylere karşı ciddi fiziksel veya psikolojik zarara neden olan ve benzer nitelikteki eylemleri gerçekleştirme (tekrar suç işleme) konusunda yüksek olasılık taşıyan kişiler olarak tanımlanmaktadır.¹¹² Bu, çok genel bir yaklaşımdır. Farklı olay ve farklı kişilikteki her hükümlünün öznel bir değerlendirmeyi gerektirdiği muhakkaktır. AK Bakanlar Komitesinin “Tehlikeli Mahpusların Hapsedilmesi ve Islahı” hakkındaki R (82) 17 sayılı Tavsiye Kararında da üye

açık bir ifadeyle, yüksek güvenliki ceza infaz kurumundaki hükümlüler mazeret izinlerinden kural olarak yararlanabilecek olmakla birlikte, şayet tehlikeli buldukları için bu kurumlara yerleştirilmişlerse, izin hakkından yararlandırılmayacaklardır.

¹⁰⁷ Yücel, Mustafa Tören, Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, (Ankara: TBB Yayını, 2007) 69; Yakışır, Berivan, Türkiye’de Tutuklu ve Hükümlülerin Yeniden Sosyalleştirilmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul (2006) 109. AK Bakanlar Komitesininin Tehlikeli Suçlular konulu R (14) 3 sayılı Tavsiye Kararının Açıklayıcı Raporunda da, tehlikeli suçlular, bu iki suçla bağlantılı olarak tanımlanmaktadır. Bkz: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/PC-GR-DD/Recommendation_%20CMRec\(2014\)3_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/PC-GR-DD/Recommendation_%20CMRec(2014)3_EN.pdf), E.T: 14.2.2016.

¹⁰⁸ Dönmezer, Sulhi, “Teröristlerin Rehabilitasyonu”, İÜHFD, C. 51, S.1-4 (1985): s.10.

¹⁰⁹ Dönmezer, s.10.

¹¹⁰ Bkz. Özbek: “Ancak söz konusu tanımın subjektif bir anlam ifade ettiği ve kötüye kullanmaya açık olduğu söylenmelidir.” Özbek, s.234.

¹¹¹ BM Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar, madde 67, par.1

¹¹² European Committee on Crime Problems, Council for Penological Co-operation, “The Sentencing, Management and Treatment of ‘Dangerous’ Offenders, Final Report”, par. 11, 20 Dec. 2010, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/PC-GR-DD/PC-CP\(2010\)10%20rev%205_E%20vs%2026%2001%2011%20-%20THE%20SENTENCING%20MANAGEMENT%20AND%20TREATMENT%20OF%20DANGEROUS%20OFFENDERS.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/PC-GR-DD/PC-CP(2010)10%20rev%205_E%20vs%2026%2001%2011%20-%20THE%20SENTENCING%20MANAGEMENT%20AND%20TREATMENT%20OF%20DANGEROUS%20OFFENDERS.pdf), E.T: 16.2.2016.

devletler, güvenlik önlemlerinin alınmasında, farklı türdeki tehlikeliliğin değişen gerekliliklerinin hesaba katılmasının sağlanmasına davet edilmiştir.¹¹³

Tavsiye Kararının Açıklayıcı Raporunda, işlediği suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan, cezaevinin güvenlik ve düzenini ihlâl edebileceğine inanmak için nedenler bulunan hükümlünün¹¹⁴ tehlikeli sayılacağı belirtilmiştir.¹¹⁵ Raporda, “tehlikelilik” ise kişinin işlediği suçun ciddiyetine veya kurum içindeki davranışlarına, firar veya firar teşebbüslerine ya da açığa vurduğu şiddete, kurumdaki diğer mahpuslara veya genel olarak toplum için arz ettiği önemli riske bağlı olarak yüksek güvenlik altında kapatılmayı gerektiren hâl olarak tarif edilmiştir.¹¹⁶

Tehlikelilik kavramı farklı disiplin ve meslek grupları tarafından değişken biçimde tanımlanır. Geniş ölçüde öznel nitelik taşıyan bu tarifler, vatandaşa, hâkime veya infaz personeline göre başka başkadır.¹¹⁷ R (82) 17 sayılı Kararın Açıklayıcı Raporunda, problemin, tehlikeli hükümlülerle yüzleşmek durumunda olan infaz personelinin bakış açısıyla ele alınması, tehlikeliliğin de bu görevlilerce değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹¹⁸ Bu yönüyle tehlikeliliğin, hükümlünün tutum ve davranışlarının, cezaevi düzen ve kurallarına uyarlık temelinde ele alınacağı kuşkusuzdur.¹¹⁹

Hatırda tutulması gereken nokta, tehlikeliliğin tek boyutlu bir olgu olmadığı, dolayısıyla bir tek tarifinin de bulunmadığıdır. Suçun niteliği, işleniş biçimi, suçlunun (hükümlünün) kişiliği, yeniden suç işleme eğilimi, akıl ve ruh sağlığı, davranışlarının anti-sosyal karakteri gibi pek çok faktör tehlikelilik tespit edilirken dikkate alınan faktörler arasındadır. Ancak, asıl önem taşıyan nokta, tehlikelilik kavramının, geçmişten ziyade gelecek yönelimli olmasıdır.¹²⁰ Geçmişteki tutum ve davranışlar, gelecekteki tutum ve davranışların, bir başka deyişle kurum düzeni ile toplum güvenliğini tehdit eden yeniden suç işleme

¹¹³ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2622661&SecMode=1&DocId=676430&Usage=2>, E.T: 16.12.2016.

¹¹⁴ Raporda ve Tavsiye Kararında “dangerous prisoner” deyimini tercih edilmiş olduğuna göre, esasen bu kavramı, içine tutukluların da dâhil olacağı bir genişlikte, “tehlikeli mahpus” olarak anlamak kuşkusuz daha doğru olanıdır.

¹¹⁵ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2714596&SecMode=1&DocId=1230472&Usage=2>, E.T: 14.2.2016.

¹¹⁶ a.g.k.

¹¹⁷ Yücel, s.277.

¹¹⁸ a.g.k.

¹¹⁹ Yücel, s.278.

¹²⁰ Yıldız, Sinem, Hükümlülerde Tehlikelilik ve Tekrar Suç İşlemeye Etki Eden Faktörler, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2009, s.4.

eğiliminin tespitinde belirleyici olmaktadır.¹²¹

Amerikan ceza adaleti sistemi içinde, hapisle cezalandırılmasına karar verilen herkes, tehlikelilik konusundaki ikinci bir araştırmanın, incelemenin konusu hâline gelir.¹²² Tehlikelilik ve firar ihtimali, hükümlünün konulacağı infaz kurumunun türü ve hakkında uygulanacak güvenlik seviyesinin tespitinde rol oynayan en önemli iki faktördür.¹²³ İçinde bir psikolog ve bir infaz koruma memurunun da bulunduğu kurum görevlilerinden oluşan bir komisyon tarafından, tehlikelilik eğilimine dair kısmen klinik bir değerlendirmeye de dayanan sınıflandırma kararlarına göre hükümlüler uygun kurumlara yerleştirilmektedir.¹²⁴

Hatırda tutulması gereken bir diğer nokta ise, “tehlikeli hükümlü” olmanın değişmez bir etiket olmadığı; hükümlünün infaz süreci içindeki değişen tutum ve davranışlarına, özellikle ıslah programlarına verdiği cevaba göre tehlikeliliğin de dinamik biçimde ele alınması gerektiğidir.

İnfaz sürecindeki tehlikeliliğe dayalı sınıflandırmalar AİHM içtihatlarıyla da uyumludur. Bu tür sınıflandırmaların tek başına insanlık dışı muamelenin çeşidi olmadığını hatırlatan Mahkeme, Sözleşmeye taraf olan devletlerin bir çoğunda, tehlikeli mahkûmlar hakkında daha üst düzey güvenlik tedbiri uygulamaları bulunduğuna dikkat çekmekte; bu tür uygulamaların, firar, saldırı, ortak aktivitelerin düzenini bozma veya suç örgütleriyle ilişkiye geçme tehlikesinin önüne geçme amacıyla ilişkisine değinmektedir.¹²⁵

Önemle belirtmek gerekir ki, mazeret izni taleplerini değerlendiren mercilerin “tehlikeliliğe”, bir hükümlünün tehlikeli olduğuna veya olmadığına karar verme imkânları bulunmamaktadır. 5275 sayılı Kanun’un 24. maddesinin amir hükmü gereğince hükümlüler gruplandırılırken “tehlike hâli” taşıyıp taşımadıkları da dikkate alınacak olmakla birlikte, gözlem ve sınıflandırmanın esaslarının belirlendiği 23. madde gereğince bu değerlendirmenin idare ve gözlem kurulları tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, mazeret izni taleplerini değerlendiren mercilerin, bu kurulların karar ve tespitlerinden bağımsız olarak bir “tehlikelilik” değerlendirmesi yapmasının dayanağı bulunmayacaktır.

¹²¹ Maghan, Jess, “Dangerous Inmates: Maximum Security Incarceration In The State Prison Systems of the United States”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 4, No. 1, 1999, p. 3

¹²² Maghan 5.

¹²³ Maghan 5.

¹²⁴ Maghan 5.

¹²⁵ Ramirez Sanchez v. France, App. No. 59450/00, Grand Chamber Decision, 4 July 2006, pr. 138. Mahkeme, Öcalan v. Türkiye kararında da (18.3.2014, App. No. 24068/03, 197/04, 6201/06, 10464/07) aynı değerlendirmelerde bulunmuştur.

g. Soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmaması

Bir yakınının ölümü veya ağır derecedeki hastalığı nedeniyle tutukluya mazeret izni verilebilmesi, Kanunun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında “soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmaması” koşuluna bağlı tutulmuştur. Tutuklulara özgü bu şartın, mazeret izinlerinde hükümlüler bakımından gözetilen “tehlikeli olmama” kriterinden daha belirsiz bir niteliği vardır.

Hangi hâllerin soruşturma veya kovuşturmanın selametini tehlikeye düşürebileceği konusunda Kanun somut bir ölçü getirmemiş, uygulama ayrıntılarının yer aldığı Tüzük ve Yönetmelikte de açıklayıcı bir hüküm sevk edilmemiştir. Düzenlemenin, şartın varlığı veya yokluğunu değerlendirecek olan uygulamacılara geniş bir takdir alanı açtığı aşikârdır.

“Soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmaması” şartı, tutuklulara yakınlarının ölümü nedeniyle mazeret izni verilebilmesi imkânını ilk kez getiren (Kanunun 116. maddesine ikinci fıkra düzenlemesini ekleyen) 6217 sayılı Kanunla mevzuatımızdaki yerini almışsa da, 31.03.2011 tarihli bu Kanun’un yasalaşma sürecinde -en azından Komisyon raporlarına yansıyan- bir tartışmaya rastlanmamıştır. Bu Kanun’dan yaklaşık bir yıl sonra yürürlük bulan ve bu kez tutuklulara hasta yakınlarını ziyaret imkânı getiren 27.04.2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanunda da aynı şarta yer verilmiş; ancak yine, kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde yol gösterici olabilecek bir izah getirilmemiştir.

Bu şarttan ne anlaşılması gerektiğine dair dolaylı bir yorum, 6217 sayılı Kanun’un, 5275 sayılı Kanun’un 116. maddesine ikinci fıkrayı ekleyen madde gerekçesinden çıkarılabilir. Düzenlemenin, hükümlüler ile tutuklular arasındaki mevcut bir eşitsizliğin giderilmesine imkân tanıdığına değinilen gerekçede, tutukluların yararlanabileceği mazeret izinlerinin “soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmaması” koşuluna bağlanması, “Ancak, tutuklulara bu hak tanınırken, tutuklamanın amacına uygun bazı koşullar öngörülmektedir.” sözleriyle açıklanmaktadır.

Madde gerekçesinde, öngörülen koşulun tutuklamanın amacıyla bağlantısına böylece işaret edildiğine göre, “soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmama” keyfiyetinin bu amaç doğrultusunda yorumu mantıksız olmayacaktır.

Tutuklama tedbirinin düzenlediği 5271 sayılı CMK’ nın 100. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen tutuklama nedenleri, aynı zamanda bu tedbirin amaçlarını belirlemektedir. Bu amaçlar, şüpheli veya sanığın kaçmasına, delilleri yok etmesine, gizlemesine veya değiştirmesine ya da tanık, mağdur

veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmasına engel olmaktadır (CMK m.100/2-a-b). Bir başka anlatımla, tutuklu olan şüpheli veya sanık hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalması yönündeki bir tehlikenin varlığı kabul edilebilir olduğu ölçüde, soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından bir sakınca varsayılabilecektir. Ancak, bu yöndeki pek çok tehlikenin, iznin refakatli kullanımıyla giderilebilir nitelikte olduğunu da hatırla tutmak gerekir.

Diğer taraftan, tutuklular hakkındaki mazeret izinlerine karar verme yetkisini, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı veya kovuşturmaya bakan mahkemeden alarak, ceza infaz kurumunun bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına veren (5275 sayılı Kanununun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki) yasal değişiklik sonrasında, bu değerlendirmenin sağlıklı olarak yapılıp yapılamayacağı belirsizleşmiştir. Özellikle tutuklunun soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer dışında, başka yer Cumhuriyet başsavcılığına bağlı bir kurumda barındırılıyor olması halinde bu belirsizlik uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

h. Giderlerin peşin ödenmesi

Son bir koşul, harcırah ve yol giderlerinin talep sahibi tarafından peşin olarak ödenmesidir. Esasen bu durum, iznin verilip verilmemesinde değil, verilen iznin uygulanmasında gözetilen bir koşul olma özelliği taşımaktadır. Ancak, izin verildikten sonra giderlerin ödenmemesi, hakkın kullanımını bütünüyle engellediğinden diğer koşullarla bir arada ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Giderlerin hükümlü veya tutuklu tarafından ödenmesi hususu, Kanunla düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, izne gönderilme, Tüzüğün 138. maddesinin altıncı fıkrasında, harcırah ve yol giderlerinin hükümlü tarafından karşılanması kaydına bağlı tutulmuş, Yönetmeliğin 13. maddesinde de Tüzüğe atf yapılarak mazeret iznine refakat eden dış güvenlik görevlilerinin harcırah ve yol giderlerinin, Tüzüğün 138. maddesinin altıncı fıkrası çerçevesinde hükümlü veya tutuklu tarafından ödeneceği, giderlerin bu şekilde karşılanmaması hâlinde verilen mazeret izninin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Konuyla ilgili dikkat çeken ilk ve en önemli husus, hürriyeti kısıtlanmış olmakla ekonomik faaliyetlerden uzak kalan ve bu nedenle sabit bir geliri de bulunmayan tutuklu veya hükümlülerin masrafları karşılayamaması hâlinde nasıl bir yol izleneceğine ne Tüzüğün, ne de Yönetmeliğin bir cevap vermiyor oluşudur.

Mahpusun ölümcül hastalığı bulunan yakınlarını ziyareti ve özellikle de ölümlerinde cenazelerine katılabilmesi, AİHM tarafından açıkça "aile hayatına saygı hakkı" içinde değerlendirdiğinden, bu hakkın kullanımının çok katı

biçimde belirli bir ekonomik koşula bağlanması, ihlâl tespitlerine kaynak olabilecektir. Ancak, uygulamamız, giderlerin peşin ödenmesi koşulunu hakkın kullanımını engelleyecek biçimde katı yorumlamamakta, maddî imkânları yeterli olmayan tutuklu ve hükümlülerin mazeret izinlerinde, giderlerin sosyal yardımlaşma vakıfları veya sivil toplum kuruluşları tarafından karşılanması hususunda girişimlerde bulunmaktadır.¹²⁶

2. Karar mercii

Mazeret iznine karar verme yetki ve görevi, hükümlü ve tutuklular yönünden, ayrıca iznin refakatli veya refakatsiz geçirilecek olmasına göre ayrı ayrı belirlenmiştir. 5275 sayılı Kanunun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, son olarak 24/12/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle tutukluların izin taleplerini değerlendirecek karar mercii yeniden belirlenmiştir.

Hükümlülerin yararlanabildiği, Kanun'un 94. maddesinin birinci fıkrasındaki refakatsiz izinlere, ölüm hâlinde (m.94/1-a) ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nın onayı ile karar verilirken, ağır hastalık ve felaket hâlinde (m.94/1-b) kurum en üst amirinin görüşü, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın önerisi ve Adalet Bakanlığı'nın onayı ile karar verilmektedir. Onay mercii karar mercii olduğu tartışmasıdır. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hükümlülerin, gerek ölüm, gerekse ağır hastalık sebebine dayalı refakatli mazeret izinlerinde ise karar mercii, Kanun'da, "Cumhuriyet Başsavcısı" olarak belirlenmiştir. Maddede geçen "Cumhuriyet Başsavcılığı" ve "Cumhuriyet Başsavcısı" ibarelerinin, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığı ve infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcısı olarak anlaşılması gerekmektedir.

Tutuklular söz konusu olduğunda -ki bu grup için sadece refakatli izin söz konusudur- karar verme görev ve yetkisi, ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisiyle Cumhuriyet başsavcılığına geçer. Buradaki "Cumhuriyet Başsavcılığı" ibaresinin de infaz kurumunun bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına işaret ettiği kanaatindeyiz.

696 sayılı KHK düzenlemesi öncesinde izin verme yetkisi, soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde kovuşturmayı yürüten hâkim veya mahkemeye aitti. Bu durum özellikle, hakkındaki ilk derece yargılaması tamamlanmış tutuklular bakımından bir belirsizlik içeriyordu. Tutuklu hakkındaki ilk derece yargılaması sona ermiş, ancak istinaf veya temyiz süreci nedeniyle hüküm henüz kesinleşmemişse, bir başka anlatımla, mazeret izni talebinde bulunan kişi uygulamadaki

¹²⁶ Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'ın İstanbul Milletvekili Mahmut Tanal'ın 7/39550 Esas numaralı yazılı soru önermesine verdiği 26.8.2014 tarihli cevap.

karşılığıyla “hükümlü” ise, kararın hangi usule göre, hangi merci tarafından verileceği konusunda kanun düzenlemesi sükût etmişti. İstinaf ve temyiz, başlı başına bir dava ve kovuşturma sürecinin parçası olmaları sebebiyle esasen kanun düzenlemesinin sükûtla geçiştirdiği bir boşluk bulunmadığı, tıpkı tutukluluk incelemesinde olduğu gibi (CMK m.104/3) dosya önüne gelen bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi tarafından bir karar verilebileceği düşünülebilirdi. Ancak, tıpkı tutukluluk incelemeleri ve tahliye taleplerinde, atıfta bulunduğumuz düzenlemenin (CMK m.104/3) her somut olayda mağduriyeti önleme garantisi sunamaması gibi, benzer bir usulün takibi hâlinde mazeret izinleri bakımından da telafisi mümkün olmayan gecikme ve aksamaların yaşanması pek muhtemeldi. Bu noktada, daha önce ayrıntılarını paylaştığımız, AİHM’in, mazeret izni talebine hiç ya da vakitlice cevap verilmemesini ihlâl nedeni olarak gören kararını hatırdta tutmakta fayda vardır.¹²⁷

Özellikle bir yakının vefatı durumunda, en çok birkaç gün içinde düzenlenecek bir defin merasimine kişinin katılabilmesi, bu konudaki talebinin en kısa süre içinde karara bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Mazeret izni talebinin kanunî koşullarını araştırma ve belirleme bakımından da kişinin tutulduğu infaz kurumunun bulunduğu yer adlî mercilerinin daha hızlı hareket imkânına sahip oldukları kuşkusuzdur. Bu nedenle, 696 sayılı KHK ile yapılan değişikliğin yerinde olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeyle tutuklular hakkındaki izin taleplerinin de Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından karara bağlanması esası benimsenmiştir.

Ancak son düzenlemede dikkat çeken husus, Cumhuriyet Başsavcılığının karar yetkisinin “ceza infaz kurumunun en üst amirinin önerisi”ne bağlanmış olmasıdır. Hükümlüler hakkındaki refakatli mazeret izinlerinde (m. 94/2) talep üzerine doğrudan Başsavcı tarafından karar verilirken, tutuklular için kurum amirinin önerisine hangi nedenle ihtiyaç duyulduğu belirsizdir. Keza, kurum amirinin harekete geçmemesi, bir öneride bulunmaması durumunda ne olacağı da belli değildir. 696 sayılı KHK ile yapılan değişikliklerde, Kanunda hükümlülerin refakatli mazeret izinlerinin düzenlendiği 94. maddenin ikinci fıkrasındaki ibare yerine, refakatsiz mazeret izinlerinin düzenlendiği birinci fıkradaki ibarenin esas alındığı anlaşılmaktadır.

3. İzin geçirileceği yer

İzin geçirileceği yer, dış güvenlik görevlilerinin refakati altında geçirilecek mazeret izinlerinde özellik taşır. Kanun düzenlemesi de bu izin türüyle sınırlı olarak konuyu ele almıştır.

¹²⁷ Giszczak v. Poland, par. 40-41. Kararla ilgili ayrıntılar için bkz: 53 no’lu dipnot.

Hükümlü ve tutuklunun mazeret izni süresi içinde gece konaklaması gerektiği takdirde nerede kalacağı, Kanun'un 94. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi ile 116. maddesinin dördüncü fıkrasında aynı ifadelerle düzenlenmiştir. Buna göre, gerektiğinde konaklama, hükümlü veya tutuklunun ya kendi veya ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin evinde, güvenli görülen başka bir yerde ya da gidilen yerde bulunan kapalı ceza infaz kurumunda yapılacak; ancak bunlardan hangisinin tercih edileceğine güvenlik hususu değerlendirilmek ve gerekli güvenlik tedbirleri alınmak suretiyle, gidilen yerin valisi tarafından karar verilecektir.

Fırası engellemek başta olmak üzere nakil ve izin süresince gerekli tüm güvenlik tedbirlerini almakla mülkî makamların görevli olduğundan, değişen hâl ve koşullara göre konaklamanın yapılacağı en uygun yeri seçme yetkisinin, valilere bırakılmış olması mantıksız değildir. Ancak, Kanun'daki bu tercihin benimsenmesi kolay olmamıştır.

5275 sayılı Kanun, konaklama yeri konusunda başlangıçta suskun kalmış, Tüzük'te de konuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İzinler sırasında gece konaklamalarının nerede ve ne şekilde yapılacağını gösteren ilk hükümlerin 6301 sayılı Kanunla getirileceği 27.4.2012 tarihine kadar, uygulama takdire bağlı olarak gelişiyor; izin sahipleri bazen evlerinde, bazen de Yönerge¹²⁸ ve Protokolde¹²⁹ yer alan ilgili hükümlere istinaden bulunulan yerdeki kapalı ceza infaz kurumunda konaklatılıyordu. Bu izinlerden birinde, vefat eden kardeşinin cenazesine katıldıktan sonra gece konaklaması için evine götürülen bir uyuşturucu suçu tutuklusunu gece firar etmiş¹³⁰; gece konaklamasının kapalı ceza infaz kurumunda yapıldığı bir diğerinde ise, Cumhuriyet savcısı tarafından tüm görevli jandarma personeli hakkında "hürriyeti kısıtlama" suçundan kamu davası açılmıştır.¹³¹

¹²⁸ "Ceza ve İnfaz Kurumlarının Dış Koruması ile Sevk ve Nakil Hizmetleri Yönergesi"

¹²⁹ "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri ile Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol", Adalet, İçişleri ve Sağlık bakanlıkları arasında 11.8.2011 tarihinde imza edilen Protokolün "Kurumlarda geçici olarak konaklama" kenar başlıklı 24. Maddesi hükmü şöyledir: "Hükümlü ve tutukluların iller arası nakillerinde zorunluluk nedeniyle başka bir kurumda geçici olarak konaklaması gerekiyorsa, Jandarma devriye komutanının isteği üzerine, o yerin Cumhuriyet Başsavcısı ile irtibat kurularak, hükümlü ve tutuklular bekletilmeden kuruma alınır."

¹³⁰ <http://www.milliyet.com.tr/uyusturucu-baronu-taziye-izninde-kacti/gundem/gundemdetay/04.02.2012 / 1497799 /default.htm>, E.T: 19.1.2016.

¹³¹ Davanın olgusal dayanaklarından biri, cenazeye katılma izni verilen tutukluların geceyi ceza infaz kurumunda geçirebilecekleri yönünde kanunî bir düzenleme veya ilgili mahkeme kararında bu doğrultuda bir kayıt bulunmadığı hâlde izin sahibinin geceyi ceza infaz kurumunda geçirmiş olmasıdır. Mülki görevle ilişkili eylem kişisel suç niteliğinde kabul edilerek doğrudan yürütülen soruşturma ve kovuşturma neticesinde, iddianameye konu eylemle doğrudan nasıl irtibatlandırıldığı konusunda dosyada kanaat verici bir delil

Bu gelişmelerden kısa bir süre sonra¹³² kanun koyucu, 27.4.2012 tarihli ve 6301 sayılı Kanunla ilk kez sevk ettiği hükümlerle (5275 sayılı Kanun m.94/2-son cümle, m.116/4), mazeret izinlerinde gece konaklaması yapılması gerektiği takdirde bunun nerede gerçekleştirileceğini belirlemiştir. Buna göre, gece konaklamaları hükümlü veya tutuklunun bulunduğu yer ceza infaz kurumunda, o yerde infaz kurumu bulunmaması hâlinde kolluk tarafından güvenli görülen yerde yapılacaktır.

Ancak, bu düzenlemenin de soruna, tartışmaları bitirecek nihai bir çözüm getirmediği aynı yıl içindeki bir başka olayla ortaya çıkmıştır. Bu kez, oğlunun vefatı nedeniyle mazeret izninden yararlanan Ergenekon Davası olarak bilinen davada tutuklu bir eski rektör, açık kanun düzenlemesi gereğince geceyi evinde değil, ceza infaz kurumunda geçirmek zorunda kalmış, bu durum eleştirilere neden olmuştur.¹³³ 2012 yılının Ekim ayındaki bu olay, “uygulamada ortaya çıkan bazı sorunlar” şeklindeki ifadeyle Genel Gerekçesine¹³⁴ yansıdığı 24.01.2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanun değişikliğini, bir başka ifadeyle 5275 sayılı Kanunun 94. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi ile 116. maddesinin dördüncü fıkrasında hâlen yürürlükte bulunan düzenlemeyi beraberinde getirmiştir. Aynı Kanunla 5275 sayılı Kanunun 116. maddesine eklenen beşinci fıkra hükmüyle, uygulama ayrıntılarının gösterileceği bir yönetmelik hazırlanması da yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

4. Kanun yolu

İzin talebi hakkında karar veren merciler, doğal olarak bir takdir hakkı da kullanarak yasal koşulların varlığı hakkında bir değerlendirme yaparlar. Bu değerlendirmenin ölüm veya hastalık olgusunun varlığı gibi tamamen şekli ve/veya nesnel boyutları bulunduğu gibi, “güvenlik bakımından sakınca bulunup bulunmaması” veya kişinin “tehlikeli hükümlü” olup olmadığı

bulunmayan İl Jandarma Alay Komutanı'nın da aralarında bulunduğu sanıklar hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Baştan sona açık hukuka aykırılıklarla dolu kovuşturma neticesinde verilen mahkûmiyet kararları, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 21.3.2013 tarihli ve 2013/259-3060 E-K sayılı ilamıyla, Daire Başkanının 15 sayfalık muhalefetine rağmen oy çokluğuyla onanmıştır. Onama kararı, bilahare Yargıtay Başsavcılığının itiraz kanun yoluna başvurusu sonucunda aynı Daire tarafından itirazın kabulüne karar verilerek kaldırılmıştır. Başlı başına bir inceleme yazısının konusu olabilecek bu dava süreci, mazeret izinlerindeki gece konaklamalarıyla ilgili kanun düzenlemesi ihtiyacının gerekçe metinlerine doğrudan yansımaya sebep olduğu yerini almıştır.

¹³² Ünlü uyuşturucu kaçakçısının firar tarihinin 01.2.2012, bahsettiğimiz ikinci olay nedeniyle jandarma görevlileri hakkında açılan kamu davasında iddianame tarihinin ise 28.2.2012 olduğunu hatırlatalım.

¹³³ <http://www.milliyet.com.tr/evinde-aglamayi-cok-gorduler-/gundem/gundemdetay/16.10.2012/1612322/default.htm>, E.T: 19.1.2016.

¹³⁴ 6411 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi için bkz. TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 365, s.6.

gibi öznel koşullara dayalı yoruma açık boyutları da bulunmaktadır. Karar mercilerinin yorum gerektiren, öznel değerlendirmelerinin keyfilikten ayrılabilmesi için asgari düzeyde nesnel olgulara dayanması ve bu çerçevede gerekçelendirilmesi gereği açıktır. Ancak, talep reddedilirken yeterli ve açık bir gerekçe gösterilmemiş olması veya gerekçenin takdir hakkının yerinde kullanıldığını gösterecek maddi olguları içermemesi ihtimal dâhilindedir.

İlgililerin izin taleplerinin -gerekçeli veya gerekçesiz, haklı veya haksız- reddi hâlinde başvurabilecekleri bir kanun yolunun bulunması, özel hayata saygı hakkıyla ilgili bu taleplerde kişisel menfaatlerin korunması ve Sözleşmenin (AİHS) öngördüğü güvencelerin sağlanabilmesi bakımından önem arz eder. Bu konuda etkili bir itiraz/başvuru imkânı sağlanmamasının AİHM tarafından Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında bir ihlâl nedeni olarak görüldüğüne daha önce işaret etmiştik.¹³⁵

Hükümlü ve tutukluların mazeret izinlerini düzenleyen maddelerde, taleplerin reddi halinde başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığından, kanun yolu imkânının, bu kararların niteliğine ve verildiği mercie bakılarak belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu noktada, 24/12/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK ile tutukluların mazeret izinlerini vermeye yetkili mercilerde yapılan değişikliğin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak üzere kurulan infaz hâkimlikleri, 4675 sayılı “İnfaz Hâkimliği Kanunu”nda düzenlenmiştir. Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (2) no’lu bendinde, infaz hâkimliklerinin şikâyetleri incelemekle görevli olduğu işlem ve faaliyetler arasında açıkça “izinler” de sayılmıştır. Ancak, kuruma kabul, barınma, tedavi, sevk ve nakil ile disiplin gibi işlemlerle ilgili olarak tutuklu ve hükümlüler hakkında yapılan işlemlere birlikte atf yapılmışken, izinlerle ilgili olarak sadece hükümlüler bakımından bir görev tanımı geliştirilmiştir. Hükümlülerin mazeret izni taleplerinin reddi halinde kanun yolu 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu m.4/2’nin açık düzenlemesine göre infaz hâkimlikleridir.

Tutuklulara mazeret izni verilebilmesi imkânının 2011 yılından sonra yapılan kanun değişiklikleriyle kademeli olarak getirildiği hatırd tutulacak olursa, 2001 yılında yasalâşan 4675 sayılı Kanunda özel bir tercihte bulunulduğundan söz edilemez. Bununla birlikte, 696 sayılı KHK ile Kanunun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişikliğe kadar, kanun koyucunun soruşturma ve kovuşturma sürecindeki mazeret izni kararları bakımından

¹³⁵ Schemkamper v. France, par. 37-44; kararın ayrıntısı için bkz: 47 no’lu dipnot.

öngördüğü usule (karar merciine) ilişkin tercihin, bu tür taleplerin reddi durumunda başvurulacak kanun yolu belirlenirken de dikkate alınması mantık gereği idi.

İzin talebinin esası hakkında karar verilirken, “soruşturma veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca bulunmaması” gibi muhakeme sürecine özgü koşulların da değerlendirilmesi zorunlu olduğuna göre, kanun yolu incelemesinin muhakeme sürecini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun öngördüğü sistem bütünlüğü içinde yapılmasının en başta pratik faydaları bulunuyordu. Bu çerçevede, ret kararlarına karşı itiraz yolunun işletilebileceği düşünülebilirse de 5271 sayılı Kanunun mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesini “kanunun gösterdiği hâller”le sınırlayan 267. madde hükmü, temel bir engel olarak karşımıza çıkıyordu. Kovuşturmayı yürüten mahkemece 5275 sayılı Kanunun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre verilen kararlara karşı “kanunun gösterdiği” bir itiraz imkânı bulunmuyordu; böyle bir özel itiraz mekanizması hâlihazırda da bulunmamaktadır.¹³⁶

Soruşturma sürecinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar söz konusu olduğunda, sorun daha belirgin bir hâl almaktaydı. 5271 sayılı Kanunda, soruşturma ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar (m. 158/6, 172/1, 173) ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarına (m.171/2) karşı suçtan zarar görenin itiraz hakkı dışında¹³⁷, Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı bir itiraz usulü öngörülmemiştir.

Kanaatimizce, tutukluların mazeret izni taleplerinin reddi kararlarına karşı kanun yolu belirlenmesi bakımından, ceza muhakemesi hukukunda sınırlı yasallık ilkesinden söz eden yazarların¹³⁸ temel hak ve özgürlükleri kısıtlamadığı sürece kıyas yapılabilmesine imkân tanıyan görüşleri doğrultusunda çözüm imkânı bulunabilirdi.¹³⁹ Ancak izin talebi reddedilen tutuklunun etkili kanun

¹³⁶ Uygulamada bu kararları kanun yolu kapalı olarak veren mahkemelerin yanı sıra, itiraz kanun yolu açık olarak veren mahkemelere de rastlanabilmekteydi. Makalenin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararlarıyla ilgili bölümünde aktardığımız somut olayda, başvuran, talebinin yargılandığı mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine itiraz kanun yoluna başvurmuş, itiraz mercii de konuyu esastan değerlendirmiştir.

¹³⁷ Kanunun “Gözaltı” kenar başlıklı 91. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı” hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla sulh ceza hâkimine başvuru imkânı da itiraza benzetilebilir.

¹³⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.50.

¹³⁹ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesine göre verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararları ve bu kararlara bağlı olarak yine Cumhuriyet savcıları tarafından verilen denetimli serbestlik ve tedavi kararlarına karşı “kanunen” itiraz hakları bulunmayan şüpheliler, uygulamadaki lehe yorumla suçtan zarar görenin erteleme kararlarına karşı itiraz hakkından kıyasen yararlandırılmaktadır.

yoluna başvuru hakkının, uygulamanın takdirine bırakılması anlamına gelen böylesi bir çözüm, AİHM'nin gözettiği etkili başvuru (AİHS m.13) güvencesini karşılamayacaktı. Aynı sorun, taleplerinin hangi merci tarafından karara bağlanacağı konusunda da belirsizlik bulunan, uygulamada kendilerine hükümsüzlü (hükmen tutuklu) denilen tutuklular hakkında da ortaya çıkabilecek nitelikteydi.

Tutukluların mazeret izinleriyle ilgili karar merciini yeniden belirleyen 696 sayılı KHK değişiklikleri sonrasında, tartışma bu boyutuyla sona ermiş bulunmaktadır. Esasen düzenlemenin, izni taleplerinin reddi halinde başvurulabilecek kanun yolunu da açıkça işaret edecek şekilde yapılması yerinde bir tercih olurdu. Bu noktada, hükümlüler için 4675 sayılı Kanunla kabul edilen şikâyet ve itiraz yolunun kıyasen tutuklular için de işletilip işletilemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir.

5275 sayılı Kanun'un 94. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki izin başvurularıyla ilgili "Cumhuriyet Başsavcısı" veya "Cumhuriyet Başsavcılığı" kararlarına karşı, 4675 sayılı Kanun'daki usule göre, işlemin öğrenilmesinden itibaren 15 gün ve herhalde 30 gün içinde (m.5/1) infaz hâkimliğine şikâyet başvurusu yapılabilecek, infaz hâkiminin en geç bir hafta içinde dosya üzerinden vereceği (m.6/2) karara karşı da ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraz yoluna başvurulabilecektir (m.6/5). Bu kanun yolu (başvuru) imkânını kıyasen tutuklulara da kullanılmak dışında hukukî ve pratik bir çözüm bulunmamaktadır.

Son olarak, iznin kullanılmasının Adalet Bakanlığı'nın onayına bağlı olduğu 94. maddenin ilk fıkrasındaki -hastalık veya felaket sebebine bağlı olarak hükümlülere kullanılan- refakatsiz mazeret izinleri bakımından kanun yollarına başvurunun özellik arz ettiği kuşkusuzdur. İdari işlem niteliğindeki bu kararlara karşı kanun yolu başvurularında, idari yargı yolunun görevine istisna getirilebilmesinin hukukî bir dayanağı bulunmayacaktır.

SONUÇ

Hakkındaki bir tutuklama veya infazı gereken bir mahkûmiyet kararı nedeniyle hürriyeti kısıtlanan kişilerin, yakınlarının ağır derecedeki hastalığı veya vefatları hâlinde kullanabildikleri mazeret izinleri, infazın insancillaştırılması yönündeki güçlü eğilime bağlı olarak, günümüzde temel bir hak olarak görülmektedir. Bu temel haktan yararlanılabilmesi bazı koşul ve kısıtlamalara bağlanabilirse de, salt tutukluluk veya hükümlülük olgusu bir kısıtlamaya gidilmesinin hukukî dayanağı olarak kabul görmemektedir. AİHM içtihatları konuyu "aile hayatına saygı hakkı"nın güvenceye bağlayan Sözleşmenin 8. maddesi temelinde değerlendirmekte; BM Asgari Standart Kuralları, Avrupa Cezaevi Kuralları gibi uluslararası belgeler, mahpusların

ağır hasta olan yakınlarını cezaevi ortamı dışında ziyaret etme, ölümleri hâlinde cenaze törenlerine katılmalarına imkân tanınmasının önemine dikkat çekmektedir.

Mazeret izinlerinin değinilen özel önemine karşın, 5275 sayılı Kanunun yürürlük bulan ilk hâlinde konu oldukça dar kapsamda, sadece hükümlülerin katı şartlara bağlı olarak yararlanabildiği bir tür ayrıcalık olarak düzenlenmişti. Ölümcül hastalığı bulunan yakınların refakat altında ziyareti imkânına -hükümlüler için bile- hiçbir şekilde yer verilmemiş; ölüm hâlindeki refakatli izinler ise cenaze töreninin infaz kurumunun bulunduğu yerde yapılması koşuluna bağlı tutulmuştu. Yüksek güvenlikli infaz kurumunda bulunan hükümlüler, keza istisnasız biçimde tüm tutuklular kapsam dışındaydı.

Mazeret izinlerinin infaz sürecinde hükümlülere tanınan katı koşullara bağlı bir “ayrıcalık” olmaktan çıkarılarak, tutukluları da kapsama dâhil eden bir “hak” perspektifi içinde yorumlanıp, yasal çerçevenin buna uygun biçimde reforme edilmesi 2011 yılına dek mümkün olmamıştır. Bu tarihten sonra gerçekleştirilen kanun değişiklikleri, kapsamın genişletilmesi ve şartların kolaylaştırılması sonuçlarına bağlı olarak bu izinleri, daha fazla sayıda hükümlü ve tutuklunun yararlanabildiği bir “hak”ka dönüştürmüştür.

Yaklaşık iki yıla sığdırılan dört ayrı kanun değişikliğiyle sağlanan bu hızlı yasal/yapısal dönüşümün sebep ve amilleri, kamuoyunda Ergenekon, Balyoz gibi isimlerle anılan davalarda aranmalıdır. Şurası muhakkaktır ki duruşma salonlarında başlayıp gazete manşetlerinde devam eden bu yargılamalardan toplumun dikkatine yansıyan “trajik insan hikâyeleri” olmasaydı, mevzuatımızdaki yapısal sorunların, siyaset kurumunu çözüm bulmaya sevk edecek derecede görünür hâle gelmesi bu kadar kolay olmayacak, böylece, cezaevlerinin “şöhretsiz misafirleri” de temel bir haktan yararlanabilmek için muhtemel bir ihlâl kararına dek uzunca bir süre beklemek zorunda kalacaklardı.

İzin kapsamını önemli ölçüde genişleten bu düzenlemeler, tesirini, izinden yararlanan hükümlü ve tutuklu sayılarındaki artışla göstermiştir. 2011 yılının Nisan ayında yürürlük bulan ilk değişikliğin ardından yıl içinde mazeret izninden yararlanan hükümlü ve tutuklu sayısı 109 olarak gerçekleşmiş, bu rakam 2012 yılında 464’e, 2013 yılında 1013’e çıkmış, 2014 yılında ise 361 olarak gerçekleşmiştir.¹⁴⁰ Değişiklik öncesinde mazeret izinlerinden yararlanan hükümlü ve tutuklu sayılarının 2010 yılında 23, 2009 yılında 9 ve 2008 yılında ise sadece 12 olduğunu bu noktada not ediyoruz.

¹⁴⁰ Resmî rakamlar, Adalet Bakanı Bekir Bozdağ’ın İstanbul Milletvekili Mahmut Tanal’ın 7/39550 Esas numaralı yazılı soru önergesine verdiği 26.8.2014 tarihli cevap ekindeki tablodan alınmıştır.

Sözünü ettiğimiz yasal değişikliklerin ardından, mazeret izinlerini düzenleyen mevzuat hükümlerimizin uluslararası standartlarla büyük ölçüde uyumlu hâle geldiğini söyleyebiliriz. Ancak, mevcut yasal çerçevenin iyileştirme ihtiyacı gösteren bazı boşluk ve belirsizlikleri de bulunmaktadır. Bu hususları maddeler hâlinde şöyle sıralayabiliriz:

En önemli sorun, tutukluların mazeret izni taleplerinin merciince (infaz kurumunun bulunduğu yer C.Başsavcılığı) reddi halinde başvurulabilecek kanun yolunun belirsizliğidir. Tutuklulara izin verme yetkisini, soruşturma ve kovuşturma mercilerinden alarak infaz kurumunun bağlı olduğu C. Başsavcılığına veren 696 sayılı KHK ile getirilen düzenleme sonrasında bu belirsizlik hafifletilmiş ancak bütünüyle giderilmemiştir. Kanun yoluyla ilgili 5275 sayılı Kanununun 116. maddesinde özel bir düzenleme yer almadığı gibi, 4675 sayılı Kanunda da açık bir hüküm yoktur. Uygulamanın bu sorunu, kıyas yoluyla çözmesi beklenebilir. Kanunun lafzi ve dar yorumu halinde tutuklulara başvurabilecekleri bir kanun yolu/itiraz imkânının tanınmadığı yorumu, etkili başvuru hakkının ihlâli anlamına gelebilecektir.

24/12/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK ile 5275 sayılı Kanununun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklikle, tutukluların mazeret izinleriyle ilgili karar mercii “Cumhuriyet Başsavcılığı” olarak değiştirilirken, karar merciinin izin talebine “onay” işlemi “infaz kurumunun en üst amirinin teklifi”ne bağlanmıştır. Hükümlülerin refakatli mazeret izinleri (md. 96/2), talep üzerine doğrudan Cumhuriyet Başsavcısı tarafından karara bağlanırken, tutuklular için kurum amirinin önerisinin aranması izin müessesesinin bütünlüğünü bozan gerekçesiz bir ayrıntı olarak öne çıkmaktadır. Yine bu son düzenleme sonrasında, “soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca oluşturmama” şartının, soruşturma veya kovuşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme dışında, infaz kurumunun bağlı olduğu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ne şekilde değerlendirileceği bir belirsizlik oluşturmaktadır.

Gözaltında bulunan şüphelilerin mazeret izinlerinden yararlanabilmeleri yönünde mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada örneğine çok fazla rastlanma ihtimali bulunmamakla birlikte, gözaltında tutulduğu kolluk merkezine çok yakın bir yerde düzenlenen annesinin cenazesine katılma imkânı kendisine tanınmayan bir başvuruyla ilgili olarak AİHM’ nin verdiği ihlâl kararı¹⁴¹ dikkatle değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda soruşturma organının esnek davranması ile konunun çözüme kavuşturulması zor değildir. Cumhuriyet savcılığı gözaltı süresini de dikkate alarak somut olayda şüphelinin kolluk gözetiminde cenaze törenine katılması

¹⁴¹ Csasz v. Hungary, 21.10.2014, App. No: 14447/11

veya yakın akrabasına hasta ziyaretinde bulunmasını sağlayabilir. Bunun için özel bir yasal düzenleme yapmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak, kanun değişiklikleri karşısında güncelliğini ve pek çok noktada uygulanma ihtimalini yitiren Tüzüğün ilgili hükümlerinin yeniden ele alınmasında zorunluluk bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü, Türk İnfaz Hukuku ve İnfaz Yargılaması, Ankara 2012.

Aumüller, Alexander M., “Dealing with dangerous offenders through preventive sentencing: a comparison of Germany and England and Wales”, Publikationsreihe des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover, Band 1, (Frühjahr 2013).

Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y. 2008, S.1-2, s.461-492.

Avcı, Mustafa, Hukuk Tarihimizde Hapis, Ankara 2014.

Balcıoğlu, İbrahim, Şiddet ve Toplum, İstanbul 2001.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015.

Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2008.

Dönmezer, Sulhi, “Teröristlerin Rehabilitasyonu”, İÜHFD, C. 51, S.1-4 (1985): 10.

Düinkel, Frieder/Snacken, Sonja, Strafvollzug im europaeischen Vergleich; Probleme, Praxis und Perspektiven, in. ZfStrVo, 4/2001.

Ed., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları (Ankara, Avrupa Konseyi Y, 2011).

Erdoğan, Oktay, İnfaz Hukuku, İstanbul 2008.

Hoebel, E. Adamson, The Law of Primitive Man (USA: Harvard University Press, 2006).

Karakaş Doğan, Fatma, Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı-Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi-İzinler-Eş Ziyareti, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.8, S.23, Aralık 2013, s.61 (53-70).

Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hakkına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Almanya: Avrupa Konseyi Y.2001.

Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, Würzburg 2010.

Maghan, Jess, “Dangerous Inmates: Maximum Security Incarceration In The State Prison Systems of the United States”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 4, No. 1, 1999, p. 1-12.

Özbek, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2013.

Slobogin, Christopher, “Preventive Detention in Europe and the United States”, <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/sloboginravennapaper.pdf>.

Şahin, Cumhuri, “Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2001.

Toroslu, Haluk, *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010.

Walter, Michael, *Strafvollzug*, Köln 1999.

Yumak, Semih, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 17, Nisan 2014.

Yakışır, Berivan, *Türkiye’de Tutuklu ve Hükümlülerin Yeniden Sosyalleştirilmesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Yıldız, Sinem, *Hükümlülerde Tehlikelilik ve Tekrar Suç İşlemeye Etki Eden Faktörler*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul 2009.

Yücel, Mustafa Tören, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB Yayını, Ankara 2007.

Elektronik Kaynaklar

www.anayasa.gov.tr.

hudoc.echr.coe.int.

www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BJNR005810976.html.

<https://www.unodc.org>.

<https://www.tbmm.gov.tr>.

<https://wcd.coe.int>.

<http://www.correctiveservices.qld.gov.au>.

<http://www.milliyet.com.tr>.

İŞVERENİN İŞ KAZASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Legal Liability of Employer from Occupational Accidents

Doç. Dr. İştar CENGİZ¹

Geliş Tarihi: 22.12.2017

Kabul Tarihi: 12.03.2018

ÖZET

Meydana gelen ve maluliyetle ya da ölümle sonuçlanan bir iş kazası ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli konu bulunmaktadır: İş kazalarının önlenmesine yönelik faaliyetler ve iş kazalarından kaynaklanan zararların tazmini. Devlet tarafından işverene bu anlamda (önleme ve tazmin) kanuni düzenlemelerle yüklenmiş sorumluluklar bulunmaktadır. Bu kapsamda işverene devlet tarafından yüklenen bu sorumluluğun kaynağı Anayasa'dır. Anayasa'da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak devlete üç önemli ödev yüklenmiştir: Bunlar; mevzuat oluşturma, teşkilat kurma ve denetim yapma ödevleridir.

Anahtar Kelimeler: İş Kazası, Sorumluluk, Hukuki Sorumluluk, İşverenin Hukuki Sorumluluğu.

ABSTRACT

There are two significant topics related to occupational accident which happened and resulted in with disability or death: Activities to prevent occupational accidents and compensation of damage related occupational accidents. There are liabilities put by legal regulations legislated by state in this sense(prevention and compensation). In this context source of assignment of state to assign liabilities is Constitution. Constitution assigns three liabilities concerning occupational health and safety: These are; lawmaking, organization and conduction of inspection.

Keywords: Occupational accidents, liability, legal liability, legal liability of employer

Giriş

Tarihsel süreç içerisinde sanayileşme ile birlikte, özellikle emek yoğun çalışan işçilerin sağlık ve güvenlik içinde çalışmalarının sağlanması ve sürdürülmesi meselesi en önemli sorunlardan birisi olmuştur.

Ülkemizde de yaşanan iş kazalarının sayıları oldukça dikkat çekicidir. İş kazalarının meydana gelmeden önce önlenmesi büyük önem arz etmektedir ve bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği açısından işin düzenlenmesi çerçevesinde işverenlere önemli yükümlülükler getirilmiş bulunmaktadır. Ancak bir toplumda iş kazalarının önlenmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü sadece işverenlere ait değildir, devletin ve sendikaların da görevleri bulunmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu verilerine göre; iş kazaları sonucunda her gün 3-4 işçi hayatını kaybederken 6-7 işçi ise sürekli iş göremez hale gelmektedir. Elbette ki bu rakamlara, SGK verilerine yansımayan kayıt dışı işçiler de eklendiğinde oldukça ciddi bir tablo karşımıza çıkmaktadır.

¹ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, istarcengiz@hotmail.com

İş kazalarının yol açtığı maddi ve manevi olumsuzluklar, işçi ve işvereni doğrudan etkilemektedir. Mevzuatımız iş sağlığı ve güvenliği bağlamında işverenlere çeşitli yükümlülükler getirmektedir. İşverenler iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak her türlü önlemi almakla yükümlü iken, işçiler de işverenler tarafından alınmış olan tedbirlere uymakla yükümlüdür.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu, işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan başlıca yükümlülüklerinden birisidir. Çalışmamızda, işverenin gözetme borcu ve bu çerçevede hukuki sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Ş 1. İşverenin Gözetme Borcu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) aynı tarihte yürürlükten kalkmıştır (TBK m.647, 648). Türk Borçlar Kanunu ikinci kısım, altıncı bölüm, birinci ayırımında bulunan “İşverenin borçları” başlığının, “İşçinin kişiliğinin korunması” alt başlığında üç madde bulunmaktadır. Söz konusu 417, 418 ve 419. maddelerin madde başlıkları sırasıyla “Genel olarak”, “Ev düzeni içinde çalışmada” ve “Kişisel verilerin kullanılmasında” şeklindedir.

Mülga Borçlar Kanunu’nun 332. maddesinin karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu madde 417, lafzı, barındırdığı fıkra sayısı, hükme bağladığı hususlar ve içerdiği kavramlar bakımından kapsamlı değişiklikler getiren bir norm olarak Türk pozitif hukukuna girmiş bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesine göre; “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

TBK m.417 genel olarak işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen bir hükümdür². İşverenin işçiyi koruma borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem

² Çelik & Caniklioğlu & Canbolat, 2016: 175; Narmanlioğlu, 2014: 245; Kaplan, 2003: 137vd.; Süzek, 2017: 418vd.; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 170-171; Ekonomi, 1987: 154; Narmanlioğlu, 2012: 321; Centel, 1994: 162-163; Kaplan, 2017: 163vd.

alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konulur ve işçinin sadakat borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir. Evleviyet kuralı gereği işverenin korumakla yükümlü olduğu değerlere hukuka aykırı müdahaleden kendisinin de kaçınması gerekmektedir (TBK m.417/l)³.

TBK m.417'nin açık anlatımından anlaşılacağı üzere, işverenin işçiyi koruma borcunun işçinin tüm kişilik değerlerinin korunmasını içerdiği ve bu borcun pozitif dayanağının bulunduğu, bu dayanağın da TBK m.417/l olduğu noktaları tartışmasız hale gelmiş bulunmaktadır.

İş kazalarının önlenmesinde en büyük faktör; kuşkusuz ki işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne uymasıdır. İşverenin iş güvenliğine ilişkin kurallara uymaması veya tüm önlemlere rağmen iş kazasının gerçekleşmesi halinde, işçi üzerindeki sorumluluğu belirli şartlar altında devam etmektedir. İşverenin bu sorumluluğu, Türk Borçlar Kanununun genel sorumluluk ilkeleri ve iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde ifade edilmiştir. Bu çerçevede 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işverene gözetme borcu gereği önemli yükümlülükler getirmektedir⁴.

Dar ve teknik anlamda gözetme borcu, işçinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verebilecek iş ve işyeri risklerine karşı koruyucu/önleyici önlemleri alma borcu şeklinde tanımlanmaktadır. İşverenin işçiyi gözetme borcu iş sözleşmesinden doğan bir borç olmakla birlikte; İş Kanununda kamu düzenine ilişkin emredici hükümlerde, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri konusunda işverenler için pek çok yükümlülükler öngörülmektedir. İşveren bu yükümlülükleri nedeniyle sadece kendi işçileri için değil aynı zamanda işyerinde bulunan başka işverenlerin işçilerine karşı da⁵ ve hatta işyerinde bulunmakla birlikte işçi olmayanlara (ıracak, stajyer) karşı da sorumludur. Nitekim 6331 sayılı İSGK m.2' de Kanunun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, ıracak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı ngrlmektedir⁶. Bu itibarla iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu bağlamında, gözetme borcunu münhasıran iş sözleşmesinden doğan bir borç olarak tanımlamak yeterli olmayacaktır. Bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü olarak gözetme borcu, edim dışı borç ilişkisi esasında TMK m.2' den doğan bir koruma ykmllđdr⁷.

³ Süzek, 2017: 418vd.; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 170-171; Ekonomi, 1987: 154; Narmanlıoğlu, 2012: 321; Centel, 1994: 162-163

⁴ Süzek, 1985: 243-244; Süzek, 1996 : 20; Tandoğan, 1981: 53-54; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 170-171.

⁵ Caniklioğlu, 2008: 137.

⁶ Ancak 6331 s.k. m.2/2'de bazı faaliyetler ve kişiler Kanunun kapsamı dışında bırakılmışlardır; ayrıca bkz.Ulucan, 1990: 1.

⁷ Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 170-171; enberci, 1984: 701; Centel, 2008: 128-129; Keser, 2006: 46.

§ 2. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşverenin Yükümlülükleri

İşverenin, işçilerin sağlığını korumak ve güvenliğini sağlamak bakımından gözetme borcu genel olarak; önleme, bilgilendirme ve eğitim şeklinde yükümlülüklerden oluşur. Türk Hukuku'nda da 6331 sayılı İSGK hükümleri dikkate alındığında, işverenin iş sağlığı ve güvenliği bakımından yükümlülüklerini esas itibariyle beş grupta toplamak mümkündür. Ancak bu beş ana yükümlülük yanında başka yükümlülükler de bulunmaktadır.⁸

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun temel yaklaşımı önlemedir. Bu bağlamda İSGK m.10/1 ile işverene, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak yükümlülüğü getirilmiştir.

6098 sayılı TBK. m.417'ye göre işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdürler. Bu hüküm çerçevesinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün geniş ve mutlak bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Gerçekten de İş Kanunu bakımından işverenin alması gereken önlemler, BK. md.332'deki gibi "hakkaniyet dairesinde" kendisinden beklenilecek önlemler değil, iş sağlığı ve güvenliği için gerekli olan önlemlerdir ve bu önlemler, bilimin, tekniğin, tecrübenin vardığı noktaya göre işverenden beklenir. İşveren, mevzuatta öngörülmemekle beraber bilim ve teknik ile ilgili gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Yargıtay'a göre; işçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır⁹.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre işçiler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü oldukları gibi (m.19, TBK m.417/II), işverenler de işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak zorundadırlar (6631 sayılı Kanun m.4/ I, b). İşverenler, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli önlemler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermekle yükümlüdür. 6331 sayılı İSGK'nda çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi iki ayrı madde halinde düzenlenmiştir (m.16, m.17).

İş sağlığı ve güvenliği konularında, korumanın süjesini oluşturan işçilerin görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması da etkili bir önleme ve

⁸ Süzek, 2017: 429; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 366vd.

⁹ Y10HD, 23.2.2010, 17190/4177; Y10HD, 20.09.2010, 4985/11673; YHGK,20.03.2013, 21-1121/386; Caniklioğlu, 2012: 38.

koruma için son derece önemlidir. Bu nedenle İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.18'de çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması düzenlenmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz beş ana yükümlülük yanında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından işverenlere başkaca yükümlülükler de getirmiştir.

İSGK m.11'e göre işveren; çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanları ile evre şartlarını dikkate alarak, meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirleyerek, bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alacaktır.

İSGK m.12'ye göre; ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir. Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez. İşveren, alışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça, yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz.

İSGK m.14'e göre; işveren; bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutar, gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenler. İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlar ile ilgili raporları düzenler. İşveren, İş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde, sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimde bulunur.

İSGK m.15'e göre; işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar.

İşverenin, İş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışının idari, hukuki ve cezai yaptırımları bulunmaktadır. Yükümlülüklerine uymayan işveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 26. maddesi hükmündeki idari yaptırımlarla karşılaşabileceği gibi, iş kazası sonucunda ölüm veya yaralanma meydana

gelmesi durumunda TBK hükümlerine göre hukuki sorumluluğu ve TCK hükümleri gereğince, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarından cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

§ 3. İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu

1. Genel Olarak İş Kazası ve Meslek Hastalığı

Hukuk teorisinde aniden ve istenilmeden bir zararın doğumuna neden olan sebepler bütününe geniş anlamda kaza adı verilir. Vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm ile birlikte eşyaya gelen zararlar da geniş anlamda kaza kavramı içinde değerlendirilmektedir. Dar anlamda kaza ise, sadece vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm hallerini içerir. İş Kazası da dar anlamda kaza kavramı içinde değerlendirilmektedir ve Türk Hukuk Siteminde dar anlamda kazanın oluşabilmesi çeşitli unsurların varlığına bağlanmıştır: • Dışarıdan gelen bir olay • Olayın ani olması • Olayın istenilmemesi • Olayla sonuç arasında bir nedenselliğin (illiyet bağının) olması • Olay sonucunda vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi.

Hukukumuzda iş kazası kavramı ise öncelikle öğreti ve yargı kararları ile tanımlanmaya çalışılmıştır. Öğretiye göre iş kazası¹⁰; işçinin, işverenin hakimiyeti altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya dolayısıyla dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarardır. Bu tanım bize Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazasını anlatmaktadır ve işverenin işçiye karşı sorumluluğunu belirlemektedir. Oysa Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından iş kazası 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde; yasada açıklanan hal ve durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay olarak tanımlanmış olup, sigortalı işçiye sosyal sigorta yardımlarının yapılmasını belirlemektedir. 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde; *"İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) Bu*

¹⁰ GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, CANIKLIOĞLU, Nurşen (2012). Sosyal Güvenlik Hukuku (14), İstanbul, Beta Yayınları, s.320; EREN, Fikret (1974). Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.10; TUNCA, A.Can, EKMEKÇİ, Ömer (2013). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (16), İstanbul, Beta Yayınları, s.75; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, Zübeyde (2010). İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar (1), İstanbul, Beta Yayınevi, s.13.

Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Madde hükmünün devamında işverenin iş kazasını bildirme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; “... İş kazasının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; a) (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde, b) (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı bakımından kendisi tarafından, bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde, c) (Mülga: 17/4/2008-5754/8 md.) (Değişik paragraf: 17/4/2008-5754/8 md.) iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu fıkranın (a) bendinde belirtilen süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Kuruma bildirilen olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir karara varılabilmesi için gerektiğinde, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla soruşturma yapılabilir. Bu soruşturma sonunda yazılı olarak bildirilen hususların gerçeğe uymadığı ve olayın iş kazası olmadığı anlaşılırsa, Kurumca bu olay için yersiz olarak yapılmış bulunan ödemeler, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan, 96 ncı madde hükmüne göre tahsil edilir.”. Bu ifade ile kavramın tanımlanmasından öte genel bir çerçeve çizilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin koruyucu nitelikte önlemleri almamış; bu alandaki yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması, tehlikeli durum yaratmakla birlikte, bir zarara yol açmadığı sürece sadece idari yaptırımların uygulanmasına yol açar¹¹.

İşverenin hukuki sorumluluğu, sadece iş sağlığı ve güvenliği alanıyla sınırlı bir kavram değildir; aynı zamanda gözetme borcuna aykırı davranması sonucu zarara uğrayan işçiye veya hak sahiplerine karşı tazminat sorumluluğu anlamına da gelir ve bu bağlamda sözleşmeden doğan sorumluluk niteliğindedir. Ortaya çıkan zarar, iş kazası veya meslek hastalığı olarak tanımlanamıyorsa bu durumda işveren, işçiye veya hak sahiplerine karşı gözetme borcu kapsamında genel hükümlere göre sorumlu olur. O halde, iş kazası veya meslek hastalığı bakımından kural olarak işverenin hukuki sorumluluğundan

¹¹ Mollamahmutoğlu & Astarlı & Baysal, 2014.

bahsedilemeyeceği, zararın, Özel Hukuk dışında Sosyal Sigorta mevzuatı esaslarına göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması durumu söz konusu olacaktır. Ancak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesindeki koşullar oluşmuşsa (iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir hareketi sonucu oluşmuşsa), işveren, kuruma karşı genel hukuk ilkelerinden ayrı bir hukuki temeli olan, Sosyal Sigortalar Hukukuna özgü bir sorumluluk esasında sorumlu olacaktır¹² ve Sosyal Güvenlik Kurumunca kendisine karşı açılan davaları ile bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek zorunda kalacaktır¹³.

İşçinin veya ölümu halinde destekten yoksun kalanların, sosyal sigorta tarafından karşılanmayan zararları için, “*Sosyal Sigortalarca karşılanmayan zararların giderilmesi ilkesi*” ne dayanarak işverene başvurabilecekleri kabul edilmiřtir¹⁴.

İşçinin sigortalı olmaması veya sigortalı olmakla birlikte 5510 sayılı Kanunun 79. maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin geçirilmiş olması halinde ise, işçi veya hak sahiplerinin, gözetme borcuna aykırı hareketi nedeniyle maruz kaldıkları zararı, genel hükümlere göre on yıllık zamanaşımı süresi içinde doğrudan işverenden talep etmeleri mümkündür.

2. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

İş hukuku öğretisinde; işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

a. Kusur ve Kusuruz Sorumluluk Görüşleri

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu, kusur sorumluluğu olarak niteleyen görüşler, işverenin sorumluluğunu kusur esasına dayandırmakta ve TBK m.112 (BK. m.96) ve TBK m.417/II, III (BK m.332) hükümleriyle açıklamaktadırlar. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işveren, sözleşmeye aykırı davranmış olur ve kusursuzluğunu kanıtlamadıkça da işçi veya hak sahiplerinin zararını tazmin yükümü altında kalır¹⁵. Bir görüşe göre; işverenin, işçinin işyerinde uğradığı zararlardan dolayı sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk olmayıp hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek önlemleri almasından ibarettir¹⁶. İşverenin sorumluluğunu, aynı esasa göre kusur sorumluluğu olarak değerlendiren bir diğer görüşe göre ise, BK. md.332'nin (TBK m.417/II) işverene hakkaniyet dairesinde işletme

¹² Süzek, 2017: 432-433; Mollamahmutoğlu & Astarlı & Baysal, 2014; Güzel & Okur, 2002: 228.

¹³ Mollamahmutoğlu & Astarlı & Baysal, 2014; Başbuğ, 1992.

¹⁴ Kılıçoğlu, 1997: 36.

¹⁵ Oğuzman, 1969: 337-339; Tekinay, 1968: 91.

¹⁶ Reisoğlu, 1968: 207.

tehlikelerine karşı gereken önlemleri alma görevi yükleyen düzenlemesi Kanunda yer almamış olsaydı bile, işçiyi gözetme borcu iş sözleşmesinin içeriğinden çıkarılabilecek ve buna göre de iş güvenliği önlemlerini almayan işverenin sözleşme sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹⁷. İşverenin sorumluluğunu, akdi kusur sorumluluğu olarak kabul eden bir başka görüş de, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu yönündeki savlara karşılık olarak, 1957 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla BK. md.332'ye eklenen ve işçinin ölümlü halinde hak sahiplerinin uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminatın, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olacağını öngören 2. fıkra hükmünü göstermektedir. Öğretide, 6331 sayılı Kanun m.4 vd. hükümlerine ve bu yasaya uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerine (m.30) aykırı davranış sonucunda ortaya çıkan zararın bir tazmin borcu doğurduğunu, ancak zararın hangi hukuki esaslara göre nasıl tazmin edileceği konusunda bu maddelerde özel bir düzenleme ve yaptırım getirilmediğinden, bu konuda Borçlar Kanununun 112 vd. maddelerine başvurma zorunluluğunun ortaya çıktığını, ve bu hükümlerin kural olarak kusur sorumluluğu esasına dayandığı ifade edilmektedir. Zira Borçlar Kanunu sistemi bu konuda kusursuz sorumluluğu esas almış olsaydı belirli haller için ayrıca tehlike sorumluluğunu öngörme yoluna gitmezdi¹⁸.

İşverenin kusura dayanan sorumluluğunun, akdi sorumluluk yanında haksız fiil sorumluluğu olarak nitelenebileceği de kabul edilmektedir. Zira işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması, kişi varlıklarını doğrudan doğruya korumayı amaçlayan emredici kuralların ihlal edilmesi anlamını taşır; işçi, tazminat talebini TBK m.49 (BK. md.41) ve devamı maddelere de dayandırabileceğinden burada hakların yarışması söze konudur¹⁹.

Kusursuz sorumluluğu savunan yazarların gerekçeleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğunu, bu durumda TMK. m.1 uyarınca hakimın kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir sorumluluk nedeni yaratmaya ve mevcut bir sorumluluk türünü bir başka sorumluluk türüne dönüştürmeye yetkili olduğunu; yargı kararlarında da bu yetkinin kullanılarak işverenin kusursuz sorumluluk esasında sorumlu tutulduğunu; esasen işverenin sorumluluğunu kusur sorumluluğu olarak nitelemenin, İş Hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmayacağını savunmaktadır²⁰. Benzer bir görüş sahibi de, BK. m.332'de kusur ilkesine dayanan bir sorumluluk normunun, iş kazaları ve meslek hastalıklarının yol

¹⁷ Süzek, 1996: 18-19.

¹⁸ Süzek, 2017: 435; Çelik & Caniklioğlı & Canbolat,2016: 312, 314; Süzek, 1985: 209 vd.; Doğan Yenisey, 2014: 48-49, 108-109; Tekinay, 1963: 91; Kaplan, 2017: 178-179.

¹⁹ Süzek, 1996: 28.

²⁰ Eren, 86-89.

açtığı kaçınılmazlık olgusunun, çağdaş teknik gelişmelere paralel olarak çok yoğunlaştığı bir ortamda işverenin sorumluluğunu tesis eden yegane hüküm olarak nitelenmesinin doğru olmayacağı; BK. m.332'ye ilişkin gerçek olmayan kanun boşluğunun hakim tarafından, işverenin kusuruna değinmeksizin genel bir düzenleme niteliği taşıyan 1475 sayılı İş Kanunu m.73 (4857 sayılı İş Kanunu m.77) ile tamamlanması ve düzeltilmesi gerekeceği kanaatiyle kusursuz sorumluluk türü olarak tehlike sorumluluğunu tercih etmektedir²¹. Bu konuda gerçek olmayan bir kanun boşluğu kanaatinde olan bir görüş de işverenin sorumluluğunun, BK. md.332'ye (TBK m.417/II) göre hakkaniyet esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğu yönündedir. Bu görüşe göre BK m.332'de "hakkaniyet" ölçüsü işveren tarafından alınması gereken tedbirler bakımından değil, sorumluluğu bakımından getirilmiş bir ölçüdür²². Kusursuz sorumluluk taraftarı olmakla birlikte kanun boşluğu görüşüne katılmayan kimi görüş sahipleri, iş mevzuatı ve özellikle İş Kanununun ilgili hükümleri yönünden soruna yaklaşıldığında işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu görüşündedir. Bu yöndeki bir görüşe göre yine de hukuki durum açık değildir²³. Bir başka görüşe göre ise; İş Kanununun işverene yüklediği önlem alma ödevinin kapsam ve sınırını tayin için İş K. md.73'te (yeni İş K. md.77) açıklık bulunduğundan BK. md.332/f.1'e başvuramaz²⁴. Kusursuz sorumluluğu tercih eden diğer bir görüş ise; Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde sosyal güvenlik kurumlarına yeterli kaynak aktarılamadığı; bu durumda zararı sosyal güvenlik kurumlarınca giderilemeyen işçinin asıl sorumluya başvurması zaruretinin doğacağı, asıl sorumlunun sorumluluğunu da sınırlandırmanın adalete uygun düşmeyeceği, düşüncesiyle kusur sorumluluğuna karşı çıkmaktadır²⁵.

b. Tehlike Esasına Bağlanan Sorumluluk Halleri

6098 sayılı TBK hukukumuzda ilk defa kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğunu özel kanunlar dışında genel hüküm olarak düzenlemiştir. Kanunun 71. maddesine göre, "*Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*" Buna göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar. Bir diğer ifadeyle, tehlike sorumluluğuna bağlanan tipik tehlike ile ortaya çıkan zarar arasında

²¹ Gürsoy, 1974: 195-196.

²² Hatemi, No.2.

²³ Tunçomağ, 1982: 347.

²⁴ Çenberci, 1984: 701.

²⁵ Kılıçoğlu, 1997: 52.

uygun illiyet bağı bulunmaktaysa bu hüküm kapsamında işletme sahibi ve varsa işletenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tehlike sorumluluğunun konusu olan “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” tabirinden ne anlaşılması gerektiği maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre; *“Bir işletmenin, mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörölmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.”* . Öğretide Gerek; bu kapsama özel kanunlarda düzenlenen tehlikeli işletmeler dışında kalan, yüksek gerilim hatları, baz istasyonları, patlayıcı maddeler üreten işletmeler, maden ocakları, demir çelik fabrikaları, siyanürle altın, gümüş çıkaran işletmeler gibi tehlikeli işletmelerin girdiğini ifade etmektedir²⁶.

şu halde önemle belirtmek gerekir ki; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun tespitinde, öncelikle işyerinin “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir. İşyeri, “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” niteliğindeyse, işveren kusursuz sorumluluk esasına göre zarardan sorumlu olacakken, işyeri bu nitelikte değilse işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu kapsamında belirlenecektir²⁷.

Yargıtay’ın konuya ilişkin ilk kararlarındaki görüşü kusur sorumluluğu yönünde olup, başlangıçta haksız fiil sorumluluğu olarak kabul ederken daha sonra akdi sorumluluk esasını benimsemiş ve nihayet kusur sorumluluğundan ayrılarak tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluğu kabul etmiřtir²⁸. Gerçekten de Yargıtay’ın sonraki kararları tehlike esasında kusursuz sorumluluk olarak yerleşik bir içtihadı yönelđini göstermektedir; bir kararda “... Hukukumuzda asıl olan kusur şartına dayalı sorumluluktur. Ancak teknolojinin gelişmesi ve bu gelişen teknolojinin sanayimize uygulanması sonucu meydana gelen bazı tehlikelerin doğurduğu zararların tazmininde kusur şartının aranması her zaman adaleti ve toplumsal düşüncüyü tatmin etmediğinden doğal hukuk görüşü ile Anayasalarda anlatımını bulan temel hak ve ilkelere yaklaşımı sağlayan tehlike sorumluluğu kuralı geliştirilmiştir” ifadeleri yer almıřtır²⁹. Bununla birlikte Yargıtay’ın kusursuz sorumluluk ilkesinden zaman

²⁶ Gerek, 2011: 34.

²⁷ Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 404-405.

²⁸ Kılıçoğlu, 1997: 43-44.

²⁹ YHGK, 18.3.1986, 1986/9-722, 1987/203.

zaman ayrılarak kusur sorumluluğuna da dayandığı görölmektedir³⁰. Yakın tarihli bir HGK kararında da işverenin hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğu yanında deđerlendirilmiřtir³¹.

Kanaatimizce, işverenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesi, İş Hukukunun amaç ve gereklerine daha uygun düşmekle birlikte, Türk Hukuku'nda bu nitelemeyi haklı kılabacak kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluk, istisnai bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle de kanun hükmü bulunması gerekmektedir. İlgili mevzuata baktığımızda İş Kanununda herhangi bir hüküm bulunmadığını ancak TBK m. 417'de (BK m.332) kusur sorumluluğu esasının benimsendiğini, bu esastan ayrılmasını gerektirecek herhangi bir düzenleme bulunmadığını görüyoruz.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin hukuki sorumluluğu konusunda belirtilen hususlardan farklı şekilde düşünölmesine neden olacak hukuksal bir esas getirmemiştir. İşverenin kusursuz sorumluluğu prensibi sadece 6098 sayılı Kanunun 71. maddesi ile önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetleri için öngörölen tehlike sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Bu düzenleme de bize kusursuz sorumluluk hallerinin mevzuatımızda istisna olduğunu ve ancak kanunla belirlenebileceğini göstermektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında gösterdiği kusurun her derecesinden sorumludur. İşverenin bu kusurunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte göre hareket edilmelidir.

3. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı

a. Maddi Tazminat

İşçi, işverenin gözetme borcuna aykırı bir şekilde ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle meydana gelen iş kazası dolayısıyla uğradığı bedensel zararlarının tazmini talep edebilir. Maddi tazminat talebinin dayanağı, TBK m.54 (BK. md.46/f.1) hükmüdür. TBK m.54'te bedensel zarar başlığı altında tedavi giderlerinin, kazanç kaybının, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların özellikle bedensel zararlardan olduğu belirtilmektedir³². İşçinin hak kazanacağı maddi tazminat miktarı, ortaya çıkan zarar miktarı ile sınırlıdır. Zira işçinin ve diğer kişilerin iş kazasından önceki ekonomik duruma getirilmesi amaçlanmaktadır³³.

³⁰ YHGK, 18.3.1986, E.1986/9-722, K.1987/203.

³¹ YHGK 3.2.2010, 21-36/6.

³² Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 403, 405; Süzek, 2017: 447-448.

³³ Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 405; Süzek, 2017: 447vd.

Çalışma gücünün kaybıyla birlikte işçinin ekonomik geleceği tehlikeye düşer³⁴. TBK m.54 (BK. md.46/f.1) hükmüne dayanarak işçi; iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybından doğan zararı ile ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararını ve tedavi masraflarını talep edebilecektir. Ancak sigortalı işçinin tedavisi 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlandığından tedavi masrafları, sigortalı işçinin talep ettiği tazminat kalemleri arasında yer almaz. Bununla birlikte bu kalem içinde kalıp da Sosyal Sigortalar tarafından karşılanmayan zararını isteyebilir³⁵.

Tazminat miktarı belirlenirken işçinin geliri, yani giydirilmiş ücretin neti, sosyal sigorta mevzuatı hükümlerine göre saptanan maluliyet oranı, işverenin kusuru, işçinin müterafik kusuru, sürekli maluliyet halinde, yargı kararlarında 60 yaş olarak kabul edilen bakiye faal ömür süresi ile bakiye muhtemel ömür süresi, Sosyal Sigorta tarafından sağlanan gelirler gibi kriterler dikkate alınır ve işçinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uygun illiyet içinde kalmak kaydıyla, malvarlığındaki gelir kayıpları tazmin edilir. Sürekli maluliyet halinde tazminat hesaplanırken iki devre; bilinen devre, yani olay tarihi ile hüküm tarihi arasında zararın somut olarak belirlenebildiği devre ile bilinmeyen devre, yani, bilinen devre sonu ile bakiye muhtemel ömür süresi arasındaki zararın bir takım varsayımlara göre belirlendiği devre farklı tekniklere göre tazmin edilir. Bilinmeyen devre, işçinin bakiye faal ömür süresi ile bakiye muhtemel ömür süresi de kendi arasında farklı esas ve tekniklere göre tazmin edilir. Yargıtay'a göre de; iş kazası veya meslek hastalığı meslekte kazanma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesi nedeniyle açılan tazminat davalarında, hakim; kural olarak zarar ve tazminata ilişkin tüm verileri, ezcümle; cismani zarara uğrayan işçinin net gelirini, bakiye ömrünü ve işgörebilirlik çağını, işgöremezlik derecesini, karşılık kusur oranını, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan peşin sermaye değerini vs. eksiksiz belirlemek zorundadır. Tazminatın miktarı, olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından ibarettir³⁶.

b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş kazasına maruz kalan işçinin ölümü halinde, hayattayken geçimini sağladığı kişiler (destekten yoksun kalanlar) TBK m.53 ve m.55 (BK. m.45/f.2) hükümlerine dayanarak işverenden "destekten yoksun kalma tazminatı" adı verilen bir tazminat talebinde bulunabilirler³⁷.

³⁴ Ekmekçi, 1996: 95.

³⁵ Süzek, 2017: 449vd. ; Süzek, 1996: 27-28; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 405.

³⁶ Y21HD, 21.11.1997, 7308/144.

³⁷ ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsoy, 1972: 143-197.

Bu fıkra hükmünde, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirilemeyeceği öngörülmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.21’de işverene ve üçüncü kişilere iş kazası ve meslek hastalıkları nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu koşulları belirtilmekte olup, rücu tazmini talep edilebilecek ödemeler sigortalıya ve hak sahiplerine 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamından oluşmaktadır. Kanuna göre Kurumun rücu tazminat hakkı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlıdır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, Yargıtay tarafından “...yoksun kalanlarla ölenin yaşayabilecekleri muhtemel süre içinde ölenin çalışıp kazanabileceği süredeki kazancı tutarından davacılar ayırıp ileride yapabileceği yardımın tutarının peşin ve toptan ödenmesinden ibaret...”³⁸ maddi bir tazminat olarak tanımlanmıştır.

Ölenin “destek” olarak kabul edilebilmesi için, geride kalanın veya kalanların geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde fiilen, düzenli ve sürekli olarak onlara yardım etmesi, olayların akışına göre ölüm vuku bulmasaydı az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olması, bu yönde bir beklentinin mevcudiyeti yeterlidir. Tazminatı talep edebilecekler, yani; “destekten yoksun kalanlar”, işçinin sağlığında fiilen ve devamlı yardım etmek suretiyle geçimlerini temin ettiği kişilerdir (Anne, baba, kardeş, eş ve çocuklar). Desteklenenlerin, desteğin mirasçısı veya kanunen ya da sözleşmeden ötürü bakmakla yükümlü olduğu kişiler olması şart değildir; imam nikahlı eşler, nişanlılar ya da birlikte yaşayanlar da, yekdiğerinin destekten yoksun kalanı kabul edilebilir³⁹ Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi, desteğin, yani ölen işçinin bakım gücünün olması ve desteklenenin de bakım ihtiyacı içinde bulunması koşuluna bağlıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı ile desteklenenin tazminini talep ettiği zarar, ölüm vuku bulmasaydı desteğin sağlayacağı varsayılan bakım giderlerinin toplamından ibarettir. Birden fazla destekten yoksun kalanın bulunması halinde, toplam destek miktarının bunlar arasında bölüştürülerek destek paylarının saptanması, yani; ölüm olmasaydı işçinin gelirinin ne kadarını ne miktarda hak sahipleri arasında paylaşacağı belirlenmesi gerekir ki, uygulamada paylar, miras payları ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuattaki paylaşım oranları dikkate alınarak saptanmaktadır. Tazminatın hesabında ölen işçinin net geliri,

³⁸ Y4HD, 30.5.1965, 11420/488.

³⁹ Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 406; Seratlı, 2003: 131vd.

bakiye ömrü, iş görebilirlik dönemi, iş görmezlik ve müterafik kusur oranları, desteklenenlerin alacağı pay oranları, sağ kalan eşin evlenme olasılığı, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi veriler dikkate alınır.

c. Manevi Tazminat

İş kazası sonucu cismani zarara uğrayan işçi veya ölümü halinde yakınları, maruz kaldıkları “manevi zarar”ın tazminini talep edebilirler. TBK m.56’da (BK. m.47) hakimin, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği öngörülmektedir⁴⁰.

Türk Borçlar Kanunu (m.56) sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zarar halinde de ölenin yakınları yanında zarar görenin yakınlarına da manevi tazminata hükmedilebileceğini düzenlemiştir. Bir diğer ifadeyle ağır bedensel zarar söz konusuysa, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat ödenmesine karar verilebilir. Gerçekten işçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu uğradığı cismani zarardan yakınlarının derin elem ve üzüntü duyması, şoka girerek ruhen zarara maruz kalmaları halinde manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmek gerekir. Yargıtay’ın da cismani zarara uğrayanın yakınlarının, bu nedenle ruh sağlıklarının ağır bir şekilde bozulmuş olması koşuluyla manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini çeşitli kararlarında kabul ettiği görülmektedir. Bir Hukuk Genel Kurulu kararında, cismani zarara uğrayanın yakınlarının, aynı fiil nedeniyle hukuken korunan ruhsal ve asabi sağlık bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmişse doğrudan doğruya zararın var olduğu; illiyet gerçekleştiğinden manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴¹.

Ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunabilecek yakınları tabiri, ölen işçinin kan veya sıhri hısımlarıyla sınırlı bir kapsama sahip değildir; işçinin yakınları, onunla duygusal yakınlık içinde olanlar da bu tabire dahildir. Ölümün vuku bulmasından derin bir elem ve üzüntü duyabilecek şekilde hayatta iken ölenle ilişkisi bulunan kişi/kişiler, manevi tazminat talebinde bulunabilecek yakınlardır. Burada önemli olan aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır⁴².

Manevi tazminatla karşılanmak istenen “manevi zarar”, cismani zarar sonucu oluşan bedensel ve ruhsal ızdıraplar, duyulan elem ve acılardır. Örneğin, iş kazası veya meslek hastalığına duçar olan işçinin, saçının dökülmesi,

⁴⁰ Süzek, 2017: 465vd.; Mollamahmutoglu & Astarlı & Baysal, 2014 ; Eyrenci & Taşkent & Ulucan, 2017: 406; Bal, 2012, 25vd.

⁴¹ YHGK, 26.4.1995, 122/430.

⁴² Y4HD, 18.10.1973, 10302/8845.

gözünü, burnunu kaybetmesine bağlı olarak, yüzün doğal ifade ve güzelliğini kaybetmesi, çirkinleşmesi halinde duyduğu elem tazmin edilmesi gereken manevi zararı ifade eder. Ölüm halinde manevi tazminat talebi, ölümün, ölenin yakınlarında doğurduğu elem ve acılardır. Burada zarar doğrudan zarar değil, yansıma zarardır ve tazmini de destekten yoksun kalma tazminatı talebi için aranan koşulların varlığına bağlıdır.

Öğretinin baskın görüşüne ve yargı kararlarına göre, manevi tazminat taleplerinin kabulü için iş kazası veya meslek hastalığında işverenin kusurunun bulunması şart değildir⁴³. Ancak bu, manevi tazminatın takdirinde kusurun dikkate alınmayacağı anlamına gelmez; işverenin kusurunun azlığı veya hiç bulunmaması; işçinin müterafik kusuru tazminattan indirim gerektirdiği gibi, olayın tamamen işçinin kusurundan kaynaklanması halinde illiyet kesilmiş olacağından, işverenin sorumluluğu cihetine gidilemez.⁴⁴

Maddi tazminata ilişkin hükümler kıyas yoluyla manevi tazminata da uygulanır. Ancak manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak malvarlığında değil, kişi varlığı değerlerinde bir eksilmeyi ifade ettiğinden, manevi tazminatın miktarını tayinde hakimın takdiri büyük rol oynar. TBK m.56'da (BK. md.47) belirtildiği üzere hakim, *"uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir"*⁴⁵.

SONUÇ

İş kazası kavramı öğreti ve yargı kararları ile tanımlanmaya çalışılmıştır. Öğretiye göre iş kazası; işçinin, işverenin hakimiyeti altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya dolayısıyla dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarardır. Bu tanım bize Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazasını anlatmaktadır ve işverenin işçiye karşı sorumluluğunu belirlemektedir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığı olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 417, lafzı, barındırdığı fıkra sayısı, hükme bağladığı hususlar ve içerdiği kavramlar bakımından farklı bir norm olarak Türk pozitif hukukuna girmiş bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m.417 genel olarak işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen bir hükümdür. İşverenin işçiyi koruma borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılmasıdır; işçinin sadakat borcunun karşısında yer alır.

⁴³ Karahasan, 1989: 593.

⁴⁴ Ulusan, 1990: 186.

⁴⁵ Kılıçoğlu, 1997: 159.

İş kazalarının önlenmesinde en büyük faktör kuşkusuz ki işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne uymasıdır. İşverenin iş güvenliğine ilişkin kurallara uymaması veyahut da tüm önlemlere rağmen iş kazasının gerçekleşmesi halinde işçi üzerindeki sorumluluğu belirli şartlar altında devam etmektedir.

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, işverene işçiyi gözetme yükümlülüğü getirilmiştir. İşverenin İş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışının idari, hukuki ve cezai yaptırımları bulunmaktadır. Yükümlülüklerine uymayan işveren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 26. maddesi hükmündeki idari yaptırımlarla karşılaşabileceği gibi, iş kazası sonucunda ölüm veya yaralanma meydana gelmesi durumunda TBK hükümlerine göre hukuki sorumluluğu ve TCK hükümleri gereğince taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarından cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

İşverenin, işçilerin sağlığını korumak ve güvenliğini sağlamak bakımından gözetme borcu genel olarak önleme, bilgilendirme ve eğitme şeklinde yükümlülüklerden oluşur. Türk Hukuku'nda da 6331 sayılı İSGK hükümleri dikkate alındığında işverenin iş sağlığı ve güvenliği bakımından yükümlülüklerini esas itibariyle beş grupta toplamak mümkündür. Ancak bu beş ana yükümlülük yanında başka yükümlülükler de bulunmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren ve/veya vekilinin koruyucu/önleyici nitelikte önlemleri almamış; bu alandaki yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması, tehlikeli durum yaratmakla birlikte gerçekleşip bir zarara yol açmadığı sürece sadece idari yaptırımlarla karşılaşmalarına yol açar ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında bir sorun olarak kalır.

İş hukuku öğretisinde işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Kanaatimizce, işverenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesi İş Hukukunun amaç ve gereklerine daha uygun düşmekle birlikte Türk Hukukunda bu nitelemeyi haklı kılacak kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluk, istisnai bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle de kanun hükmü bulunması gerekmektedir. İlgili mevzuata baktığımızda İş Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmadığını ancak TBK m. 417'de (BK m.332) kusur sorumluluğu esasının benimsendiğini, bu esastan ayrılmasını gerektirecek herhangi bir düzenleme bulunmadığını görüyoruz.

KAYNAKÇA

- Bal, Ö.** (2012). *Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Talebinde Taraflar*, Sicil, Haziran 2012, S.25.
- Başboğa Şahbaz, Z.** (2010). İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar. İstanbul. Beta Yayınevi.
- Başbuğ A.** (1992). *Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücuu*, Ankara.
- Caniklioğlu, N.** (2008). *Geçici İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, İstanbul: Legal Yayınları.
- Caniklioğlu, N.** (2012). *6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri*, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul: Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası.
- Çelik, N. & Caniklioğlu, N. & Canbolat, T.** (2016). *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 29. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- Centel, T.** (1994). *İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.1*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Centel, T.** (2008). *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul: Beta Yayınları.
- Çenberci, M.** (1984). *İş Kanunu Şerhi*, Ankara: Olgaç Matbaası.
- Ekmekçi, Ö.** (1996). *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları*, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu 1996 yılı Toplantısında sunulan tebliğ.
- Doğan Yenisey, K.** (2014). *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul.
- Ekonomi, M.** (1987). *İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku*, İstanbul: İTÜ Yay. No.18. s.24, Aralık.
- Eren, F.** (1974). Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara.
- Eyrenci, Ö. & Taşkent, S. & Ulucan, D.** (2017), *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul.
- Gürsoy, K. T.** (1974). *İşverenin Sorumluluğu*, AÜHF Mecmuası, C.31, S.1-4.
- Gürsoy, K. T.** (1972). *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, AÜHF Mecmuası, C.29, S.1.
- Güzel, A./ Okur, A. R./ Caniklioğlu, N.** (2012). *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul. Beta Yayınları.

- Hatemi, H.** *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini*, İHU, İşK.73, No.2.
- Kaplan, E. T.** (2003). «*İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı*», Kamu-İş, Prof.Dr. Kamil Turan'a Armağan, C.7, S.2, 2003.
- Kaplan, E. T.** (2017). *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, İstanbul.
- Karahasan, M. R.** (1989) *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 2.Cilt.
- Keser, L.** (2006). *İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, M.** (1997). *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü.** (2012). *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř.
- Narmanlıoğlu, Ü.** (2014). *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř.
- Oğuzman, K.** (1969). *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu*, İÜHF Mecmuası, C.34, S.1-4.
- Reisoğlu, S.** (1968). *Hizmet Akdi*, Ankara.
- Seratlı, G.B.** (2003). *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Ankara.
- Süzek, S.** (2017). *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř.
- Süzek, S.** (1985). *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara.
- Süzek, S.** (1996). "Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat", İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Süzek S.** (1996). *Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu*, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul: , Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 yılı Toplantısında sunulan tebliğ.
- Tandoğan, H.** (1981). *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tekinay S. S.** (1963). *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, İstanbul.

- Tekinay S. S.** (1968). *İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.3.
- Tuncay A.C.** *İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş kazasından Sorumluluğu*, İHU, SSK, 11, No.2.
- Tuncay, A.C./ Ekmekçi, Ö.** (2013). *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul. Beta Yayınları.
- Tunçmağ K.** (1982). *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, İstanbul.
- Uluslan, İ.** (1990). *İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Üçışık, F.** (1996). *Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 yılı Toplantısı.

VERGİ İCRA HUKUKUNDA ACİZ HALİ

Insolvency in Tax Execution Law

Doç. Dr. Recep NARTER¹, Arş. Gör. Abdullah ARIKAN²

Geliş Tarihi: 03.01.2018

Kabul Tarihi: 12.02.2018

ÖZET

Kamu borcunu vadesinde ödemeyen borçlu hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 54. maddesinde öngörülen cebren tahsil yollarına başvurulmasına rağmen kamu alacağı kısmen veya tamamen tahsil edilememiş olabilir. Bu durum esasen borçlunun aciz hali içerisinde bulunduğunu göstermektedir. Genel icra hukukunda olduğu üzere vergi icra hukukunda da borcu ortadan kaldırmayan aciz hali bir belgeye bağlanarak tespit olunur ve hem alacaklı hem de borçlu açısından birtakım sonuçlar meydana getirir. Kamu alacaklarının kısmen veya tamamen tahsil edilememesinin sonucu olarak aciz hali; biri haciz yoluyla takipte, diğeri ise iflas yoluyla takipte olmak üzere iki ihtimalde ortaya çıkmaktadır. Her iki takip yolunda ortaya çıkan aciz hali düzenlendikleri kanun, tespit edilecekleri makam ve doğrudukları sonuçlar itibarıyla birbirinden farklılık arz etmektedir. Bunun nedeni, haciz yoluyla takibin alacaklı tahsil dairelerinde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde yürütülüyor olmasına karşılık, iflas yoluyla takibin iflas organlarının (özellikle iflas idaresi) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde yürütülüyor olmasıdır. Bu çerçevede çalışmada vergi icra hukuku bağlamında kamu borçlusunun aciz hali ikili bir ayrım içerisinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi İcra Hukuku, Aciz Hali, Aciz Fişi, Haciz Yoluyla Takip, İflas Yoluyla Takip.

ABSTRACT

Public debts may not be partially or completely collected even though the debtor who can not pay the debts in public debts has been applied to forced collection methods provided for in Article 54 of Law No: 6183 Procedure Law on Collection of Public Claims. This situation shows that the debtor is in fact insolvency. As it is in general execution law, it is determined by attaching a proof of insolvency which does not remove from the borrowing in the tax execution law and brings some results in terms of both the creditor and the debtor. Inability to collect public claims partly or completely; one appears to be followed by enforcement proceeding and the other by bankruptcy procedure. The insolvency that emerged on both procedures differs from each other in terms of the law in which they are organized, position to be detected and the outcomes they produce. The reason for this is that the bankruptcy procedure is carried out through bankruptcy organs (especially bankruptcy administration) under the Law No: 2004 Execution and Bankruptcy Code, the enforcement proceeding is carried out through claimant revenue service under the Procedure Law on Collection of Public Claims. In this framework, the insolvency of public debts in the context of tax execution law is examined in a dual distinction.

Keywords: Tax Execution Law, Insolvency, Proof of Insolvency, Enforcement Proceeding, Bankruptcy Procedure.

¹ Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, rnarter@ktu.edu.tr

² Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, abduallah.arikan@ktu.edu.tr

GİRİŞ

Kamu hukuku ilişkisinden doğan ve kapsamı 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) ile tespit olunan kamu alacaklarının, ödeme süresinin son günü olan vade tarihinde ödenmemesinin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, vade tarihini izleyen günden itibaren ödenmemiş alacak kısmına AATUHK'un 51. maddesi uyarınca gecikme zammı uygulanması; diğeri ise, bu alacakların tahsili için AATUHK'un 54. maddesinde gösterilen cebren tahsil yollarına başvurulmasıdır³. Cebren tahsil yolları anılan maddede şu şekilde sayılmıştır:

1. Kamu borcu teminat altına alınmış ise, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi,
2. Kamu borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi,
3. Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi.

Alacaklı tahsil dairesi bu yollara başvurmasına rağmen, kamu alacağı kısmen veya tamamen tahsil edilememiş olabilir. Böyle bir durum esasen, kamu borçlusunun ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu⁴ göstermektedir. Diğer bir ifadeyle borçlunun borcunu ödeyememe hali⁵, aciz haline işaret etmektedir. Borçlunun aciz halinde olması genel icra hukukunda olduğu üzere vergi icra hukukunda da borcu ortadan kaldırmamaktadır. Kanunda belirtilen hallerin varlığı durumunda tahsil edilemeyen alacak kısmı için aciz fişi⁶ düzenlenir ve böylece aciz hali tespit edilmiş olur. Düzenlenen aciz fişinin hem alacaklı hem de borçlu bakımından birtakım sonuçları bulunmaktadır.

Vergi icra hukukunda aciz hali müessesesini haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali ve iflas yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. Zira her iki cebren tahsil yolunda aciz hali farklı makamlarca tespit edilmekte ve birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibinde ise bunlar dışında farklı bir aciz hali

³ Mualla Öncel - Ahmet Kumrulu - Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.127-129.

⁴ Yılmaz Özbacı, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s.745.

⁵ Selçuk Öztekin, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s.10.

⁶ AATUHK'da **aciz fişi** terimi kullanılmakta iken, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nda **borç ödemeden aciz vesikası** terimine yer verilmiştir. Her iki belge de esasen benzer mahiyette olup, borçlunun borcunu ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu göstermektedir. Genel icra hukukundaki borç ödemeden aciz vesikası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Talih Uyar, "Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 70, 2007.

ortaya çıkmaz. Nitekim AATUHK'un 56. maddesine göre, karşılığında teminat gösterilmiş bulunan kamu alacağı vadesinde ödenmediği takdirde, borcun on beş gün içinde ödenmesi, aksi takdirde teminatın paraya çevrileceği yahut diğer cebren tahsil yollarına başvurularak takibe devam edileceği borçluya yazı (ödemeye davet yazısı) ile bildirilir. On beş günlük süre içerisinde borç ödenmediği takdirde, teminat AATUHK hükümleri uyarınca paraya çevrilerek kamu alacağı tahsil edilmeye çalışılır. Ancak alacaklı tahsil dairesi teminatı paraya çevirmesine rağmen alacağını tam olarak tahsil edememişse, diğer cebren tahsil yollarına başvurmak durumunda kalır. Ya da maddi teminat yerine şahsi kefalet gösterilmiş ve alacak kefinden istenmesine rağmen tahsil edilememişse tahsil dairesinin asıl borçlu hakkında diğer cebren tahsil yollarına başvurmak dışında başka bir seçeneği kalmamaktadır. Dolayısıyla belirtilen hallerde tahsil dairesi borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takibe başvuracağından, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibinde yukarıda belirtilen aciz halleri dışında, farklı bir aciz hali ortaya çıkmaz. Dolayısıyla aşağıda ilk olarak haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali, daha sonra ise iflas yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali incelenecektir.

1. Haciz Yoluyla Takipte Ortaya Çıkan Aciz Hali

Haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali, AATUHK'un 75. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yapılan takip sonunda borçlunun haczedilebilir herhangi bir malı bulunmaması ya da bulunmasına rağmen bu nitelikteki malların paraya çevrilmesi sonucu elde edilen satış bedelinin mevcut borcu karşılamaması hallerinde borçlu aciz halinde sayılır. Yürütülen takip aşamaları sonucunda kalan borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tespit olunur.

Maddenin lafzından borçlunun iki ihtimalde aciz halinde sayılacağı sonucu çıkmaktadır. Bunlardan ilki, haczedilebilir herhangi bir malın bulunmamasıdır. Hangi malların haczedilemeyeceği, diğer bir ifadeyle haczi kabil olmayan mallar AATUHK'un 70. maddesinde on üç bent halinde tek tek sayılmıştır. Bunun yanı sıra, bazı kanunlarda bazı mal ve alacakların haczedilemeyeceği ayrıca hüküm altına alınmıştır. Örneğin, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin ilk fıkrası uyarınca emekli aylıkları bunları alan kimselerin onayı olmadan haczedilemez⁷. Bu doğrultuda borçlunun bahsi geçen düzenlemelerde belirtilen nitelikte mal ve alacakları bulursa dahi bunların haczi mümkün olmadığı için bunlar dışında kalan başka mal ya da alacakları da bulunmuyorsa haczi kabil herhangi bir malının bulunmadığı söylenebilir. Eğer borçlunun haczi kabil herhangi bir malı yoksa bu durumu tespit eden

⁷ Adnan Gerçek, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s.253-255.

haciz tutanağı aciz fişi hükmündedir. Aciz haline bağlanan hüküm ve sonuçlar bu nitelikteki haciz tutanağının düzenlendiği tarihte doğacaktır. Bu bakımdan ayrı bir aciz fişi düzenlenmeye gerek yoktur⁸. Borçlunun aciz halinde sayılacağı diğer hal ise, haczedilebilir nitelikteki malların paraya çevrilmesinden sağlanan bedel ile kamu alacağının karşılanmamasıdır. Bu iki durum aynı zamanda genel icra hukukunda kesin aciz vesikası (İİK md. 143; md. 105/1) verilecek halleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla vergi icra hukukundaki aciz fişi genel icra hukukundaki kesin aciz vesikasına denk düşmektedir.

Öte yandan genel icra hukukundaki geçici aciz vesikası (İİK md. 105/2) düzenlenmesini gerektiren “paraya çevirme işlemi henüz tamamlanmadan haczi kabil mallara biçilen değer alacağı karşılamayacağı anlaşılmaması” halinde aciz fişi düzenleneceği yolunda bir hükme AATUHK’da yer verilmemiştir. Bununla birlikte doktrinde çoğunluğu teşkil eden bazı yazarlar⁹, özellikle takip konusu kamu alacağının toplam tutarı ile hacizli malın takdir edilen değeri arasında açık bir orantısızlık varsa, bu durumda da kamu borçlusunun aciz halinde sayılması gerektiği görüşünü ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda, borçlunun borcuna yetmeyeceği aşikâr bir miktar malı tespit edilmişse, satış işlemini beklemeye gerek olmaksızın aciz halinde sayılması gerektiği kabul edilmek lazım gelir ki; aciz halinin sabit olması ile gecikme zammı uygulaması sona erecek (AATUHK md. 52/1) ve borç, teminat ve tecil faizi aranmaksızın ertelenebilecektir (AATUHK md. 76/1). Ayrıca meseleyi böyle yorumlamanın hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerine uygun düşen amaca uygun bir yorum olacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık bazı yazarlar¹⁰ ise, haczedilen

⁸ Kemal Aykaç, Açıklamalı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğler, Kardeş Matbaası, Ankara, 1974, s.247-248; Özbacı, a.g.e., s.746; M. Cengiz Ünlü, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.701-702; Genel icra hukukunda da borçlunun haczi kabil malının bulunmaması durumunda icra memurunun düzenleyeceği haciz tutanağı borç ödemedi aciz vesikası yerine geçer. Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.748-749.

⁹ Özbacı, a.g.e., s.745; Edip Şimşek, Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi Uygulama ve İçtihatlar, Yeniden Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996, s. 733; Ünlü, a.g.e., s.702; Nilgün Serim, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da Aciz Hali ve Aczin Neticeleri”, Vergi Dünyası, Sayı: 335, Temmuz 2009, s.171; Kazım Yılmaz, Açıklama ve Örnek Yargı Kararları İle 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, İstanbul, 2015, s.754-755; Mahmut Coşkun, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.778-779.

¹⁰ Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013, s.445; Celalettin Akçataş, “Faiz ve Gecikme Zammı Uygulamasında Aciz Vesikasının Rolü”, E - Yaklaşım, Sayı: 227, Kasım 2011, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=13328>, (Erişim Tarihi: 12.11.2017).

malın AATUHK'un 81. ve 91. maddeleri uyarınca takdir edilen değerinin kamu alacağını karşılayamayacağı anlaşılrsa dahi bu malın satışı gerçekleştirilmeden borçlunun aciz halinde sayılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedirler.

Biz ise, yukarıda yer verdiğimiz görüşlerden ikincisinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Hemen belirtelim ki, borçlunun hacizli mallarına biçilen değer daha başlangıçta kamu alacağını karşılayamayacağı anlaşılması durumunda aciz halinde sayılması gerektiği şeklindeki kabulün; amaçsal yorumun sınırları dâhilinde bir yorum olmaktan öteye taşarak kıyas yoluna başvurulmak suretiyle kanunilik ilkesini zedeleyen bir boyuta kavuştuğu söylenebilir¹¹. Zira hem borçlu hem de alacaklı lehine olduğu ve amaca uygunluğu ifade edilen söz konusu yorumla birlikte, genel icra hukukunda o kanunun düzenleme alanında gerekli ve makul olan geçici aciz vesikası verilmesi gereken hal, adeta 75. madde bünyesine ithal olunmakta yani taşınmaktadır. Kaldı ki AATUHK'un 75. maddesinin lafzı açıktır ve lafzın açık olduğu hallerde diğer yorum yöntemlerine 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun 3. maddesinin A bendinin 2. fıkrası¹² uyarınca başvurulmaması kanunun açık ifadesinin gereğidir¹³.

Ayrıca şunu da eklemek gerekir ki, bu yorum tarzı ile varılan sonuç; gecikme zammı uygulamasının sona erecek olması ve teminat ile tecil faizi istenmeden borcun tecil edilmesi imkânının söz konusu olması yönlerinden alacaklı ve borçlu açısından lehe olduğu kabul edilse dahi, kanuni temsilcilerin daha erken bir aşamada takip edilmelerine yol açabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Bilindiği üzere, vergi kanunlarında kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen iki temel hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki, VUK'un 10.

¹¹ Vergi hukukunda kıyas yolu ile boşluk doldurulması, verginin kanuniliği ilkesi ile hukuk devletinin hukuki güvenlik ilkesine ters düşer. Bkz. Öncel - Kumrulu - Çağan, a.g.e., s.29.

¹² *"Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır."*

¹³ *"Vergi hukukunda amaçsal yorum yöntemine başvurulurken çok dikkatli olmak gerekir... Ancak yorum yapılırken yasanın metninden sapılmamalıdır; aksi halde vergi hukukunun temel ilkelerine aykırı, istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilir."* Bkz. Öncel - Kumrulu - Çağan, a.g.e., s.21-22; *"Vuk'un 3. maddesinde "vergi kanunları lafzı...ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde..." ifadesine yer verilmiş olması, kanun koyucunun vergi kanunlarının yorumlanmasında öncelikle sözel yoruma başvurulması ve bu yorum yönteminin yeterli gelmediği durumda diğerlerine geçilmesi gerektiğini göstermektedir."* Bkz. Doğan Şenyüz - Mehmet Yüce - Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2015, s.59; *"...Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere kanunun ruhuna gitmek, kanunun lafzının açık olmaması halinde mümkündür."* Bkz. Danıştay 7. Daire, 13.11.1984 tarih, 509/1718 sayılı karar (Ercan Sarıcaoğlu, Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.43.)

maddesi¹⁴; diğeri ise, AATUHK'un mükerrer 35. maddesi¹⁵dir. VUK'un 10. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluğun kapsamına vergi ve buna bağlı alacaklar girmektedir. Vergi alacakları ifadesi ile VUK'un kapsamına giren, yani VUK'un 1. maddesinde belirtilen vergi, resim, harçlar ile bunların aynı nitelikteki zamları kastedilmekte iken¹⁶; vergiye bağlı alacaklar ile vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük sayılmayan, ancak bunlar olmaksızın varlığı söz konusu olmayan diğere alacaklar kastedilmektedir. Örneğin gecikme faizi (VUK md. 112), gecikme zammı (AATUHK md. 51) ve tecil faizi (AATUHK md. 48) bu nitelikte vergiye bağlı alacaklardandır¹⁷. Ayrıca eklemek gerekir ki, VUK'un 333. maddesinin 2. fıkrasıyla, 10. maddeye yapılan atıf dolayısıyla, tüzel kişiler adına kesilen vergi ziyai cezası (VUK md. 344), usulsüzlük cezası (VUK md. 352) ile özel usulsüzlük cezası da (VUK md. 353; md. 355; mükerrer md. 355) bu kapsama dâhildir. AATUHK'un mükerrer 35. maddesinin 6. fıkrasının¹⁸, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 19.3.2015 tarih ve 144/29 sayılı karar ile iptal edilmesiyle, vergi ve buna bağlı alacaklar için kanuni temsilcilerin sorumluluğu bakımından VUK'un 10. maddesinin; bunlar dışında kalan kamu alacakları için ise, AATUHK'un mükerrer 35. maddesinin uygulanacağı hususu

¹⁴ "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz."

¹⁵ "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz. Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler."

¹⁶ VUK'un 2. maddesinde, gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimlerin VUK'un kapsamına girmediği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple, bu alacaklar VUK'un 10. maddesinde düzenlenen sorumluluğun kapsamına girmeyip, AATUHK'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenen sorumluluğun kapsamına girmektedirler.

¹⁷ Turgut Candan, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.83-92.

¹⁸ "Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz."

açıklık kazanmıştır¹⁹. Bu nedenle, asıl borçlunun vergi ve buna bağlı borçları bakımından kanuni temsilcilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için VUK'un 10. maddesindeki şartların, diğer kamu borçları bakımından kanuni temsilcilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için ise, AATUHK'un mükerrer 35. maddesindeki şartın gerçekleşmiş olması gerekir.

Bu bağlamda VUK'un 10. maddesi, kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından iki şartın varlığını aramaktadır. Bunlardan ilki, vergi ve buna bağlı alacakların asıl borçlunun mal varlığından kısmen veya tamamen alınamamış olması; diğer bir deyişle, vergi ve buna bağlı alacağın asıl borçlunun mal varlığından tahsil imkânının kalmamış olması gereğidir. Burada kastedilen alacaklı tahsil dairesinin, asıl borçluya karşı, AATUHK'un 54. maddesinde yer alan cebren tahsil yollarından, gerekiyorsa tamamına başvurmuş olmasına rağmen sonuç alamamış olmasıdır²⁰. Bu noktada, alacaklı vergi dairesinin haciz yoluyla takibe başvurması halinde vergi ve buna bağlı alacağın asıl borçlunun mal varlığından tahsil imkânının kalmadığı acaba ne zaman söylenebilecektir? Bu soruya verilecek yanıt, kanuni temsilcilerin takip edilebilecekleri zamanı belirleyecektir. Ayrıca şu husus da ilave edilebilir ki, kanuni temsilcinin takip edilebilmesi için asıl borçlu bakımından yürütülen takip sürecinin tamamlanmasını müteakip, vergi ve buna bağlı alacağın tahsil edilemediğinin aciz fişi ile belgelenmesi gerekir²¹. Yahut aciz fişi düzenlenmese dahi en azından aciz halini meydana getiren durumların mevcudiyeti aranmalıdır. Kanuni düzenlemenin gereği olan ikinci şart ise, vergi ve buna bağlı alacağın asıl borçlunun mal varlığından alınamaması halinin kanuni temsilcinin, asıl borçlunun vergi ile ilgili ödevlerini yerine getirmemesi yüzünden meydana gelmiş olmasıdır.

AATUHK ise mükerrer 35. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından yalnızca bir şarta yer vermiş bulunmaktadır. Bu da,

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Recep Narter, "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35'inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme", Vergi Dünyası, Sayı: 410, Ekim 2015, s.129.

²⁰ Candan, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, s.94; "... Bu çerçevede, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yukarıda anılan maddesine göre, kanuni temsilci sıfatıyla ilgili kişilerin takip edilebilmesi için, vergi borcunun usulüne uygun bir biçimde tarh, tahakkuk, tebliğ safhalarından geçerek borcun kesinleştirilmesi, vergi borçlusuna hakkında tüm takip yollarının tüketilmesi ve amme alacağının vergi borçlusundan kısmen veya tamamen tahsil imkânının bulunmadığının somut bir biçimde ortaya konulması, 6183 sayılı Kanun ile belirlenen takip yollarının tüketilmesi gerekmektedir..." Danıştay 3. Daire, 10.12.2015 tarih, 2843/16055 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 13.11.2017).

²¹ İrfan Barlass, Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.70.

kamu alacağıının asıl borçlunun mal varlığından kısmen veya tamamen tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halidir. Dolayısıyla, bu iki ihtimalden birinin gerçekleştiği durumda alacaklı tahsil dairesi, tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağı için kanuni temsilcileri takip edebilir. Öte yandan “*Kanundaki Terimler*” başlığını taşıyan AATUHK’un 3. maddesinde tahsil edilemeyen kamu alacağıının, “*Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını*”; tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağıının ise, “*Amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağıının veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranılan amme alacağıının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını*” ifade edeceği belirtilmiştir²².

Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, VUK’un 10. maddesinde ifade edilen “alınamama” kavramı ile AATUHK’un mükerrer 35. maddesinde yer verilen “tahsil edilememe” kavramı aynı anlama gelmektedir. “Tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması” ifadesi ise, yukarıda zikredilen her iki kavramın da isabet ettiği aşamadan daha önceki bir aşamaya tekabül etmektedir. Haciz yoluyla takipler açısından bakıldığında “alınamama” yahut “tahsil edilememe” asıl borçlunun aciz halinde olduğu aşamayı; “tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması” ise asıl borçlunun haczedilen mallarına biçilen değer kamu alacağını karşılamayacağıının anlaşılmasına denk düşmektedir. Bu bakımdan aciz haline giren ihtimaller “alınamama” ile “tahsil edilememe” kavramlarıyla örtüşmekte, “tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması” ise genel icra hukukundaki geçici aciz vesikası verilmesi gereken duruma karşılık gelmektedir. Buradan hareketle bir kez daha ifade edelim ki, AATUHK’un 75. maddesinde düzenlenen aciz hali kavramının içeriğinin genişletilmesinin, “alınamama”/“tahsil edilememe” ile “tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması” kavramları ayrımını lüzumsuz veya en azından etkisiz hale getireceği, ayrıca kanunun sistematığıne uygun düşmeyeceği gerekçesiyle, borçlunun aciz halinde sayılması gereken durumların genişletilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

²² Dikkat edilirse, aciz halini meydana getiren durumlar ile “tahsil edilememe” kavramına ilişkin verilen tanım birbiri ile örtüşmektedir.

1.1. Aciz Halinin Sonuçları

Aciz halinin sonuçları “*Aczin neticeleri*” başlıklı AATUHK’un 76. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca aciz halinin sabit olması durumunda, gecikme zammı uygulamasının sona ereceğini hüküm altına alan AATUHK’un 52. maddesinin ilk fıkrası da aciz haline bağlanan önemli bir sonuçtur.

AATUHK’un 76. maddesinin ilk fıkrasına göre, aciz halindeki borçlu hakkında teminat ve tecil faizi aranmadan AATUHK’un 48. maddesinde düzenlenen tecil müessesesi tatbik olunabilir. Fıkranın sonunda “*tatbik olunabilir*” ibaresine yer verildiği için, aciz halinin varlığı durumunda alacaklı kamu idaresinin tecil müessesesini uygulamak zorunda olmadığı, diğer bir ifadeyle bu konuda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır²³. Ayrıca Maliye idaresinin bu konudaki görüşü²⁴; aciz halinde olduğu tespit edilen borçlu hakkında teminat ve tecil faizi aranmadan tecil müessesesinin uygulanabilmesi için borçlunun bu istemi içeren bir talebine ihtiyaç bulunduğu yönündedir.

Bu doğrultuda bir düzenleme esasen hem kamu alacaklısı hem de kamu borçlusu lehinedir. Nitekim kanun tasarısı ve gerekçesinde²⁵ de belirtildiği üzere, “*...aciz halinde olanlardan hüsnüniyet sahiplerine karşı tatbik edilebilmek üzere idareye teminatsız olarak ve faiz aranmadan borcun tecili yetkisini vermektedir. Bu suretle muamele görenler, alacakları tecil müsaadesi üzerine takibata uğramadan bir iş tutmak ve ileride borçlarını da ödemek imkânına kavuşacaklardır.*”

Alacaklı kamu idaresi aciz halinde bulunan borçlunun tecil talebini kabul etmişse, tecil şartlarına uygun davranıldığı sürece borçlu hakkında cebri icra işlemleri yapılamaz. Bu bakımdan borçlu taksitleri zamanında ödemek kaydıyla icra takibinden kurtulmuş olmaktadır²⁶. Bu durumun bir

²³ Özbalcı, a.g.e., s.747; Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s.445-446.

²⁴ Seri: A, Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği (30.6.2007 tarih ve 26568 sayılı Resmi Gazete).

²⁵ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi Kanun Tasarısı ve Komisyon Raporları, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/teker/teker/6183/cilt_3_6183_sayili_kanun.pdf, s.786-787, (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

²⁶ Özbalcı, a.g.e., s.747, 748; Recai Dönmez, Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.79; Selahattin Tuncer, “Vergi Hukuku Açısından Tecil ve Taksitlendirme”, Yaklaşım, Sayı: 162, Haziran 2006, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=6633>, (Erişim Tarihi: 15.11.2017); Yılmaz, Açıklama ve Örnek Yargı Kararları İle 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması, s.757; Gerçek, a.g.e., s.102, 112; “*Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 48. maddesine göre tecil, infisahı (bozucu) şarta bağlı olarak cebri icra işlemlerini durdurucu bir özellik taşır. Tecil koşullarına kamu borçlusu uyarınca cebri takip işleri hangi aşamada olursa olsun yapılamaz.*” Bkz. Zeynep Arıkan, “Vergi Borçlarında Tecil”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Prof. Dr. Salih Turhan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4565, İstanbul, 2005, s.20.

sonucu olarak, borçlunun tecil süresi içerisinde edindiği mal varlıkları da haczedilemeyecektir²⁷. Ancak hemen belirtelim ki, AATUHK'un 61. maddesi uyarınca verilen mal bildiriminde, malı olmadığını gösteren ya da borca yetecek kadar mal göstermemiş olan borçlular, sonradan edindikleri malları ve gelirlerindeki artmaları, edinme ve artma tarihinden başlayarak on beş gün içinde tahsil dairesine bildirmek zorundadırlar. Aksi takdirde, AATUHK'un 112. maddesi uyarınca cezalandırılırlar. Bununla birlikte, tecil talebi kabul edilmiş olan ve tecil şartlarına uygun davranan borçlunun sonradan edindiği ve 61. madde uyarınca süresinde tahsil dairesine bildirimde bulunduğu mallara haciz uygulanmaması kanunun amacına, özellikle tecil müessesesinin mantığına daha uygun düşer²⁸. Öte yandan borçlu tecil şartlarına uygun davranmakla birlikte, sonradan edindiği malları tahsil dairesine hiç veya süresinde bildirmez ise bu mallar haczedilebilir mi? Böyle bir durumda, borçlu tecil şartlarına uygun davranmaya devam ettiği sürece, söz gelimi taksitlerini zamanında ödediği için, yalnızca 112. madde uyarınca verilecek ceza ile yetinilmek gerekir.

AATUHK'un 76. maddesinin 2. fıkrasına göre, alacaklı tahsil dairesi aciz halindeki borçlunun mali durumunu zamanaşımı süresi içinde devamlı olarak takip eder. Bilindiği üzere, vergi hukukunda iki temel zamanaşımı düzenlemesi bulunmaktadır. Bunlar tarh (ya da tahakkuk) zamanaşımı ve tahsil zamanaşımıdır. AATUHK'un 76. maddesinde sözü edilen zamanaşımı tahsil zamanaşımıdır. Zira aciz hali vergilendirme sürecinin tahsil aşamasında ortaya çıkar. Tahsil zamanaşımı, AATUHK'un 102 ila 104. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 102. maddeye göre kamu alacakları, vadelerinin rastladıkları takvim yılını takip eden yılın başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezlerse zamanaşımına uğrarlar. Tahsil zamanaşımını kesen hallere 103. maddede, durduran hallere ise 104. maddede yer verilmiştir. Zamanaşımını kesen ve durduran haller arasında, aciz halinin varlığına yahut aciz fişinin düzenlenmesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla aciz halinin kendisi, tahsil zamanaşımını kesen ya da durduran bir neden teşkil etmez. Ancak aciz halinin tespitinden sonra çeşitli nedenlerle tahsil zamanaşımının kesilmesinden söz edilebilir. Örneğin, aciz halindeki borçlunun söz konusu borcunun AATUHK'un

²⁷ Veysi Seviğ, "Vergi Hukukunda "Aciz" Hali", Yaklaşım, Sayı: 179, Kasım 2007, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=8058&arananKey=e-defter>, (Erişim Tarihi: 15.11.2017).

²⁸ Özbacı, a.g.e., s.748; Ünlü, a.g.e., s.703; Serim, a.g.m., s.172; Ancak Seri: A, Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği'nde bu hususta şu ifadeler yer verilmiştir: "Aciz hali tespit edilmiş borçlunun borçları talebi üzerine faiz ve teminat aranmaksızın ertelenebilir. Mükellefin mal edindiğinin tespiti halinde aciz hali ortadan kalkar ve takibat işlemlerine devam edilir... Borçlunun mal edindiğinin saptanması halinde haciz varakalarına istinaden gerekli haciz yapılır. Haczedilen malların değerinin takipli alacağı karşılığının tespiti halinde aciz hali kaldırılır."

48. maddesi çerçevesinde ödeme planına bağlanması²⁹ ya da mal edinmelerini yahut gelirindeki artmaları bildirmesi halinde³⁰ zamanaşımın kesilmesi söz konusu olmaktadır.

Aciz haline bağlanan bir diğer önemli sonuç ise, aciz halinin sabit olması ile birlikte artık gecikme zammının hesaplanmayacak olmasıdır. Gecikme zammı AATUHK'un 51. maddesinde düzenlenmiş fer'i bir kamu alacağıdır. Vadesinde ödenmeyen kamu alacaklarına vade tarihinden ödeme tarihine kadar geçen her ay ve kesirleri için aylık % 1,40 oranında³¹ uygulanmaktadır. Hemen devamı maddede ise, gecikme zammının ne müddetle hesaplanacağı düzenlenmek suretiyle, gecikme zammı hesabını sona erdiren hallere yer verilmiştir. Bu durumda gecikme zammı vade tarihinden söz konusu hallerin gerçekleştiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanacaktır. Bunlardan biri de aciz hali olup, düzenlemede açıkça yer verildiği üzere, aciz halinin "sabit olduğu" güne kadar gecikme zammı uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Hal böyle olunca aciz halinin ne zaman sabit olduğunun tayini de oldukça önem arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak Maliye idaresi görüşünü Seri: A Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği'nde: "6183 sayılı Kanunun 75 inci maddesine göre aciz hali tespit edilen amme borçlusundan aranan amme alacaklarına aciz fişinin tanzim edildiği tarihe kadar (bu tarih hariç) gecikme zammı tatbik edilecek, bu tarihten sonra tatbik edilmeyecektir." şeklinde ortaya koymuştur.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere idare, aciz halinin sabit olması hali ve zamanını aciz fişinin düzenlendiği tarih olarak kabul etmektedir. Böyle bir kabul tarzı da, bazı sakıncaları beraberinde taşımaktadır. Zira uygulamada aciz halinin varlığı sabit olmasına rağmen, tahsil dairelerinin çoğu zaman aciz fişi düzenlemekten kaçındığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak da, aciz hali sübutuna dayanan aciz fişi tanzimi gerektiği halde aciz fişi düzenlenmemek suretiyle gecikme zammı hesaplanmaya devam edilmekte ve borç miktarı kanuna aykırı bir biçimde arttırılmaktadır³². Esasen aciz halinin sabit olması ile aciz fişinin düzenlenmesinin farklı tarihlerde gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, borçlunun hacizli malları paraya çevrilmiş ve satış bedelinin borcu karşılamadığı ancak satış tarihinde anlaşılması olabilir. Gerçekten de satış bedelinin borcu karşılamadığı tarihte, aciz halinin sabit olduğundan söz edilebilir. Hal böyle olmakla birlikte idare, satış tarihi itibarıyla düzenlenmesi gerekli aciz

²⁹ Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s.447.

³⁰ Yılmaz, Açıklama ve Örnek Yargı Kararları İle 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması, s.757-758.

³¹ 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen oran.

³² Seviğ, a.g.m., <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=8058&arananKey=e-defter>, (Erişim Tarihi: 24.11.2017); Kazım Yılmaz, "6183 Sayılı Kanun Uygulamasında Gecikme Zammını Durduran Hallerden Aciz Hali", Yaklaşım, Sayı: 281, Mayıs 2016, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=28580>, (Erişim Tarihi: 24.11.2017).

fişini daha sonraki bir tarihte düzenleyebilir veya hiç düzenlemeyebilir³³. Bu nedenle, borçlunun haczi kabil herhangi bir malının bulunmaması halinde bu durumu gösteren haciz tutanağının (dolayısıyla aciz fişinin) düzenlendiği ya da satışın yapıldığı tarih itibariyle artık aciz hali sabit olacak ve bu tarihten itibaren gecikme zammı hesaplanmaması gerekecektir.

Aciz halinin sabit olması ile uygulaması sona eren gecikme zammı, aciz halinin ortadan kalkması ile birlikte yeniden hesaplanmaya başlanır. Aciz halinin ortadan kalktığı iki ihtimal bulunmaktadır. Birinci ihtimal, borçlunun bu süreçte edindiği malları idareye haber vermesi ve bildirilen malların kamu alacağını karşılayacak değerde olmasıdır. İkinci ihtimal ise, borçlu hakkında tahsil zamanaşımı süresince yapılan takip sırasında alacağı karşılamaya yetecek değerde mal edindiğinin idarece tespit edilmesidir. Her iki ihtimalin de gerçekleştiği durumda, mal edinme tarihinden itibaren (bu tarih dâhil) gecikme zammı işlemeye devam eder³⁴.

Ayrıca aciz halinin tespiti konusunda şu hususa da temas etmek gerekir ki; gecikme zammı uygulamasını sona erdiren aciz halini, sadece AATUHK'un 75. maddesi çerçevesinde ortaya çıkan aciz hali karşılamaktadır. Nitekim idarenin açık görüşü de bu yönde olup, özel alacaklar için normal takip usulü işletilerek İİK çerçevesinde ortaya çıkan aciz hali gecikme zammı uygulamasını sona erdirmez³⁵.

Burada son olarak şunu da ifade edelim ki, aciz fişi düzenlenmek suretiyle aciz halinde bulunduğu tespit edilen borçlu hakkında, tahsil edilememiş alacak dolayısıyla yeniden ödeme emri düzenlenmesine gerek yoktur³⁶. Zira aciz fişi, varlığı sabit bir borcu tartışmasız şekilde ispat eden bir belge mahiyetinde olduğundan, artık aciz fişi ile belgelenen alacak için tahsil dairesi ödeme emri tebliğ etmeksizin doğrudan haciz yoluyla takibe başvurabilecektir.

³³ Kanun'daki ifade "durumun sabit olması", Maliye Bakanlığı'nın uygulaması ise, Kanun'un 75. maddesine göre "aciz fişinin düzenlenmesi"dir. Sabit olmak bir durum, fiş düzenlemek ise bir işlemdir. Kanunda gecikme zammının durması için durum esas alınırken, Maliye Bakanlığı (genellikle kendisi tarafından yapılacak) işlemi esas almaktadır. İşlem "durum"un var olduğuna dair bir belgedir. Durumun meydana gelmesinden ve tespit edilmesinden sonra düzenlenir. Dolayısıyla "durum" ve "işlem" farklı şeyler olduğu gibi farklı zamanlarda meydana gelirler. Doğal olarak da Maliye Bakanlığı'nın gecikme zammının durmasını bağladığı aciz fişinin düzenlenmesi "işlemi" Kanun'un bağladığı "durum"dan sonra gerçekleşir." Bkz. Yılmaz, "6183 Sayılı Kanun Uygulamasında Gecikme Zammını Durduran Hallerden Aciz Hali", <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=28580>, (Erişim Tarihi: 24.11.2017).

³⁴ Bkz. Seri: A Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği.

³⁵ Bkz. Seri: A, Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği; Aksi yönde bkz. Yılmaz, "6183 Sayılı Kanun Uygulamasında Gecikme Zammını Durduran Hallerden Aciz Hali", <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=28580>, (Erişim Tarihi: 24.11.2017).

³⁶ Ünlü, a.g.e., s.703; Şimşek, a.g.e., s.733.

2. İflas Yoluyla Takipte Ortaya Çıkan Aciz Hali³⁷

Kamu alacaklarının iflas yoluyla takibi, AATUHK'un 100. maddesinin ilk fıkrasında yapılan atf nedeniyle İİK'nın bu takibe dair hükümlerine göre yapılmaktadır. Diğer cebren tahsil yollarından farklı olarak burada hem özel alacaklar hem de kamu alacakları iflas organlarınca (özellikle iflas idaresi) tahsil edilmeye çalışılmaktadır. Mahkemece verilen iflas kararı ile birlikte müflis sıfatını kazanan borçlunun, haczi kabil tüm malları iflas alacaklılarının tatmin edilmesi maksadıyla paraya çevrilir. Paraya çevirme sonucu elde edilen bedel belirli bir sıra çerçevesinde alacaklılar arasında paylaşılır. Ancak alacaklılarının tamamı elde edilen bu satış bedeli ile tatmin edilememiş olabilir. Bu durumda alacağı kısmen veya tamamen tahsil edememiş olan alacaklılara borç ödemededen aciz vesikası verilir. Kendisine aciz vesikası verilen alacaklı, özel alacaklı olabileceği gibi kamu alacaklısı da olabilir.

İflas yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali, kamu alacakları da dâhil tüm iflas alacaklarını kapsayacak şekilde İİK'nın 251. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre iflas idaresi, masa mallarının satılması sonucu elde edilen paraları paylaşırken, alacağının tamamını alamamış olan her bir alacaklıya ödenmemiş miktar için aciz vesikası verir. Söz konusu vesikada, müflisin alacağı kabul veya reddettiği yazılır. Nitekim müflisin borcu kabul etmesi halinde, söz konusu vesika, İİK'nın 68. maddesinin ilk fıkrasında yazılı senet mahiyetinde olur. Burada haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz halinden farklı olarak aciz vesikası iflas idaresince düzenlenip kamu alacaklısına verilir.

İİK'nın 251. maddesinin 2. fıkrasına göre aciz vesikası, İİK'nın 196. maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla, İİK'nın 143. maddesinde (İİK uyarınca yapılan haciz yoluyla takiplerde düzenlenen aciz vesikası) yazılı olan hukuki sonuçları doğurur. Ancak iflasın açılması ile birlikte faizlerin işlemeye devam edeceğini düzenleyen 196. madde hükmünün saklı tutulması ile birlikte haciz yoluyla takiplerde düzenlenen aciz vesikasında yazılı alacaklardan farklı olarak (İİK md. 143/4) iflasta düzenlenen aciz vesikasında yazılı alacaklar için faiz işletilecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere AATUHK'un 52. maddesinde ise, aciz halinde bu durumun sabit olduğu tarihten itibaren gecikme zammı uygulamasının sona ereceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, esasen AATUHK'un 75. maddesinde düzenlenen aciz hali için getirilmiş olmakla beraber, iflas tasfiyesi sonucu tespit edilen aciz hali bakımından da geçerli olması gerekir. Nitekim Seri: A, Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği'nde de, iflasın kapanma ile sonuçlanması halinde kamu alacakları için herhangi bir nedenle gecikme zammı uygulanmayacağı

³⁷ Bu başlık altında yapılan açıklamalar Abdullah Arıkan tarafından Doç. Dr. Recep Narter danışmanlığında yazılan "Kamu Alacaklarının İflas Yoluyla Takibi ve İflasın Ertilenmesinin Kamu Alacaklarının Tahsiline Etkisi" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

belirtilmektedir. Dolayısıyla, aciz vesikasında yazılı kamu alacakları için gecikme zammı hesaplanmamalıdır.

İflas tasfiyesi sonucu alacağını tam olarak alamamış olan alacaklının, iflasın kapanmasından sonra aciz vesikasına dayanarak (müflis) borçluya karşı haciz yoluyla takibe girişebilmesi için borçlunun yeni mal iktisap etmiş olması³⁸ gerekmektedir (İİK md. 251/2). Aksi takdirde borçlu, yeni takip üzerine kendisine gönderilen ödeme emrine karşı yeni bir mal iktisabının bulunmadığı itirazında bulunabilir ve İİK'nın 66. maddesinin ilk fıkrası uyarınca bu itiraz ile birlikte takip durur. Alacaklı bu durumda itirazın kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurabilir ve uyuşmazlık icra mahkemesinde genel hükümler ve basit yargılama usulüne göre karara bağlanır (İİK md. 251/2).

Acaba söz konusu bu düzenleme, kamu alacaklısı tarafından yapılacak haciz yoluyla takipler açısından nasıl bir sonuç doğuracaktır? Deynekli'ye göre, İİK'nın 251. maddesinde aciz vesikasına dayanarak yapılan takibe itiraz üzerine takibin duracağı, itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvurulması gerektiği hükme bağlanmış ve kamu alacakları açısından bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten iflas tasfiyesine katılmış ve ödenmeyen alacakları aciz vesikasına bağlanmış alacaklılar arasında ayırım yapmayı haklı kılan bir neden de bulunmamaktadır. Bu sebeple, alacaklı tahsil dairesinin aciz vesikasına dayanarak yapacağı takip İİK hükümlerine tabidir³⁹. Kanaatimize göre borçlunun iflasta düzenlenen aciz vesikasına dayanılsa dahi iflasın kapanmasından sonra tahsil edilememiş kamu alacakları yönünden İİK hükümleri çerçevesinde (haciz yoluyla) takip edilmesi mümkün değildir⁴⁰.

³⁸ Yeni mal iktisabı, müflisin iflasın açılmasından sonra çalışarak şahsi emek ve çabası ile kazandığı aktifinden, iflasın açılmasından sonra doğan pasifinin çıkarılması sonucunda kalan net aktiftir. Bkz. Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.746.

³⁹ Bkz. Adnan Deynekli, İflasın Vergi Alacağına Tahsiline Etkisi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 174-175.

⁴⁰ "Kamu alacaklarının tahsilinde, alacaklı amme idaresinin mahalli tahsil daireleri görevlidir. Bu hususta icra dairelerine görev yüklenmemiştir. Somut olayda, alacak amme alacağıdır. İdarenin söz konusu alacaklarında icra daireleri görevli olmadığından ortada geçerli bir icra takibi yoktur." Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 27.1.2003 tarih ve 767/441 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 28.2.2016); "Somut olayda da imara aykırılığın giderilmesi ve para cezasının ödenmesi yönündeki karar davalıya tebliğ edilmiş, bu işleme karşı davalının idari yargıya başvurusu reddedilerek para cezası alacağı kesinleşmiştir. Davacı Belediye kesinleşen bu alacağını 6183 sayılı yasa kapsamında daha basit ve daha masrafsız şekilde tahsil edebilme imkânı varken Adli Yargı mercilerinde takip ve dava açarak istemde bulunması hukuken himaye görmeyeceği gibi, alacağın esasen idari niteliğini de ortadan kaldırmayacağı için Adli Yargı uyuşmazlığın çözümünde görevli değildir." Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 6.3.2008 tarih ve 505/3731 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 26.11.2017); Bununla birlikte, Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında kamu alacaklısının İİK hükümleri çerçevesinde de haciz yoluyla

Nitekim kamu alacaklarının haciz yoluyla takibi AATUHK'da İİK'dan ayrıca

takibe başvurabileceği, bu konuda seçimlik bir hakka sahip olduğu belirtilmektedir. Bu hususta şu kararlar örnek olarak gösterilebilir: *“Dava; alacak istemine ilişkindir. Davacı İdare vekili, vergi incelemesi sırasında ödenmediği tespit edilen temettülerin 3028 sayılı Kanun uyarınca davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece istem, “davacının 6183 sayılı Kanun’un 54.ve devamı maddelerine göre hareket etmesi gerektiği, anılan kanun hükümleri doğrultusunda davalıya itiraz ve dava hakkı tanınması gerekirken doğrudan mahkememizde alacak davası açılmasının yerinde olmadığı, mahkemenin davaya bakmakta görevli olmadığı, gerekçesi ile dava şartı yokluğundan usulden reddedilmiş, davacı vekilinin temyiz istemi üzerine, yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulmuştur. Mahkeme önceki ve karşı oydaki gerekçelere dayanarak direnmiştir. Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; 6183 sayılı Kanun hükümlerine tabi eldeki alacağın genel hükümler çerçevesinde tahsilinin istenip istenemeyeceği noktasında toplanmaktadır. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun “Hukuku amme borçları” başlıklı 47. maddesinde, para cezasıyla diğer hukuku amme borçlarının takibi hakkındaki kanunlar hükmünün mahfuz olduğu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’un 1. maddesinde, “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur” denilse de bu hükümler seçimlik hakkı bulunan davacının genel hükümler uyarınca takip ve dava yoluna başvurmaya engel değildir. Bu nedenle davacının genel hükümler çerçevesinde takip ve dava yoluna başvurmada hukuki yararı bulunduğu kabul edilmesi gereklidir. Görüşmeler sırasında azınlıkta kalan üyelerin bir kısmı tarafından, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’un 1. maddesinin lafzına ve ruhuna bakıldığında maddede sayılan alacaklar yönünden 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasının zorunlu olduğu, bu zorunluluğun 1. madde de “tatbik olunur” denilerek düzenleme altına alındığı ve İİK 47 maddesinde de bu hususun tekrar edildiği, 6183 sayılı Kanun’un gerek alacaklıya ve gerekse borçluya özel haklar getirdiği, uyuşmazlığın örneğin 6183 sayılı Kanun’un 1. maddesinde sayılan alacak türlerinden olan vergi alacağı gibi vergi mahkemelerini ilgilendiren özel bir konuda olduğunun varsayılması halinde uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesindeki itirazın iptali davasında nasıl sonuçlandıracağına cevap verilmesi gereken önemli bir sorun olduğu savunulmuş ise de bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir. Azınlıkta kalan üyelerin diğer kısmı ise, dava konusu uyuşmazlığın 6183 sayılı Kanun’un 1. maddesinde sayılan alacak türlerinden olmadığını, mahkeme kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiğini savunmuşlar ise de bu görüş de çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir. Hal böyle olunca; mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da, benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.9.2015 tarih ve 4-791/1756 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 26.11.2017); *“Davacı, davalı aleyhine, İmar Kanununa aykırılık nedeniyle tanzim olunan 4.999,00 TL idari para cezasının tahsili için Beyşehir İcra Müdürlüğü’nün 2009/2074 esas sayılı dosyası ile ilamsız icra takibi başlattığını, davalının itirazı ile takibin durduğunu belirterek, davalının haksız itirazının iptali ile takibin devamına ve davalının icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı cevabında davanın reddi ile davacının kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesini istemiştir. Mahkemece, davacı kurumun idari para cezasının tahsili için davalı hakkında Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun hükümlerine göre takip başlattığı, ancak takibin sonuçlandırılmadığı, davacı tarafından öncelikle 6183 sayılı**

düzenlenmiş olup, bu takipte alacaklı tahsil daireleri görevli kılınmıştır. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde, kamu alacaklarını takip ve tahsil etmekle görevli tahsil dairelerinin icra dairesine başvurarak takip talebinde bulunması sonucu ortaya çıkmaktır. Böyle bir durum ise yalnızca iflas yoluyla takipte (AATUHK md. 100/1) mümkündür.

Kamu alacaklısı iflas tasfiyesi sonucu alacağına tam olarak kavuşamamış olabilir. Böyle bir durumda bakiye alacak için kendisine aciz vesikası verilen kamu alacaklısı, iflasın kapanmasından sonra bu vesikaya dayanarak borçluya karşı haciz yoluyla takip (AATUHK md. 62 ve devamı) yapabilir. Bu halde, kendisine ödeme emri tebliğ edilen (AATUHK md. 55) borçlu yeni mal iktisap etmediği itirazında bulunabilir mi ve bu itiraz takibi durdurur mu? Yargıtay eski tarihli bir kararında⁴¹, alacağı aciz vesikasına bağlanan kamu alacaklısının bu vesikaya dayanarak AATUHK uyarınca yapacağı haciz yoluyla takibe karşı da, borçlunun iflasın kapanmasından sonra yeni mal iktisap etmediği itirazında bulunabileceği görüşünü benimsemiştir. Borçlu kendisine tebliğ olunan ödeme emrinin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün⁴² içerisinde ödeme emrini düzenleyen alacaklı tahsil dairesinin bulunduğu yer idare/vergi mahkemesinde ödeme emrinin iptali dolayısıyla dava açabilir (AATUHK md. 58/1). Bununla birlikte, ödeme emrine karşı dava açılması tahsilatı durdurmaz. Ancak borçlu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, yürütmenin durdurulmasını mahkemeden talep edebilir. Her ne kadar ödeme emrinin iptali için borçlunun dava açma

Kanun gereğince alacağın tahsili yoluna gidildiğinden; davanın açılmasında davacının hukuki yararı bulunmadığından ve alacağın 6183 sayılı Yasa uyarınca takibi gerekli alacak olduğundan davanın reddine karar verilmiştir. Kamu alacağının genel haciz yoluyla takip edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda seçimlik hakkı bulunan davacı, genel hükümler uyarınca takip ve dava yoluna başvurabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.06.2004 gün ve 2004/1-293-319; 06.10.2004 gün ve 2004/1-433-483 ile 02.03.2005 gün ve 2005/1-116-135 sayılı kararları da bu yönde olup, uygulama kararlılık kazanmıştır. Alacaklı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca tahsil yoluna başvurabileceği gibi genel haciz yoluyla takip yoluna da başvurabilir.” Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 9.11.2015 tarih ve 11861/12584 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 26.11.2017).

⁴¹ Yargıtay İcra İflas Dairesi, 12.12.1958 tarih ve 5539/6652 sayılı karar, (Baki Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1992, s.343).

⁴² Ödeme emrine karşı dava açma süresi, AATUHK'un 58. maddesinde değişiklik yapan 28.11.2017 tarihli 7061 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 1.1.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yedi günden on beş güne çıkarılmıştır. Benzer yönde bir değişiklik ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılacak davalar bakımından da söz konusudur. Hak arama özgürlüğü açısından eleştiri konusu yapılan yedi günlük sürenin on beş güne çıkarılması her iki işlem bağlamında olumlu bir gelişmedir. Bu değişikliklerle birlikte ödeme emrine, ihtiyati haciz işlemine ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı yargı merciine başvuru süreleri açısından paralellik sağlanmış olmaktadır.

nedenleri AATUHK'da sınırlandırılmış (borcun olmadığı, kısmen ödendiği veya zamanasına uğradığı) olsa da⁴³, alacağın tecil edilmiş olması veya mücbir sebep hallerinde olduğu gibi bu durumda da alacağın tahsiline hukuki (ve fiili) bir engelin bulunması⁴⁴ nedeniyle (borçlunun yeni mal iktisap etmemiş olması) tebliğ edilen ödeme emrinin borcun olmadığı kanuni nedeni çerçevesinde iptal edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira borçlunun yeni bir mal iktisabı bulunmaması nedeniyle kamu alacağının hukuken talep edilemez durumda olması itiraz üzerine dahi tespit edilse, borcun olmadığı kapsamında⁴⁵ değerlendirilebilir düşüncesi içerisindeyiz.

SONUÇ

Vergi icra hukukunda borçlunun borcunu ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu gösteren aciz hali, çalışmada, haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali ve iflas yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali olmak üzere ikili bir ayrım içerisinde ele alınmıştır. Haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz haline ilişkin düzenlemeler AATUHK'da yer almakta iken, iflas yoluyla takipte ortaya çıkan aciz haline ilişkin düzenlemeler ise İİK'da yer almaktadır.

Haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz hali AATUHK'un 75. maddesinde düzenlenmiştir. Burada aciz halinin tespiti için düzenlenecek belge aciz fişi olup; bu belgeyi düzenleyecek olan makam, alacaklı tahsil dairesidir. Maddeden iki ihtimalden birinin varlığı durumunda borçlunun aciz halinde sayılacağı sonucu çıkmaktadır. Bunlar, haczedilebilir nitelikte herhangi bir malın bulunmaması ile haczedilebilir nitelikteki malların paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelin kamu alacağını karşılamamasıdır. Bu iki ihtimal esasen genel icra hukukunda kesin aciz vesikası verilmesi gereken haller karşılık gelmektedir. Bununla birlikte genel icra hukuku açısından geçici aciz vesikası verilmesi gereken "paraya çevirme işlemi henüz tamamlanmadan haczedilebilir nitelikteki mallara biçilen değer alacağı karşılamayacağına ilişkin anlaşılması" hali, vergi icra hukukunda aciz halini meydana getiren ihtimaller arasında sayılmamıştır. Yorum sonucu bu ihtimalin de vergi icra hukukunda aciz halini meydana getiren durumlar arasında kabul edilmesi bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Öncelikle bu yönde bir kabulün kıyas yoluna başvurulması anlamına geleceği söylenebilir. Ayrıca kanuni temsilcilerin

⁴³ Ahmet G. Kumrulu, "Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara, 1981, s.662; Deyneki, a.g.e., s.175.

⁴⁴ Bu konuda bkz. Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s.330-333.

⁴⁵ Ödeme emrine karşı dava açma nedenleri arasında en önemlisi borcun olmadığı iddiasıdır. Bu iddianın kapsamına hangi hususların girdiği konusunda çok sayıda Danıştay kararı bulunmaktadır. Bu kararlar bağlamında Yüksek Mahkemenin bu iddiayı geniş yorumladığı söylenilebilir. Bkz. Recep Narter, "6183 Sayılı Kanuna Göre Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda Dava Nedenleri", Vergi Sorunları, Sayı: 84, Eylül 1995, s.108.

daha erken bir aşamada takip edilmelerine yol açabileceği gibi; kanunun sistematığına de uygun düşmeyecektir. Belirtilen gerekçelerle aciz haline giren durumların genişletilmemesi gerekir.

Haciz yoluyla takipte ortaya çıkan aciz halinin sonuçları AATUHK'un 52. maddesinin ilk fıkrası ile 76. maddesinde düzenlenmiştir. 76. maddeye göre, aciz halindeki borçlu hakkında teminat ve tecil faizi aranmadan tecil müessesesi tatbik olunabilir. Burada alacaklı kamu idaresine tecil talebinin kabul edilip edilmemesi noktasında takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak tecil talebi kabul edilmişse, borçlu tecil şartlarına uygun davrandığı sürece borçlunun sonradan edindiği mallara ya da gelirindeki artmalara, bunları idareye bildirmiş olsun veya olmasın, haciz konulamaz. Ayrıca aynı maddeye göre alacaklı tahsil dairesi, aciz halindeki borçlunun mali durumunu zamanaşımı süresi içinde devamlı olarak takip edecektir. Aciz haline bağlanan bir diğer sonuç ise, AATUHK'un 52. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, aciz halinin sabit olması ile birlikte artık gecikme zammı uygulaması sona erecektir. Ancak Maliye idaresi aciz halinde gecikme zammı uygulamasının sona ereceği tarihi aciz fişinin düzenleneceği tarih olarak kabul etmektedir. Bu yönde bir yaklaşım tahsil dairelerinin uygulamada çoğu zaman aciz fişi düzenlemekten kaçınması nedeniyle aciz halinin varlığı sabit olmasına rağmen borçlular hakkında kanuna aykırı bir biçimde daha fazla gecikme zammı hesaplanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, borçlunun haczedilebilir herhangi bir malının bulunmaması halinde bu durumu gösteren haciz tutanağının (dolayısıyla aciz fişinin) düzenlendiği ya da haczedilebilir malının bulunması halinde satış işleminin yapıldığı tarih itibarıyla aciz halinin sabit olduğu kabul edilmeli ve bu tarihten itibaren gecikme zammı hesaplanmamalıdır.

Kamu alacaklarının iflas yoluyla takibi, AATUHK'un 100. maddesinin ilk fıkrasında yapılan atf nedeniyle İİK hükümlerine göre yapılmaktadır. Bu nedenle bu takip yolunda ortaya çıkacak aciz haline ilişkin hükümler İİK'da bulunmaktadır. Burada aciz halinin tespiti için düzenlenecek belge borç ödemedi aciz vesikası olup; bu belgeyi düzenleyecek olan makam, iflas idaresidir. İİK'nın 251. maddesine göre, iflas tasfiyesi sonucu alacağını tam olarak alamamış olan alacaklının, iflasın kapanmasından sonra aciz vesikasına dayanarak borçluya karşı haciz yoluyla takibe girişebilmesi için borçlunun yeni mal iktisap etmiş olması gerekmektedir. Bu şart esasen aciz vesikasına bağlanmış kamu alacakları için daha sonra yapılacak haciz yoluyla takipler açısından da geçerlidir. İflasın kapanmasından sonra aciz vesikasına bağlanan kamu alacağı için İİK değil, AATUHK hükümleri çerçevesinde haciz yoluyla takibe başvurulması gerekir. Borçlu yeni mal iktisap etmeden kamu alacaklısı ödeme emri tebliğ etmişse, yeni mal iktisap edilmemiş olduğu iddiasının ödeme emrine karşı dava açma nedenleri arasında borcun olmadığı kanuni nedeni içerisinde dikkate alınması gerekir.

KAYNAKÇA

AKÇATAŞ Celalettin, “Faiz ve Gecikme Zammı Uygulamasında Aciz Vesikasının Rolü”, E - Yaklaşım, Sayı: 227, Kasım 2011, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=13328>, (Erişim Tarihi: 12.11.2017).

ARIKAN Zeynep, “Vergi Borçlarında Tecil”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Prof. Dr. Salih Turhan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4565, İstanbul, 2005, s.13-33.

AYKAÇ Kemal, Açıklamalı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğler, Kardeş Matbaası, Ankara, 1974.

BARLASS İrfan, Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

CANDAN Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013.

CANDAN Turgut, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

COŞKUN Mahmut, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

ÇELİK Binnur, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002.

DEYNEKLİ Adnan, İflasın Vergi Alacağına Tahsiline Etkisi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

DÖNMEZ Recai, Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi Kanun Tasarısı ve Komisyon Raporları, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/gercekceler/6183/cilt_3_6183_sayili_kanun.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

GERÇEK Adnan, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 13.11.2017, 26.11.2017).

KUMRULU Ahmet G., “Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara, 1981, s.647-668.

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KURU Baki, İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1992.

MUŞUL Timuçin, İcra ve İflas Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

NARTER Recep, “6183 Sayılı Kanuna Göre Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda Dava Nedenleri”, Vergi Sorunları, Sayı: 84, Eylül 1995, s.103-115.

NARTER Recep, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun Mükerrer 35’inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme”, Vergi Dünyası, Sayı: 410, Ekim 2015, s.120-130.

ÖNCEL Mualla - KUMRULU Ahmet - ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

ÖZBALCI Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010.

ÖZTEK Selçuk, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

SARICAOĞLU Ercan, Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

SERİM Nilgün, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da Aciz Hali ve Aczin Neticeleri”, Vergi Dünyası, Sayı: 335, Temmuz 2009, s.170-178.

SEViĞ Seviğ, “Vergi Hukukunda “Aciz” Hali”, Yaklaşım, Sayı: 179, Kasım 2007, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=8058&arananKey=e-defter>, (Erişim Tarihi: 15.11.2017).

ŞENYÜZ Doğan - YÜCE Mehmet - GERÇEK Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2015.

TUNCER Selahattin, “Vergi Hukuku Açısından Tecil ve Taksitlendirme”, Yaklaşım, Sayı: 162, Haziran 2006, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=6633>, (Erişim Tarihi: 15.11.2017).

UYAR Talih, “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 70, 2007, s.345-358.

ÜNLÜ M. Cengiz, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

YILMAZ Kazım, “6183 Sayılı Kanun Uygulamasında Gecikme Zammını Durduran Hallerden Aciz Hali”, Yaklaşım, Sayı: 281, Mayıs 2016, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=28580>, (Erişim Tarihi: 24.11.2017).

YILMAZ Kazım, Açıklama ve Örnek Yargı Kararları İle 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2015.

KLASİK DÖNEMDE OSMANLI DEVLETİNDE HÂKİM ADAYLIĞI: MÜLÂZEMET

Judge Nomination In The Ottoman State In The Classical Period: Mulazemet

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT¹

Geliş Tarihi: 09.10.2017 Kabul Tarihi: 16.03.2018

ÖZET

Osmanlı Devletinin en önemli kamu görevlilerinden biri kadıdır. Günümüz hâkiminden daha geniş yetki ve görevlere sahip kadılar, Osmanlı Devletine özgü bir usulle seçilmişlerdir. Klasik dönemde kadılığa giriş için mülâzemet adı verilen sistemin uygulandığı görülmektedir.

Mülâzemet sistemi, adalet camiasının dikkatini, yeterince çekmiş değildir. Bu çalışma mülâzemet sistemine günümüz penceresinden bakmaktadır. Hâkim adaylarında aranan şartlar, adayların tespit edilmesi ve adaylık süreci ele alınmıştır.

Mülâzemetle ilgili tarih ve ilahiyat alanlarında çalışmalar yapılmıştır. Mülâzemet defterleri incelenmiştir. İlmiye sınıfına ve kazaskerliğe ilişkin çalışmalar da konu bakımından önemlidir. Çalışmalardaki bilgiler, hâkim adaylığı konusu açısından değerlendirilmiştir.

Mülâzemet sistemi, ilmiye mensuplarını merkeze koymuştur. Hâkim olmak için en önemli şart, bir ilmiye mensubunun referansıdır. Bazı görevliler de mülâzemet girebilmiştir. Adaylarda asgari şartlar aranmış, sınav ihtiyaç olursa yapılmıştır. Sistemi düzenlemek için fermanlar hazırlandığı, ilim adamlarının eleştiriler yönelttiği görülmektedir. Mülâzemet sisteminde, günümüze uyarlanabilecek usuller uygulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: hâkim adaylığı, staj, mülâzemet, Osmanlı, kadı.

ABSTRACT

One of the most important public officials of the Ottoman State is the kadi. The kadis have more authority and mission than the judges of today. They were determined by a method specific to the Ottoman State. In the classical period, it is seen that the system called the mulazemet is applied in order to be a kadi.

The system of mulazemet has not attracted enough attention to the justice community. This study looks at the mulazemet system from the present perspective. It is discussed the conditions to be a judge candidate, election of candidates and candidacy process.

Studies have been carried out in the fields of history and theology related to the mulazemet. Mulazemet books have been examined. Studies related to the ilmiye and kazasker are also important for the subject. The information in the studies was evaluated in terms of judge candidacy.

The mulazemet system has put the members of ilmiye at the center. The most important condition to be a judge is the reference of a member of ilmiye. Some of the officials also entered the mulazemet system. Minimum conditions for candidacy are requested. The exam is made if needed. It appears that the scholars have been directed criticism and sultans prepared fermans to organize the system. In the mulazemet system, the procedures that can be adapted to the present have been applied.

Keywords: judge nomination, probation, mulazemet, Ottoman, kadi.

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, mehmetaykanat@hotmail.com

I. GİRİŞ

Pek çok alanda, kendisinden önceki Türk İslam devletlerinin birikimini değerlendirip, daha ileri sistemler kurmuş olan Osmanlı Devleti, yargı alanında da benzer bir yol izlemiştir. Kurulan sistemde, kadılar, devletin en önemli görevlilerinden biri olmuştur. Bu sebeple geçmişten günümüze önemli meslekler arasında görülen hâkimlik mesleği, Osmanlı Devletinde de talep edilen bir meslek olmuştur.

Osmanlı Devletinde kadının, içinde bulunduğu ilmiye sınıfı içerisinde müderrisler öğretim, müftüler fetva, kadılar ise yargılama alanında görevli olmuştur.² Medrese mezunları eğitimlerini tamamladıktan sonra bu mesleklerle ilgili tercihlerini yapmışlardır. Yargı alanını tercih edenler, kadı olarak atanmak için gerekli usulü takip etmişlerdir. Bu usul ise bir nevi staj olarak kabul edilen mülâzemet ile başlamaktadır. Mülâzemet günümüzdeki hâkim savcı adaylığı dönemi ile benzerdir.

Mülâzemet üzerinde tarih ve ilahiyat gibi alanlarda önemli çalışmalar yapılmıştır. Kazasker ruznameleri ve mülâzemet defterleri incelenmiştir. Bu çalışmalar mülâzemet kavramı, mülâzemet yolları, mülâzemet süreci gibi konularda bilgiler vermektedir. Mülâzemet başvuru, adaylarda aranan şartlar ve mülâzemet yolları, hâkim adaylarının seçimi, mülâzemet süreci ise eğitimleri hakkında fikirler vermektedir.

II. MÜLÂZEMET KAVRAMI

Mülâzemet kavramının iki temel anlamda kullanıldığı görülmektedir. Bizim de konumuzu oluşturan birinci anlamına göre mülâzemet, “*maaşsız acemilik hizmeti, staj*” şeklinde tanımlanmıştır.³ Bunun dışında mülâzemet, Osmanlı kamu personelinin iki görev arasında bekledikleri süreye verilen isim olmuştur.⁴

Staj anlamına gelen mülâzemet kavramının askeriler olarak ifade edilen seyfiye, kalemiye ve ilmiye mensubu tüm kamu personeli için kullanıldığı arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır. İlmiye sınıfından yetişen kadılar için mesleğe girişin ilk adımı mülâzemet kaydolmak yoluyla olmuştur. Mülâzemet kaydolmak demek, günümüz karşılığı olarak hâkim adaylığına başlamak

² Osmanlılar, bu görevler arasında yatay geçişlerin mümkün olduğu bir sistem uygulamışlardır. Ortaylı, 1994, s.12.

³ Erdoğan, 2010, s.418. Devellioğlu, mülâzemet kelimesinin dört farklı anlamını vermiştir. Diğer üç anlam için bkz. Devellioğlu, 1970, s.859. Mülâzemet kelime anlamı olarak “bir yere veya bir kimseye bağlanmak, bir işte devamlı olmak” anlamlarına gelir ki bu anlam terim anlamı ile de ilişkilidir. İpşirli, 2006, c.31, s.537.

⁴ İpşirli, 2006, c.31, s.537; Atçıl, 2017, s.225. Osmanlı Devletinde kadınlara da mülâzemet adı verilen bu sistem uygulanmıştır. Mülâzemet (iki görev arasında bekleme) sistemi 1855 yılında bir nizamname ile kolaylaştırılmış, 1913 yılında ise kaldırılmıştır. Cin ve Akgündüz, 1994, c.1, s.279.

demektir.⁵

Arşiv kayıtlarında mülâzemet kaydolana için, medrese mezunları için kullanılan suhte veya danışent ifadeleri veya doğrudan talebe ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.⁶ Medrese eğitimi tamamlayıp atanmak için mülâzemet defterine kaydolana mülâzım denilmiştir.⁷ Çoğulu mülâzım ve mülâzımın şeklinde kullanılmıştır.⁸

III. MÜLÂZEMET USULÜNÜN GELİŞİMİ

Mülâzemet usulünün ilk olarak ne zaman ortaya çıktığı tespit edilmiş değildir. Mülâzemet sisteminin medrese mezunlarının sayısının, kadı ihtiyacından fazla olması sebebiyle ortaya çıktığı düşünülmektedir. Bir eleme sistemi olarak ve mezunların daha adil göreve başlatılması için mülâzemet sisteminin uygulanmaya başladığı olasıdır.⁹ Özellikle 15. yüzyıl sonlarından itibaren medrese mezunlarının sayısının, müderrislik ve kadılıklardaki kadro sayısından fazla olduğu görülmektedir.¹⁰

Şentop, Taşköprülüzade'nin ulema biyografilerini topladığı eserden yola çıkarak, mülâzemet kayıtlarının 15. yüzyılda daha az iken, 16. yüzyıl başlarından itibaren arttığını tespit etmiştir.¹¹ En eski tarihli mülâzemet defteri 1545-1552 yılları arasındaki kayıtlara yer vermiştir.¹² 16. yüzyılın başına ait bazı defterlerde mülâzemet için bekleyen mezunların ve vefat eden müderrislerin mülâzımlarının listelerinin kayıtlı olduğu görülmektedir.¹³ İlimiye Salnamesi'nde, ilk şeyhülislam Fenari Efendi'nin, Mısır'da bir ulemaya mülâzemet ettiğinden bahsedilmektedir.¹⁴ Buradaki kullanımın terim anlamında mı, yoksa derse

⁵ Mülâzemet, sadece kadılık değil, müderrislik görevine başlamak için de takip edilmesi gereken usuldür. Çalışmada kadılık görevine giriş usulü olması yönü incelenmiştir.

⁶ Baltacı ve Kazıcı da Osmanlı medrese öğrencileri için bu ifadelerin kullanıldığını aktarmıştır. Baltacı, 1976, s.31-32.

⁷ Erdoğan, 2010, s.283. Mülâzım kelimesi "teğmen" anlamına da gelmektedir. Mülâzım-ı evvel üsteğmendir. Devellioğlu, 1970, s.859.

⁸ Devellioğlu, 1970, s.859.

⁹ İpşirli, 1982, s.222. Osmanlı Devletinde yaşanan, mezun sayısının fazla olması sorunu, ülkemizde konuşulmaya başlanmış, yakın gelecekte daha çok kendini hissettirecek bir sorundur. Benzer sorunların Avrupa ülkelerinde de olduğu, mezunların iş bulma güçlüğü çektığı belirtilmektedir. Bozkurt ve Türe, 2011, s.85.

¹⁰ Şentop, 2005, s.63.

¹¹ Şentop, 2005, s.64.

¹² Evsen, 2009, s.39-40.

¹³ BOA, TS.MA.d, 5605, 29.12.911 (23.05.1506); BOA, TS.MA.d, 9802, 07.02.918 (24.04.1512).

¹⁴ İlimiye Salnamesi, s.283. İlimiye Salnamesi'nin Osmanlı şeyhülislamı hakkındaki söz konusu bölümü Ahmed Refik tarafından hazırlanmıştır. Şeyhülislamın eğitim ve meslek hayatları hakkında da bilgiler verilmektedir. Bazı şeyhülislamın mülâzemet ettiklerinden bahsedilmektedir.

devam etme anlamında mı kullanıldığı açık değildir.¹⁵

Mülâzemetle ilişkin Ebussuud Efendi döneminde ciddi bir düzenleme yapıldığı bilinmektedir. Bu dönemde Anadolu Kazaskeri olan Çivizade Muhyiddin Efendi, mülâzım olarak kaydetmediği kişiler tarafından, haksızlık yapıldığı gerekçesiyle, I. Süleyman'a şikayet edilmiştir. Padişah da 1537 yılında, dönemin Rumeli Kazaskeri olan Ebussuud Efendi'den mülâzemet sistemini düzenlemesini istemiştir. Ebussuud Efendi de mülâzemet için müstakil bir defter tutulmasını, unvanlarına göre ilmiye mensuplarının verecekleri mülâzım sayısını ve yedi yılda bir mülâzım verilmesi usulünü kurala bağlamıştır.¹⁶ Ebussuud Efendi'nin bu ilk düzenlemesinden sonra ara ara yeni düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. 18. yüzyılda mülâzemetle ilgili yeni düzenlemeler yapılmıştır. II. Mahmud sistemi yeniden düzenlemeye çalışmıştır.¹⁷

Mülâzemetle ilişkin düzenleme çabalarının sebebi, Mülâzemet sistemindeki bozulmalar olmuştur. Çok sayıda kaynakta bu bozulmalara ilişkin bilgiler yer almıştır. Mülâzemet sistemine ilişkin önemli eleştiriler yapmıştır.¹⁸

Mülâzemetle ilişkin Rumeli ve Anadolu kazaskerliklerinde ayrı ayrı kayıtlar tutulmuştur. İstanbul Şer'iyye Sicilleri Arşivi'nde Rumeli Kazaskerliğine ait 257, Anadolu Kazaskerliğine ait 120 defter bulunmaktadır. Toplam sayısı 377 olan Ruznamçe defterlerinden 55 tanesi mülâzemet kayıtlarına ilişkindir.¹⁹ Bu defterlerdeki kayıtlar 1545 (h.952) yılında başlamakta ve 1894 (h.1312) yılında sona ermektedir.²⁰ Nuruosmaniye Kütüphanesinde de 52 adet ruznamçe tespit edilmiştir.²¹

Arşivde mülâzemetle ilişkin 19. yüzyıla ait belgeler bulunmaktadır. Bu sebeple Mülâzemet sisteminin 19. yüzyılda da uygulandığı anlaşılmaktadır. Rumeli kazaskerliğine ait incelenen son iki mülâzemet defteri 1802 ve 1809 tarihlerine aittir.²² Mülâzemet usulü Tanzimat döneminde memuriyet sisteminin değişmesiyle ortadan kalkmıştır.²³

¹⁵ Mülâzemetin bir anlamı da astın üstüne düzenli ziyaretleridir. Pakalın, 1983, c.2, s.611.

¹⁶ Atai, 1989, s.184; Hezarfen Hüseyin Efendi, 1998, s.203; İpşirli, 2006, c.31, s.537; Erdoğan, 2010, s.418.

¹⁷ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

¹⁸ Koçi Bey, 2008, s.45-50; Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.47-51.

¹⁹ Baltacı, 1976, s.58-59. Evsen, 55 Mülâzemet defterinden 35 tanesinin 18.yüzyıla ait olduğunu ifade etmektedir. Evsen, 2009, s.43.

²⁰ İnalçık, 2015, s.134; Baltacı, 1976, s.60-61; Evsen, 2009, s.39-40.

²¹ Bu defterlerden ilki 1581 (989) yılına, sonuncusu 1819 (1234) yılına aittir. Erünsal, 1980, s.19-31.

²² Yetim, 2009, s.v. Evsen, son defterin tarihini 1808-1810 aralığı olarak vermiştir. Aradaki fark, hicri takvimin miladi takvime dönüştürülmesinden kaynaklanmış olmalıdır. Evsen, 2009, s.40. Son kayıtlar Rebiülahir ayına ait olduğundan 1809 yılı doğru tespittir.

²³ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

Sonuç olarak mülâzemet sisteminin 15. yüzyılda başladığı, 16.yüzyılda sistematik hale geldiği ve 19. yüzyılda Tanzimat döneminde yerini başka kurumlara bıraktığı anlaşılmaktadır.

IV. MÜLÂZEMET USULÜNE BAŞVURU

Medreseden mezun olanların kadı olabilmeleri için mülâzemet süresini geçirmeleri gerekiyordu. Mülâzemet için ise kazaskerler tarafından tutulan defterlere kayıt yaptırmak gerekliydi.²⁴ Bunun için de mezunların mülâzemet yollarından biri ile deftere kayıt hakkı kazanması gerekiyordu. Mülâzemet işleri Rumeli kazaskerinin sorumluluğundaydı. Deftere kayıtlar da yine Rumeli kazaskeri tarafından tutuluyordu.²⁵

Aday, Anadolu ve Rumeli bölgelerinin hangisinde görev yapmak istiyorsa, o bölge için tutulan deftere kaydoluyordu. Bu tercih adayın kendisine aitti. Mülâzemet defterine kaydolun mezun, mülâzemet başlamak için sıraya girmiş oluyordu. Sıranın kendisine gelmesi ile mülâzemet başlıyordu. Kadrolar uygun olduğunda sıra beklemeden de alım yapılabiliyordu.

Mülâzemet usulüne yapılan başvurular, kazasker ruznamçelerine kaydedilirken, zamanla mülâzemet özel defterler tutulmaya başlanmıştır. Kayıtlarda mülâzımların isimleri, hangi yolla mülâzemet kaydedildikleri bilgileri yer almıştır. Dönemin şartları gereği mülâzımların eşkallerinin de defterlere işlenmesi istenmiştir. Çünkü ölen mülâzımların yerine isim benzerliği sebebiyle başka kişilerin geçtikleri tespit edilmiştir.²⁶ III. Mehmet'in 1598 yılında, kazaskerlere gönderdiği fermanında, bundan sonra mülâzım olanların eşkâli yazılsın ve korunsun denmiştir. Hatta mevcut mülâzımların da eşkâllerini yazdırması istenmiştir. Ölen adayların yerine başkasının geçmesini önlemek bu düzenlemeye sebep gösterilmiştir.²⁷ Mevali tarafından mülâzemet tezkeresi verilen danışmendler, tezkerelerde isim yazmaması sebebiyle yerlerine, bilerek veya bilmeyerek başka isimler yazıldığı için mülâzemet haklarına ilişkin dilekçe vermişlerdir. Danışmendlerin birçoğunun haklarını kaybettiği, mevalilerin mülâzım verilerse isimlerini tezkereye yazmaları konusunda uyarılmaları,

²⁴ Uzunçarşılı, 1988, s.45. Kurumlara ait günlük bilgilerin yer verildiği defterlere, 16. Yüzyılın ilk yarısında ruzname, ikinci yarısından itibaren ruznamçe, Tanzimat sonrasında ise yevmiye defteri denilmiştir. İlmiye sınıfına ait defterler, kaynaklarda, matlab defteri, mülâzemet defteri, danışmend defteri, akdiyye defteri gibi farklı isimlerle de yer almıştır. Baltacı, 1976, s.59; Yetim, 2009, s.1.

²⁵ Hezarfen Hüseyin Efendi, 1998, s.202; Uzunçarşılı, 1988, s.48; Mülâzemet kayıtlarını ihtiva eden ruznamçelerin tümünde Rumeli kazaskerlerinin mühürleri vardır. Bu durum da Rumeli kazaskerinin Mülâzemetle ilgili görev ve sorumluluğuna işaret eder. Alan, 2015, s.68. Günümüzde hâkim ve savcıların meslek öncesi eğitimleriyle görevli kurum Türkiye Adalet Akademisidir. Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, m.5/1/a, m.5/5.

²⁶ Özbek, 2006, s.21-22; Evsen, 2009, s.37.

²⁷ Ferman metni için bkz. Uzunçarşılı, 1988, s.244-246.

sonradan tayin edilen mülâzımları da kabul etmemeleri Rumeli kazaskerine bildirilmiştir.²⁸

V. MÜLÂZEMETE KAYDOLACAKLARDA ARANAN ŞARTLAR

Genel Olarak

Mülâzemeteye kaydolmak hâkim adaylığı demek olduğundan, mülâzemet şartları hâkim adaylığına giriş şartlarıdır. Tespit ettiğimiz mülâzemeteye giriş şartları medreseden mezun olmak ve bir ilmiye mensubunun referansıdır. Sınav uygulamasının ise düzenli olarak yapılmadığı ve bütün adaylara uygulanmadığı anlaşılmaktadır.²⁹

İlmiye sınıfından olmayanların veya ilmiye sınıfından olup da liyakat sahibi olmayanların, farklı yollarla mülâzemeteye kaydedildikleri kaynaklarda yer almıştır. Mülâzemet sisteminin bozulması başlığı altında, şartlara uyulmamasına yer verilmiştir. Koçi Bey, ilmiye görevlerinin en bilgiliye verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yaş ve soy gibi sebeplerle görev verilmesini eleştirmiştir.³⁰ Medrese mezunu olma, bir ilmiye mensubunun referansı ve sınavda başarılı olma şartlarının hepsi liyakat şartını da içermektedir.

Mülâzemeteye ilişkin bir fermanda, mülâzemet kaydında mülâzımın yaşı, hocasının kim olduğu ve hangi alanlarda eğitim aldığı bilgilerine yer verilmesi istenmiştir.³¹ Bu şartlar haksız olarak mülâzemeteye kaydolmanın önlenmesine yöneliktir.

Mülâzemeteye alınacak olanlarda herhangi bir yaş şartı arandığına dair bilgi yoktur.³² Osmanlı medrese eğitiminin uzun süreli bir eğitim olduğu düşünüldüğünde, erken yaşlarda mülâzemet çok mümkün değildir. Şeyhülislam Bostanzade Mehmet Efendi'nin yirmi bir yaşında, Hoca Sadeddin Efendi'nin yirmi yaşında, Sun'ullah Efendi'nin on yedi yaşında, Karahisarlı İbrahim Efendi on altı, on yedi yaşlarında,³³ Çivizade Mehmet Efendi yirmi iki yaşında, Ahizade Mehmet Hüseyin Efendi on altı yaşında³⁴ mülâzemeteye nail olmuşlardır. Bu yaşta mülâzemetin başarı olmasından bu bilgi verilmiş intibai vardır.

²⁸ BOA, DVNSMHH.d., 26/473, 05.05.982 (23.08.1574)

²⁹ Günümüzde adaylığa atanmak yazılı sınav ve mülakat sonucunda olmakta, sınav ilanında başvuruda bulunacaklarda aranan şartlar da yer almaktadır. Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği, m.4/5.

³⁰ Koçi Bey, 2008, s.45-50. İspanya'da hâkimliğe girişte liyakat, kapasite ve eşitlik temel ilkeleri vardır. Şahinkaya, 2010, s.169.

³¹ Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.47-48.

³² Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği; lisans ve lisansüstü mezunları için otuz yaşını, doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için otuz beş yaşını bitirmemiş olmak şartını aramaktadır. (m.5/b).

³³ İlmiyye Salnamesi, s.341, 345, 349, 443.

³⁴ Altunsu, 1972, s.40, 51.

1. Medrese mezunu olmak

Mülâzemet kaydolabilmek için temel şart medrese mezunu olmaktır.³⁵ İnalçık, kadıların atanmasındaki en önemli kriterlerin düzenli medrese eğitimi ve mevalinin yanında öğrenime devam etmek olduğunu belirtmiştir.³⁶ Hatta Osmanlı medrese sistemindeki üst derece medreselerden mülâzım alınması gerekli görülmüştür.³⁷ Mülâzemet veren ilmiye mensupları da genellikle bu medreselerin hocaları olmuştur. III. Mehmet, 1598 yılındaki fermanında, önceden gelen bir uygulama yoksa kenar medreselerden mülâzım alınmamasını kazaskerlerden istemiştir.³⁸

Medrese öğrencilerinin mülâzım olmak için eğitimlerini kısaltmalarına ilişkin bir fermanla, medresedeki eğitim süreleri tek tek sayılmıştır.³⁹ Medrese öğrencilerine ilişkin kurallar içinde, belirli sayıda dersi tamamlamadan mülâzemet gelebilecekleri ifade edilmiştir.⁴⁰ Medrese öğrencileri, aldıkları derse ilişkin okudukları eserlerin yazıldığı bir icazetnameyi hocalarından almışlar ve daha yüksek bir müderrisin dersine devam etmişlerdir. Bu şekilde medrese derslerini tamamlayarak, mülâzemet için gerekli asgari eğitimi tamamlamışlardır.⁴¹ Kanuni Sultan Süleyman dönemine ait fermanla, mülâzımların görmesi gereken derslerin, okuması gereken kitapların ve sayılarının ellerindeki temessüke kaydedilmesi emredilmiştir. Bu kurallara uymayan talebe ve müderrislerin cezalandırılacağı belirtilmiştir.⁴²

³⁵ III. Mehmet, 1598 yılındaki fermanında, ilmiye dışından kişilerin Mülâzemet kaydedilmemesini emretmiştir. Farklı meslek yapıp da ilmiye mensubu olanların, mülâzemet yolları ile sınav sonrası mülâzemet girebileceklerini belirtmiştir. Uzunçarşılı, 1988, s.246. Medrese mezunu olmayanların Mülâzemet kayıtlı olmaları demek ilimle meşgul olmayan kimselerin ilmiye sınıfa dahil olması demektir. Bu durum sistemin bozulduğuna işaret eder. Mülâzemet sistemine ilişkin düzeltme çabaları bu bozulmaların sonucunda olmuştur.

³⁶ İnalçık, 2015, s.143.

³⁷ İlmiye Salnamesi, s.588; Kazıcı, 2003, s.201.

³⁸ Aynı fermanla yeniçeri, sipahi, topçu, kalafatçı ve gayrıdan mülâzemet verilmemesi istenmiştir. Uzunçarşılı, 1988, s.244.

³⁹ 27 Numaralı Mühimme Defteri, s.239'dan aktaran Uzunçarşılı, 1988, s.13.

⁴⁰ Hezarfen Hüseyin Efendi, 1998, s.204.

⁴¹ Uzunçarşılı, 1988, s.75. Günümüzde adli yargı hâkim ve savcı adayları ile idari yargı hâkim adayları için hukuk fakültesi mezunu olmak yeterlidir. İdari yargı adaylığı için hukuk fakültesi mezunları dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren alanlardan mezun olmak da kabul edilmektedir. Bu bölümlere denkliği kabul edilmiş yabancı yükseköğretim kurumlarının mezunları da başvuru yapabilmektedir. Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği, m.5/b. İspanya'da da Sınava girmek için hukuk fakültesi mezunu olmak gereklidir. Şahinkaya, 2010, s.169.

⁴² Akgündüz, 1992, s.662; Yetim, 2009, s.26. Hezarfen Hüseyin Efendi, 17.yüzyılda da derslerini tamamlamayan talebelerin Mülâzemet kaydedilmemesine ilişkin bir kural ifade etmiştir. Hezarfen Hüseyin Efendi, 1998, s.204.

Muidlerin de mülâzemet kaydolmak için icazetnameye sahip olmaları gerekmiştir. İcazetnamede okunan dersler ve hocaları yazılmıştır. Son olarak icazetnameyi yazan hocanın adı yazılmış ve onun da hocalarının silsilesine yer verilmiştir.⁴³

Anlaşıldığı üzere medrese mezunu olma şartı, salt bir okul bitirmekten daha fazlasıdır. Hem medresenin, hem medresede okutulan derslerin, hem de ders veren hocaların⁴⁴ nitelikli olması aranmıştır. Bu şekilde medrese mezunu olma şartı liyakat şartını da içinde barındırmıştır.

2. Bir ilmiye mensubunun referansı⁴⁵

Mülâzemet sistemine kaydolmak için, medrese mezunu olmak temel şart olmakla birlikte yeterli değildir. Adayların, mülâzım verme yetkisi olan bir ilmiye mensubunun yanında eğitim görmesi gerekmiştir. Bu eğitim sonucunda da ilmiye mensubunun adayı mülâzım olarak vermesi ile aday ilgili deftere kaydedilmiştir.⁴⁶ Osmanlı Devleti, mülâzemet sistemine giriş şartı olarak, bir ilmiye mensubunun icazetini, tavsiyesini aramıştır.⁴⁷ Hatta mülâzemet sistemi bu yaklaşım üzerine kurulmuştur. Günümüzde adaylığa atanmak nasıl sınav ve mülakat sonucunda gerçekleşiyor ise mülâzemet sisteminde bir ilmiye mensubunun referansı ile gerçekleşmiştir.

İlmiye mensuplarının öğrencilerini, mülâzemet yollarını kullanarak mülâzemet vermişlerdir. Mülâzemet yollarından müstakil arz dışındaki tüm yollarda, bir ilmiye mensubunun etkin olduğu görülmektedir.⁴⁸ Nevbet

⁴³ Baltacı, 1976, s.34.

⁴⁴ Anadolu ve Rumeli kazaskerlerine yazılan bir yazı ile alim olmadığı halde bir şekilde mevleviyet elde ederek, mülâzemet verdiği anlaşılan Şeyh Takiyüddin'den bu yetkinin alınması istenmiştir. BOA, DVNSMHM.d.,60/65, 29.12.993 (05.12.1585).

⁴⁵ Fransızca kökenli bir sözcük olan referans için TDK, tavsiye, tavsiye mektubu anlamlarını vermiştir. Erdoğan, kavramın karşılığı olarak "tezkiye belgesi" tamlamasını kullanmıştır. Yılmaz ise bonservis ile benzer şekilde bir kimseye verilen ve onun çalışmalarını gösteren belge demiştir. Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59c68a247392e5.67567489, Erdoğan, 2010, s.476; Yılmaz, 1996, s.685.

⁴⁶ Beyazıt, 2009, s.426. İspanya uygulamasında hâkimlerin, hukuk mezunlarından bir veya birkaçını yanlarına alarak mesai saatleri dışında onları yetiştirdikleri ifade edilmiştir. Yetiştirdikleri kişinin hâkim olmasının önemli bir prestij kaynağı olduğu belirtilmiştir. Şahinkaya, 2010, s.169. Bu sistem Osmanlı Devletindeki müderris ile talebe arasındaki ilişkiye benzerdir. Osmanlı Devletinde de müderrislerin yetiştirdiği muidlerin ve talebelerin sayısı çok değildir.

⁴⁷ İnalçık, 2015, s.141. Günümüzde ise yedi üyeden oluşturulan mülakat kurulu içinde üniversitelerden öğretim üyesi bulunmamaktadır. Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği, m.27.

⁴⁸ Müstakil arz usulünde ise padişah ve sadrazam gibi ilmiye dışından yüksek devlet görevlileri de etkili olabilmektedir.

usulünde şeyhülislam, kazasker, müftü, kadı gibi ilmiye mensupları dönem dönem kontenjan sahibi olmuştur. Teşrif sebebiyle mülâzemette de ilmiye mensupları kontenjanlarına göre mülâzım vermiştir. Tezkirecinin kaydında kazasker, fetva emininin kaydında şeyhülislam etkilidir. Müderrisin vefatında veya muidini mülâzemet vermesinde ise müderris etkilidir. Görüldüğü gibi bir ilmiye mensubunun referansı da şartlar arasındadır.

İlmiye sınıfında medreseden daha çok müderris ön planda olmuştur. Şeyhülislam biyografilerinde, hangi müderrisin dersini aldığı özellikle belirtilmiştir.⁴⁹ Çünkü müderrisler, verdikleri mülâzımlar ile kadıların niteliğini belirlemişlerdir. Şehzade Selim'in hocası Ataullah Efendi'den mülâzım istenirken "zaten ve zamanen yanında istihkak zahir olanlardan" belirlemesi istenmiştir.⁵⁰ Yani hak eden, liyakatlı öğrencilerini mülâzemete vermesi talep edilmiştir.⁵¹

3. Sınavda başarılı olmak

Osmanlı Devletinde mülâzemete girişte ve mülâzemetten sonra bir göreve atanırken sınav uygulamaları yapıldığı görülmektedir.⁵² Sınavların düzenli yapılıp yapılmadığı, içeriği, yöntemi konusunda bilgiler sınırlıdır. Mülâzemete girmek için sınav yapılması düzenli ve yerleşik bir uygulama olmasa da sınav yapılan dönemler olduğu anlaşılmaktadır. Sınav yapılarak mülâzemete kayıt yapılması, mülâzemete haksız kayıtları engellemek için alınan bir önlemdir.⁵³

Mülâzemete sınavla alım yapıldığına dair ilk kayıt 1581 yılına aittir. 1636 yılında Rumeli kazaskerine gönderilen bir ferman ile İstanbul kadısının mülâzemete talip olan herkese ders verip, ardından sınav yapacağı ve başarılı olmayanları mülâzemete almayacağı belirtilmiştir. 1658 yılında IV. Mehmet zamanında ise aynı görevin Edirne eski kadısı tarafından yapılacağı ferman olunmuştur.⁵⁴ 1653 tarihli bir hatt-ı hümayunla şeyhülislam, kadıaskerleri mülâzemetlerin imtihanla verilmesi konusunda uyarmıştır.⁵⁵

Sınavla mülâzemete kaydedilenlerin sayısının 18. yüzyıl sonlarında arttığı görülmektedir. 1703 ve 1749 yıllarında iki olan sınavla kayıt sayısı, 1777 yılında

⁴⁹ İlmiyye Salnamesi; Altunsu, 1972.

⁵⁰ 3 Numaralı Mühimme Defteri, 1993, s.326.

⁵¹ Müderrisin muidliği veya mülâzımlığı hak etmeyenlere vermesi, bunun karşılığında haksız kazanç sağlaması azil sebebi olmuştur. 1574 yılında bir Sahn-ı Seman müderrisi, iade satmak iddiası ile azledilmiştir. Baltacı, 1976, s.31.

⁵² Alan, 2015, s.76.

⁵³ Ülkemizde adaylığa atanmak için hem yazılı sınav hem mülakat uygulaması vardır. İspanya'da da adayları belirlemek için merkezi bir sınav ve mülakat yapılmaktadır. Şahinkaya, 2010, s.169.

⁵⁴ Alan, 2015, s.78.

⁵⁵ Naima, 2007, c.3, s.1503.

elli beş olmuştur. Özellikle müderrisin vefatı sebebiyle yapılan kayıtlarda da sınav uygulaması dikkat çekicidir. 16. ve 17. yüzyıl kayıtlarında vefat sebebiyle geride kalan talebelere sınav yapıldığı görülmektedir.⁵⁶ 18. yy'da medrese mezunlarının mülâzemet sınavlarına girdikleri ve başarılı olanların mülâzemet aldığı kayıtlarda yer almıştır. 12 Mart 1786 tarihinde yapılan bir mülâzemet sınavında devrin önde gelen uleması sınav heyeti olarak görev yapmıştır. 373 öğrencinin katıldığı sınavda 34 öğrenci yüksek, 16 öğrenci orta derece ile mülâzemet hak kazanmıştır. Kazananlara tezkereleri şeyhülislam tarafından verilmiştir.⁵⁷ 1798 yılına ait kayıtlarda müstakil arz usulü ile mülâzemet kaydedilenlerin sınavla mülâzemet kaydedildiği anlaşılmaktadır. Teşrif yoluyla verilen mülâzımların da yine sınavla kaydedildiği görülmektedir.⁵⁸ III. Selim (1789-1807) döneminde sadrazam olan İzzet Mehmed Paşa'nın teşrif sebebiyle mülâzemet hakkı doğmuştur. Sadrazam, ehliyetsizlerin mülâzım olmaması için birkaç ilmiye mensubunu görevlendirmiş ve talipliler arasında sınav yaptırmıştır.⁵⁹

Muidlerin mülâzemet kaydolmaları için gerekli olan icazetname de sınavla verilmiştir. Muidlerin icazetname alabilmeleri için son olarak yapılan sınavda başarılı olmaları gerekmiştir.⁶⁰ İnalçık, adayların ilmi yeterliliklerinin, gerekli görülürse, sınavla tespit edildiğini ifade etmiştir.⁶¹

Görüldüğü üzere sınav yoluyla mülâzemet kayıt yapılması, farklı tarihlerde ve farklı mülâzemet yollarında uygulanmıştır. Sınav uygulaması düzenli olmayıp, ihtiyaç halinde başvurulmuştur. Sınavların ayrıntılarına ilişkin bilgiler olmasa da medrese müfredatına yönelik sınav yapıldığı tahmin edilebilir.⁶²

VI. ADAYLARIN TESPİT EDİLMESİ: MÜLÂZEMET YOLLARI

Genel Olarak

Adayların mülâzemet defterlerine kaydolabilmesi için mülâzemet yollarından biri ile buna hak kazanmaları gerekiyordu. Mülâzemetle ilişkin defterlerde adayların isimlerinin yanında, hangi mülâzemet yolu ile kaydedildikleri bilgisi de yer almıştır.

⁵⁶ Alan, 2015, s.76-77.

⁵⁷ İpşirli, 2006, c.31, s.537.

⁵⁸ Uzunçarşılı, 1988, s.48.

⁵⁹ Vakanüvis Halil Bey Tarihi, s.9'dan aktaran Uzunçarşılı, 1988, s.48.

⁶⁰ Atai, 1989, s.83.

⁶¹ İnalçık, 2015, s.137.

⁶² Ülkemizde adli yargı ve idari yargı yazılı sınavlarının konuları yönetmelikte düzenlenmiştir. Hukuk derslerinin ağırlıklı olduğu sınavlarda, adaylara genel yetenek ve genel kültür soruları da sorulmaktadır. Mülakat sınavına ilişkin değerlendirme de yine yönetmelikte yer almaktadır. Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği, m.12, 13, 28.

Mülâzemet usulünde yüksek dereceli ilmiye mensupları belirli aralıklarla veya olaylar sebebiyle mülâzım vermiştir. Bu mensuplar arasında şeyhülislam, kazasker, müderris, mevali, kadı, nakibüleşraf gibi görevliler olduğu görülmektedir.⁶³ Bunlardan görevde olanlar olduğu gibi görevden ayrılmış olanlar da vardır.⁶⁴

Mülâzemet sisteminin işleyişine ilişkin kurallar oluşturulmuş ve bu kurallara uygun hareket edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak zaman zaman bu kuralların dışına çıkıldığı ve işleyişin bozulduğu anlaşılmaktadır. Ulema çocuklarının imtiyazlı statü ile mülâzemet kabul edilmesi eleştirilmiştir. Meslek harici sarayda hocalık yapanlara ve askeri zümre mensuplarına mülâzemet verilmesi de bir diğer eleştiri konusudur.⁶⁵ Koçi Bey, 17.yy'da mülâzımlıkların satılmaya başladığını, voyvoda, subaşı ve kâtip gibi kimselerin para karşılığı mülâzım olduklarını ve bir süre sonra da müderris ve kadı olduklarını yazmıştır. Kazaskerler de ehil olmayanları listelere yazarak ruznameyi doldürmüşlardır.⁶⁶

Usule aykırı olarak mülâzemet kaydedilmesi fermanlarla düzeltmeye çalışılmıştır. Bir fermanla müderrislik ve kadılıkta yükselenlerin ve yerleşmiş mülâzemet usulünün uygulanması emredilmiştir.⁶⁷ Fermanla yerleşmiş mülâzemet kontenjanlarına yani nevbet usulüne ve teşrif usulüne göre mülâzım kaydedilmesi üzerinde durulmuştur. Rumeli kazaskerine gönderilen bir yazıda, bekleme süresi gösterilmeden veya belirlenen yollar dışında, kimsenin mülâzemet nöbetine alınmaması ve mülâzemet defterinde ilim ehlinde önceki sıralara kaydolmaması istenmiştir. Ayrıca mülâzemet veren mevali, kadı ve müderrislerin önceden verdikleri mülâzım miktarına uyulması, eksik ve fazla mülâzım vermemeleri, hak edenlere mülâzemet vermeleri konuları üzerinde durulmuştur.⁶⁸ Kanuna aykırı olarak mülâzemet talebinde ısrar eden bir öğrencinin, Kıbrıs'a sürgün edildiğine ilişkin Kıbrıs beyine hüküm yazıldığı görülmektedir.⁶⁹

Mülâzemet yollarından nevbet usulünün, tezkire görevinden kaydedilmenin ve fetva emanetinden kaydedilmenin belirli sürelerle bağlı olarak yapıldığı görülmektedir. Teşrif, ölüm, muidlik ve müstakil arz sebebiyle kayıtlarda ise belirli bir süre ile bağlı kalınmadan mülâzemet kayıtları yapıldığı anlaşılmaktadır.

⁶³ İpşirli, 1982, s.225-226; Yetim, 2009, s.4; 1547, 1556 ve III. Mehmet'in tahta çıktığı 1595 yıllarında ilmiye mensuplarının farklı sayılarda mülâzım verdikleri görülmektedir. İpşirli, 2006, c.31, s.537-538. İلميye mensuplarının verdikleri mülâzım sayısının artması kadro muhtemeldir ki kadro sayısının artmasından kaynaklanmaktadır.

⁶⁴ Atai, 1989, s.457; İpşirli, 2006, c.31, s.537.

⁶⁵ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁶⁶ Koçi Bey, 2008, s.48.

⁶⁷ Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.47-48.

⁶⁸ BOA, DVNSMHH.d., 73/740, 14.12.998 (14.10.1590).

⁶⁹ BOA, DVNSMHH.d., 28/112, 25.07.984.

1. Belirli Sürelerle Mülâzemet Yolları

i. Nevbet (Nöbet) Usulü

Önemli ilmiye mensuplarının, belirli aralıklarla mülâzemet vermelerine nevbet denilmiştir. Ebussuud Efendi 1537 yılında Sultan I. Süleyman'ın talebi üzerine, mülâzemet usulünü düzenlediğinde, ilmiye mensuplarının verecekleri mülâzım sayısını ve bunun yedi yılda bir yapılmasını sistemleştirmiştir.⁷⁰ Getirilen sistemde emekli⁷¹ ve görevde olan ilmiye mensuplarına derecelerine göre mülâzım kontenjanları verilmiştir. İلميye mensupları kontenjanları kadar öğrencilerini mülâzım olarak kaydettirebilmiştir.⁷² Bu sistemin nevbet usulü olduğu görülmektedir. Yani mülâzemet sistemine ilişkin bilinen ilk düzenleme nevbet usulüdür.

Mülâzemet verme hakkına sahip şeyhülislam, kazasker, müderris, müftü, mevali, kadı gibi ilmiye mensupları, nevbetten mülâzemet kaydetme hakkına da sahip olmuşlardır. 1560 tarihli nevbet fermanı ile kazaskerlerin, biladı selase ve mevleviyet kadılarının mülâzım vermeleri ilk defa kanun olmuştur.⁷³ Kadıların mülâzım verme sebebi, müderrislik de yapabilmelerinden gelmektedir. Kadılar görevleri ile aynı anda veya Osmanlı ilmiye sisteminin verdiği olanakla kadılığa geçmeden önce müderrislik yapabilmişlerdir.

İpşirli, Ebussud Efendi tarafından belirlenen yedi yıllık süreye genellikle uyulduğunu ifade etmiştir.⁷⁴ 1560 ve 1566 yıllarındaki nevbet fermanlarını delil gösteren Uzunçarşılı ise bu süreye sonradan riayet edilmediğini iddia etmiştir.⁷⁵ Padişahların tahta oturmalarından, ilk seferlerine çıkmalarından, zafer kazanmalarından ve şehzade doğumlarından⁷⁶ sonra da ilmiye mensuplarının mülâzım verdiği olmuştur.⁷⁷ Şeyhülislam Mehmet Sahib Efendi de II. Mustafa'nın tahta çıkışında mülâzemet kaydolmuştur.⁷⁸ Defterlerde 1766 ve 1776 yıllarında şehzade doğumu sebebiyle mülâzım verilmesine ilişkin kayıtlar vardır.⁷⁹ Nevbet süresinin bu tür olaylar sebebiyle kısaldığı anlaşılmaktadır.

⁷⁰ Atai, 1989, s.184; Uzunçarşılı, 1988, s.45.

⁷¹ Emekli ilmiye mensuplarından bazıları da Mülâzemet vermişlerdir. Örnekler için bkz. Atai, 1989, s.278, 457.

⁷² Uzunçarşılı, 1988, s.45; İpşirli, 2006, c.31, s.537.

⁷³ Kazaskerlerin mülâzım vermeye başlamaları, Ebussuud Efendi'nin tefsir eserini padişaha arz etmesinden sonra kanun haline gelmiştir. Uzunçarşılı, 1988, s.46.

⁷⁴ İpşirli, 1982, s.224; İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁷⁵ Atai, 1989, s.243; Uzunçarşılı, 1988, s.46.

⁷⁶ Şehzade doğumları sebebiyle mülâzemet kaydı örnekleri için bkz. Evsen, 2009, s.70-74.

⁷⁷ Atai, 1989, s.248-249; Uzunçarşılı, 1988, s.45.

⁷⁸ İلميye Salnamesi, s.420.

⁷⁹ RKR, 134, 14b.

ii. Tezkire Görevi

Görevde bulunan kazasker, altı ayda bir, tezkirecisini mülâzemet kaydetmiştir.⁸⁰ 1715 tarihinde yayınlanan ferman ile bu sayı yılda bir şekilde azaltılmıştır.⁸¹ Kayıtlarda bu usule ilişkin örnekler yer almaktadır.⁸² Bu usulü eleştirenler de olmuştur. Tezkirecilerin ilmiye mensubu olmadıkları halde bu yolla mülâzemet girdikleri iddia edilmiştir.⁸³ Son iki mülâzemet defterini inceleyen Yetim'in verdiği bilgilerden anlaşıldığına göre, tezkire görevinden mülâzemet verme usulü, mülâzemet sisteminin sonlarına kadar devam etmiştir.⁸⁴

Farklı dönemlerde ilmiye teşkilatında birinci veya ikinci isim olarak görev yapmış olan kazasker, Osmanlı Devletinde önemli görevlilerden biri olmuştur. Mülâzemet sisteminin de uygulayıcısı konumunda olan kazaskerin, yanındaki önemli bir yardımcısını mülâzemeteye vermesi olağandır.

iii. Fetva Emaneti

Şeyhülislam, altı ayda bir, fetva emini mülâzemeteye kayıt yaptırma hakkına sahip olmuştur.⁸⁵ Uygulamada fetva eminiğinden mülâzemeteye geçiş örnekleri vardır. Şeyhülislam Hoca Sadeddin Efendi'nin 1599 yılında fetva eminiğinde bulunan danışmendi altı aylık görevinden sonra mülâzemeteye kabul edilmiştir.⁸⁶ Yine 16. yüzyıl sonlarında Bostanzade'nin fetva emininin mülâzım olduğu görülmektedir.⁸⁷ 16. yüzyılda, şeyhülislamın mülâzemet verme yolu olan fetva emaneti, 18. yüzyıldan itibaren, şeyhülislamın müstakil arz yolunu kullanmaya başlamaları ile mülâzemet yolu olmaktan çıkmıştır.⁸⁸ 1802 ve 1809 yıllarına ait iki defterde ise fetva emanetinden mülâzemet verilmesine rastlanmamıştır. Bu durum, fetva emininin mülâzım olmasının, daha önceki bir tarihte kalktığına karinedir.⁸⁹

Fetva emini, şeyhülislamlıkta fetvaları bulan, yazan ve halka ileten kalemin başındaki görevlidir. Fetva eminlerinin ilmiye mensubu, şeri meselelerde yetkin kişilerden seçildiği bilinmektedir. Bu sebeple mülâzemeteye kaydedilmeleri sıkıntılı değildir.⁹⁰

⁸⁰ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁸¹ Yancı, 2017, s.49.

⁸² RKR, 172, 16a; 20a; Yetim, 2009, s.41-42.

⁸³ Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.50.

⁸⁴ Yetim, 2009, s.41-42.

⁸⁵ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁸⁶ RKR, 7, 5; İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁸⁷ Atai, 1989, s.56.

⁸⁸ Beyazıt, 2009, s.440.

⁸⁹ Yetim, 2009, s.42.

⁹⁰ Uzunçarşılı, 1988, s.197.

2. Zamanı Belirsiz Mülâzemet Yolları

i. Teşrif

Önemli ilmiye mensuplarının terfileri ve görev değişiklikleri⁹¹, sefere katılmaları gibi çeşitli sebeplerle mülâzemet kaydı yapılmasına teşrif denilmiştir.⁹² Nevbet usulünde olduğu gibi, teşrif usulünde de sadrazam, şeyhülislam, kazasker, kadı gibi önemli ilmiye mensupları mülâzım kaydetmişlerdir.⁹³ Teşrif usulünde, talebeler dışında muid ve muzafların; yani müderris yardımcılarının da mülâzım olarak kaydedildiği görülmektedir.⁹⁴

Teşrif kurallarını belirlemek veya kısıtlamak için fermanlar yayınlanmıştır.⁹⁵ III. Mehmet 1598 yılında gönderdiği fermanında, Haremeyn dışında teşrif olmamasını istemiştir.⁹⁶ Uzunçarşılı bu usulün, 1715 yılında sadrazam tarafından sınırlandırıldığını belirtmiştir.⁹⁷

ii. Müderrisin vefatı

Vefat eden müderrislerin, geride kalan danışmentlerinin mülâzemet kaydedilmesi de bir usul olarak uygulanmıştır. Geride kalan talebelerin sayısı fazla olduğunda bir seçim yapılarak mülâzemet kaydı yapıldığı görülmektedir.⁹⁸ Geri kalan talebelere mülâzemet kaydedilmeyenlerin bazılarının, sonraki kayıt dönemine bırakıldığına ilişkin örnekler de vardır.⁹⁹ Hangi talebelerin mülâzemet alınacağı, Süleymaniye ve Sahn müderrisleri arasından görevlendirilen mümeyyiz tarafından tespit edilmiştir.¹⁰⁰ 1598 yılına ait fermanında, III. Mehmet, mevtadan iki nöbetlik mülâzım alınması, geri kalanının ise diğer müderrislere dağıtılmasını kurala bağlamıştır.¹⁰¹ İnalçık da ölen mevalinin sadece iki öğrencisinin mülâzemet kaydedildiğini belirtmiştir.¹⁰²

Defter kayıtlarında 16. yüzyılın başında vefat eden müderrislerden kalan mülâzımlara ilişkin bilgiler yer almaktadır.¹⁰³ Ölüm sebebiyle mülâzım

⁹¹ Terfiler sebebiyle mülâzemet kayıtları için bkz. Evsen, 2009, s.52-67; 75-77. Görev değişikliği (müderrislikten kadılığa geçiş) sebebiyle mülâzemet kayıtları için bkz. Evsen, 2009, s.68-70.

⁹² 2 Numaralı Mühimme Defteri, h.117; İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁹³ Yetim, 2009, s.38.

⁹⁴ Yetim, 2009, s.37.

⁹⁵ Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.47-48.

⁹⁶ Uzunçarşılı, 1988, s.244. Ferman için ayrıca bkz. Akgündüz, 1994, c.4, s.634.

⁹⁷ Uzunçarşılı, 1988, s.48.

⁹⁸ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

⁹⁹ RKR, 9, s.45'ten aktaran Özbek, 2006, s.21.

¹⁰⁰ Beyazıt, 2014, s.76.

¹⁰¹ Uzunçarşılı, 1988, s.244.

¹⁰² İnalçık, 2015, s.142.

¹⁰³ BOA, TS.MA.d, 5605, 29.12.911 (23.05.1506); BOA, TS.MA.d, 9802, 07.02.918 (24.04.1512); RKR, 61, 10a; RKR, 85, 3b; RKR, 169, 17b.

kaydedilmesi usulünün mülâzemet usulünün ilk dönemlerinden itibaren var olduğu anlaşılmaktadır.

Vefat sebebiyle mülâzemet kaydetme usulü dönemin şartları sebebiyle karışıklıklara sebep olmuştur. Vefat eden ilmiye mensubunun talebesi olmayan kişilerin fırsatçılık yapıp mülâzemet kaydoldukları anlaşılmaktadır. Bu sebeple gerçekten talebe olup olmadıklarına ilişkin araştırmalar yapıldığı görülmektedir.¹⁰⁴

iii. Muidlik (iade)

Muid, günümüzdeki araştırma görevlisi unvanının karşılığı sayılabilecek, müderris yardımcılara verilen isimdir.¹⁰⁵ Her medresenin farklı muid kontenjanı olduğu ve muidlere padişah tarafından berat verildiği anlaşılmaktadır.¹⁰⁶ Muzaf adı verilen muid yardımcılarının da mülâzemet kaydedildiğine ilişkin kayıtlar vardır.¹⁰⁷

Mülâzım verme hakkına sahip müderrisler, muidlerinden layık olanları mülâzım vermişlerdir. Müderrislikten kadılığa geçen ilmiye mensuplarının medresedeki muidleri mülâzemet kaydolunmuştur.¹⁰⁸ Müderrislerin, medreseden ayrılmasına sebep olan, başka bir yere gitmek, görev süresinin dolması, azledilmek veya emekli olmak gibi durumlarda, muidlerini mülâzemet verdikleri görülmüştür.¹⁰⁹ Anlaşıldığına göre bazı medreselerde muidlerin mülâzemet kaydedilmesi belirli sürelerle yapılmış ve kurala bağlanmıştır.¹¹⁰

Bir müderrisin muidini mülâzım kaydettirebilmesi için muidin belirli şartları taşınması gereklidir. Bir kayıтта muidin mülâzım olmaya hak kazanamaması sebebiyle başka bir öğrencinin mülâzım kaydedildiği görülmektedir.¹¹¹ Müderrislere yapılan bir sınav sonucunda, başarılı olan müderrisin muidi

¹⁰⁴ Evsen, 2009, s.29-30.

¹⁰⁵ Baltacı, 1976, s.33; Kazıcı, 2003, s.393; Medresede hücre sahibi olan talebelerin kademelerine muid denildiği ifade edilmiştir. Muidler yüksek medreselerde müzakere, lise düzeyindeki medreselerde de ders yapmışlardır. İlimiye Salnamesi, s.536; Pakalın, 1983, c.2, s.573.

¹⁰⁶ Özbek, 2006, s.9.

¹⁰⁷ Evsen, 2009, s.26-27. İadeden Mülâzemet örneği için bkz. Atai, 1989, s.22; Yetim, 2009, s.39-40. Günümüz uygulamasında araştırma görevlilerinin veya diğer öğretim elemanlarının yargıya yatay geçiş yapması mümkün değildir. Sadece doktora mezunları, yazılı sınavdan muaf olup, mülakata girme hakkına sahiptirler. Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği, m.4 ve 9.

¹⁰⁸ İpşirli, 2006, c.31, s.538; Örnekleri için bkz. RKR, 85, 2a; RKR, 172, 19b; 15b.

¹⁰⁹ Özbek, 2006, s.18.

¹¹⁰ Sultan Bayezid Medresesi muidleri yılda dört defa yani üç ayda bir Mülâzemet kabul edilmişlerdir. Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.50-51.

¹¹¹ Evsen, 2009, s.26.

de mülâzemet alınmıştır.¹¹² Osmanlının medreseleri derecelendirdiği sistem içerisinde, belirli derecenin altında kalan medreselerin müderrisleri iadeden mülâzemet verme hakkına sahip olamamışlardır.¹¹³ Yancı, 18.yüzyıla ait defterlerden en az Musila-i Sahn derecesinde müderrislerin müderrislerini mülâzım verebildiğini tespit etmiştir.¹¹⁴

iv. Müstakil arz

Müstakil arz usulü, mülâzemet yolları içerisinde, ilmiye mensubu olmayanların mülâzemet verebildiği tek usuldür. Bu usulde bir yetkilinin teklifi ile çalışkanlığı veya herhangi bir hizmette yararlılığı görülenler mülâzım olabilmişlerdir.¹¹⁵ Baltacı, müstakil arz ile mülâzemet kaydolanların daha çok şeyhülislamın veya padişah hocalarının çocukları olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁶ Kayıtlarda mülâzemet tavsiye eden yetkili hakkında ve kişinin hangi özelliği sebebiyle kaydedildiği hakkında bilgiler yer almamıştır.¹¹⁷ Bir usul olarak dile getirdiğimiz bu yol aslında bir usulsüzlük olarak da görülebilir. III. Mehmet, bu yolla mülâzım olunmasına rızası olmadığını ifade etmiştir.¹¹⁸

Uzun süre Malta'da esir kalmış olan İstanbul eski kadısının talebesi Muharrem b. Mehmed, Veziriazam Sinan Paşa'nın teklifi ile mülâzım yapılmıştır.¹¹⁹ Kanuni Sultan Süleyman şair Bakî'yi sıra bekletmeden mülâzemet defterine kaydettirmiş ve bir sene sonra haşiyeye-i tecrid müderrisliğine atanmasını emretmiş, itirazlara karşın Silivri'deki Piri Paşa medresesine müderris tayin edilmiştir.¹²⁰

Padişahın hatt-ı hümayunu yoluyla mülâzemet kaydolma da bir mülâzemet yolu olarak bazı kaynaklarda yer almıştır.¹²¹ Şeyhülislam Fezullah Efendi'nin Mülâzemeti için hatt-ı hümayun düzenlendiği İlmiye Salnamesi'nde geçmektedir. Bu mülâzemet hocasının vefatı üzerine olmuştur.¹²² Yani

¹¹² Atai, 1989, s.512.

¹¹³ Beyazıt, 2009, s.438-439.

¹¹⁴ Yancı, 2017, s.43.

¹¹⁵ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

¹¹⁶ Baltacı, 1976, s.35.

¹¹⁷ Evsen, 2009, s.29; Yetim incelediği iki defterde müstakil arz yoluyla mülâzım olanların sayısının yüksek olduğunu, bu kişilerin hangi sebeple Mülâzemet kaydedildiklerinin ise genellikle yer almadığını ifade etmiştir. Donanmadan üç kişi imamet hizmetinde bulunmaları sebebiyle, bir kişi de sınav sonucunda müstakillen Mülâzemet kabul edilmiştir. Yetim, 2009, s.40-41.

¹¹⁸ Uzunçarşılı, 1988, s.246.

¹¹⁹ İpşirli, 2006, c.31, s.538.

¹²⁰ Atai, 1989, s.435.

¹²¹ Baltacı, Medreseler, c.1, s.118; Akt. Özbek, 2009, s.19; Yetim incelediği defterlerde bu usulle bir kayıt olmadığını ifade etmiştir. Yetim, 2009, s.42.

¹²² İlmiyye Salnamesi, s.397.

müderresin vefatı sebebiyle mülâzemeteye kaydolmuştur. Bu da hatt-ı hümayun yoluyla emredilmiştir. Aynı bir mülâzemet yolu değildir.

Şeyhülislamlığın mülâzemet sistemindeki etkilerini araştıran Beyazıt, 16. yüzyılda müstakil arz yoluyla mülâzemeteye girenlerin, çoğunlukla toplumun önde gelenleri tarafından teklif edildiğini ifade etmiştir. Bu şekilde mülâzım olanların ulema çocuklarından veya önemli hizmetler görmüş danışmentlerden olduğunu belirtmiştir. 18. Yüzyıldan sonra ise müstakil arz usulünün, şeyhülislamların mülâzım verdikleri bir yol haline dönüştüğü tespitini yapmıştır.¹²³ 18. yüzyılın sonlarına ait bir kazasker ruznamçasındaki sayılar da Beyazıt'ı destekler mahiyettedir. Defterdeki 165 Mülâzemet kaydından 77 tanesi şeyhülislamın, 6 tanesi ise belde kadılarının arzı ile kaydedilmiştir.¹²⁴

Bazı kaynaklarda hizmet sebebiyle mülâzemeteye alınma da bir mülâzemet yolu olarak sayılmıştır. Farklı hizmetleri sebebiyle mülâzemeteye alınan görevliler olduğu da kayıtlarda görülmektedir. Miri ahur ve hassa çayır hizmeti, çuka hizmeti, ordu-yu hümayun hizmeti sebebiyle mülâzemeteye kayıt örnekleri vardır. Bu örneklerde mülâzemeteye kaydolanların yine ilmiye mensuplarının talebesi olduğu, yani mülâzemeteye kayıt için gerekli şartları haiz oldukları anlaşılmaktadır.¹²⁵ Bu örnekler 17. yüzyıl başlarına aittir. 18. yüzyılda da saray hizmetinde bulunan görevlilerden mülâzemeteye alınanlar olduğu görülmektedir. Hasa saraçhane hocası, ahır hocası, yoğurtçular hocası, matbah-ı amire helvahane hocası gibi çok sayıda görevli mülâzemeteye kaydedilmiştir. Bu görevlilerin de mülâzemet şartlarını taşıdıkları, her birinin medrese mezunu olduğu ve saray görevlilerinin eğitimi işiyle uğraştıkları anlaşılmaktadır.¹²⁶ Kanaatimiz bu yolla mülâzemeteye kaydolmak müstakil arz usulü içinde kalmaktadır. Bu sebeple ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

VII. MÜLÂZEMET SÜRECİ

Mülâzemet sürecinin mülâzemet kaydının yapılması ile başlayan ve adayın bir göreve atanması ile son bulan bir süreç olduğu görülmektedir. Bu süreçte adayların kime bağlı olduğuna, süreci nasıl geçirdiğine ilişkin ayrıntılı bilgiler yoktur.¹²⁷ Adayların Mülâzemette belirli bir süre eğitim aldıkları, süreç sonunda da atandıkları görülmektedir. Mülâzemette ücret alınıp alınmadığı ise tartışmalıdır.

¹²³ Şeyhülislamların müstakil arz yoluyla mülâzım vermeleri usulü de ulema çocukları lehine olmuştur. Ulema çocukları bu yolla Mülâzemeteye kaydolmuşlardır. Beyazıt, 2009, s.437-438.

¹²⁴ Oral, 1993, s.XXI.

¹²⁵ Özbek, 2006, s.20-21.

¹²⁶ Evsen, 2009, s.78-85.

¹²⁷ Baltacı, 1976, s.34.

1. Eğitim

Osmanlı Devletinde kadıların staj eğitimi ile ilgilenen müstakil bir kurum kurulmamıştır. Mülâzemet süreci kazaskerlik tarafından yönetilmiştir. Çünkü Osmanlı Devletinde ilmiye sınıfının idari işleri kazaskerlik tarafından yapılmıştır. İlmiye mensuplarının tayin, terfi ve azilleri kazaskerlik kurumunda ruznamçe defteri adı verilen defterlere kaydedilmiştir.¹²⁸ Nîmetî Efendi Kanunnamesinde mülâzemet defterinin düzenlenmesi ve kayıt altına alınması görevinin Rumeli kazaskerine ait olduğu belirtilmiştir.¹²⁹

Adayların eğitimi, kazasker divanları yoluyla yapılmıştır. Adayların mülâzemet süresince, haftanın belirli günlerinde toplanan kazasker divanlarına katılmaları zorunlu tutulmuştur.¹³⁰ Bir başka kayıta mülâzemet döneminde danışmentlerin bir medresede eğitimlerini tamamlamadan diğer medreseye geçtikleri, müderrislerin uyarılarak kanun çerçevesinde hareket etmeleri, aksi takdirde hepsinin cezalandırılacağı, İstanbul kadısına bildirilmiştir.¹³¹

Adayların mevleviyet payeli kadıların yanına gönderildiği de kaynaklarda yer almıştır.¹³² Mülâzemet için adayların kadıların yanına gönderildikleri ifade edilse de her iki mülâzemet türünde de uygulamanın İstanbul'da yapıldığı anlaşılmaktadır.¹³³ Mülâzemet sürecinde adayların medreselerde eğitim, kazasker divanlarında ise staj görevi yaptıkları anlaşılmaktadır. Kadıların yanına staja gönderildikleri de kaynaklarda yer almaktadır.¹³⁴

¹²⁸ Bu defterler 15.yy'da Ruzname, 16.yy'ın yarısından itibaren Ruznamçe, Tanzimat'tan itibaren Yevmiye Defteri olarak adlandırılmıştır. Baltacı, 1976, s.59; Yetim, 2009, s.1. Günümüz uygulamalarında da hâkim savcı adaylarına teorik ve pratik eğitimler verilmektedir. Bu eğitimler, oluşturulan kurumlar vasıtasıyla yapılmaktadır. Eğitimlerin çerçevesi hukuki düzenlemelerle belirlenmekte ve uygulanmaktadır. İspanya örneğini ele alan bir çalışmada, hâkim ve savcılar için farklı kurumların bu eğitimleri gerçekleştirdiği görülmektedir. Yargı Okulu adlı kurum adaylara eğitim vermektedir. Şahinkaya, 2010, s.160-172. Ülkemizde Türkiye Adalet Akademisi, hâkim ve savcılarının meslek öncesi eğitimleri ile görevlidir. Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, m.5/1/a.

¹²⁹ Nîmetî Efendi Kanunnamesi, s.47'den aktaran Uzunçarşılı, 1988, s.48.

¹³⁰ Uzunçarşılı, 1988, s.45; Fendoğlu, 2000, s.384.

¹³¹ BOA, DVNSMHM.d., 27/661, 20.11.983 (20.02.1576). Günümüzde de Türkiye Adalet Akademisinin meslek öncesi eğitim ve staj görevleri düzenlenmiştir. Bu görevlere ilişkin ayrıntılar da çıkarılan yönetmeliklerle belirlenmiştir. İspanya uygulamasında, savcılar, sekiz aylık eğitim sürecinin yarısını teorik temel eğitimle, yarısını da staja geçirmektedir. Şahinkaya, 2010, s.167.

¹³² Ortaylı, 1994, c.24, s.70; Fendoğlu, 2000, s.384; Akdağ, 1974, c.2, s.98.

¹³³ Akdağ, 1974, c.2, s.38.

¹³⁴ Günümüzde adayların iki yıllık eğitim süresi olduğu kanunda düzenlenmiştir. Bu süre, hazırlık eğitimi, staj dönemi ve son eğitim dönemi olarak üç dönemdir. Bu dönemlere ilişkin ayrıntılar da yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Adalet Akademisi Kanunu, m.28.

2. Süre

Mülâzemetin süresi, mülâzemet defterine kaydedilme anından, atamaya kadar geçen süredir. Bu süreye ilişkin kaynaklarda çok farklı bilgiler yer almaktadır. Bu bilgilerde atamanın hemen yapıldığı veya mülâzemetin üç, beş, yedi yıl sürdüğüne ilişkin veriler yer almıştır.

Pakalın mülâzımlık süresinin yedi yıl olduğunu ifade etmiştir.¹³⁵ Ortaylı ve Fendoğlu mülâzemet sürecinin üç-beş yıl aralığında olduğunu belirtmişlerdir. Ortaylı, 18. yüzyıldan sonra sürenin daha da arttığını ifade etmiştir.¹³⁶ Akdağ, kadıların yanında stajın 3-5 yıl sürdüğünü, adayların daha sonra İstanbul'a dönüp bir yıl da burada eğitim gördüğünü belirtmiştir.¹³⁷ Buna karşın Evsen, incelediği bir defterde mülâzemet kayıtlarının aynı yıl görevlendirildiğini ifade etmektedir.¹³⁸ III. Mehmet, yeni mülâzımın üç seneyi tamamlamadan göreve atanmamasını kanunlaştırmıştır.¹³⁹

Bilgilerden anlaşıldığına göre Mülâzemetin süresi uygulamada değişmiştir. Mezun sayısının, kadro sayısına göre çok arttığı dönemlerde sürenin uzadığı tahmin edilebilir. Buna karşılık bazı dönemlerde süre beklemeden adayların atandığı görülmektedir.¹⁴⁰

3. Ücret

Mülâzemet sürecinde adayların herhangi bir ücret alıp almadıkları bilinmemektedir. Bu konuya ilişkin olarak Evsen, Mülâzemet defterlerinde adayların isimlerinin yanında yazılı olan rakamların ücret olabileceğini belirtmektedir. Ancak bu rakamlar on iki, on beş şeklinde farklılaşmaktadır.¹⁴¹ Bir başka kaynakta adayların günlük on akçe aldıkları yazılmıştır.¹⁴²

Adayların kazasker divanlarında çeşitli görevler üstlendikleri, buna karşılık vakıflardan ve bazı kaynaklardan, adaylara gelir sağlandığı görüşü de bulunmaktadır.¹⁴³ Baltacı ise vakıflardan mülâzımlar için akçe tayin

¹³⁵ Pakalın, 1983, c.2, s.612.

¹³⁶ Ortaylı, 1994, c.24, s.70; Fendoğlu, 2000, s.384.

¹³⁷ Yanına stajyer verilen kadıların İstanbul, Bursa, Edirne, Konya ve Bağdat gibi büyük vilayetlerin kadıları olduğu görülmektedir. Merkezde de kazaskerlerin yanında stajyer olduğu anlaşılmaktadır. Akdağ, 1974, c.2, s.98.

¹³⁸ Evsen, 2009, s.103.

¹³⁹ Uzunçarşılı, 1988, s.245.

¹⁴⁰ Günümüzde adayların meslek öncesi eğitim süresi iki yıl olarak düzenlenmiştir. İhtiyaç durumuna göre eğitim süresinde değişiklikler olabilmektedir. Adalet Akademisi Kanunu, m.28.

¹⁴¹ Evsen, 2009, s.101.

¹⁴² Günlük on akçenin her yıl beşer beşer artarak kırk akçeye ulaştığı belirtilmiştir. Hüsameddin, 1986, s.220.

¹⁴³ İpşirli, 2006, c.31, s.537. Osmanlılar medreselerin ihtiyaçlarını ve çalışanların maaşlarını

edildiğine rastlamadığını ifade etmiştir.¹⁴⁴ Pakalın, adayların herhangi bir ücret almadıklarını ifade etmiştir.¹⁴⁵

4. Sona Erme

Mülâzemetin olağan sona ermesi mülâzemetin tamamlanmasıyla olmuştur. Kazasker divanına mülâzemet edenler, isteklerine göre kaza kadılığına veya müderrisliğe atanmışlardır.¹⁴⁶

Mülâzemet sonunda adaylara sınav yapıldığına ilişkin kayıtlar da vardır. 1573 yılında, Rumeli kazaskeri ve mülâzımlara ders veren bir diğer hoca, okuttukları risalelerden müzalımları sınav yapmışlardır.¹⁴⁷ Koçi Bey, mülâzım sayısının oldukça artmasından dolayı sınav yapmanın zorunlu olduğunu vurgulamıştır. Bir kadılık görevi için on mülâzımın aday olup sıra beklediğini, bu sebeple sınavda başarılı olanların kadı olabildiğini ifade etmiştir. Sınav uygulamasından vazgeçilmemesi ve hak etmeyenlerin atanması durumunda kazaskerlerin sorumlu olmasını tavsiye edilmiştir.¹⁴⁸ III. Mehmet'in fermanından anlaşılan, mülâzemet sonunda göreve atama yapılmadan önce, bir sınav yapılmaktadır. Bu sınav ilmiye dışından mülâzemeteye kaydolanlar için dile getirilmiştir.¹⁴⁹ Bütün mülâzımlara sınav yapılıp yapılmadığı belirli değildir. Ayrıca farklı dönemlerde, mülâzemet sonunda sınav yapıldığına ilişkin kesin bilgiler de yoktur.

Mülâzemeteye kaydedilmiş bazı talebelerin atamadan önce mülâzemetten çıkarıldığına ilişkin bilgiler de vardır. Defterlerde bazı isimlerin yanında, şeyhülislam onayı ile mülâzemetten çıkarıldığı belirtilmiştir. Ancak çıkarılma sebeplerine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır.¹⁵⁰ Sadrazam Damad Ali Paşa, şeyhülislam tarafından mülâzemeteye alınan, sadaret kaymakamının küçük yaştaki oğlunu listeden sildirmiştir.¹⁵¹

VIII. SONUÇ

Mülâzemet sistemi, kadıların meslek öncesi eğitim gördükleri ve mesleğe başlamalarını düzene bağlayan bir sistemdir. Mülâzemetin, mezun sayısının kadro sayısını aştığı 15. yüzyılda başladığı ve 16. yüzyıldan itibaren yoğun

vakıflar aracılığıyla karşılaşmışlardır. Vakıflardan alınan maaşlara vazife denilmiştir. Mülâzemet kayıtlarında isimlerin karşısında yer alan vazife ifadeleri, adaylara vakıflar tarafından ücret verildiğini düşündürmektedir. Evsen, 2009, s.101.

¹⁴⁴ Baltacı, 1976, s.34. Benzer görüş için bkz. Özbek, 2009, s.13.

¹⁴⁵ Pakalın, 1983, c.2, s.611.

¹⁴⁶ Uzunçarşılı, 1988, s.87.

¹⁴⁷ Atai, 1989, s.231.

¹⁴⁸ Koçi Bey, 2008, s.133-134.

¹⁴⁹ Uzunçarşılı, 1988, s.246.

¹⁵⁰ Evsen, 2009, s.43.

¹⁵¹ Olayın Mora seferinden dönüşte olduğu ifade edilmiştir. Mora seferinin tarihi 1715'tir. Mehmed Raşid, 1865, c.4, s.169.

şekilde uygulandığı görülmektedir. Sistem Tanzimat dönemine kadar ilmiye sınıfına girişin kapısı olmuştur. Osmanlı Devletinde bir dönem yargı sisteminin başı olan kazaskerlik makamı, sistemin uygulayıcısıdır.

Mülâzemet sisteminde medrese mezunları, yanlarında eğitim gördükleri ilmiye mensubunun referansı ile ilgili defterlere kaydedilmişlerdir. Adayların zaman zaman sınava tabi tutuldukları da görülmektedir. Mülâzemet sonunda ise en düşük kadılıklardan itibaren göreve başlamışlardır.

Mülâzemet uygulamasında bazı usullerde belirli zaman aralıkları ile mülâzım kaydedilmiştir. Bu usuller nevbet usulü ile tezkirecilikten ve fetva eminliğinden mülâzım olma şeklindedir. Teşrif, müderrisin vefatı, muidlik görevi ve müstakil arz gibi mülâzemet yollarında ise süre belirli değildir.

Nevbet usulü, mülâzemet kaydolma usulünün temel kurumudur. Bu kurum vasıtasıyla Osmanlı Devleti, ilmiye sınıfının ve yargının en temel görevlisi diyebileceğimiz kadıların seçilmesini çözüme kavuşturmuştur. Mülâzemet, işleyişi gereği referans tartışmalarını da ortadan kaldırmıştır. Bu usulde önemli ilmiye mensuplarının sürece dahil edildiği görülmektedir. Burada Osmanlı Devletinin eğitim yönteminin, hoca talebe ilişkilerinin de bu usulde belirleyici olduğunu göz önünde tutmak gerekir. Teşrif, müderrisin vefatı ve muidlikten mülâzemet kayıtları yapılması usulleri de yine müderrisleri sürece dâhil eden usullerdir.

Mülâzemet usulleri içerisinde, çeşitli görevlilerin mülâzemet kaydedilmesi şeklinde uygulamalar olduğu da görülmektedir. Bunlar tezkirecinin ve fetva emininin mülâzemet kaydedilmesi şeklindedir. Tezkireci kazasker, fetva emini de şeyhülislam yanında çalışan görevlilerdir. Bu görevliler, ilmiyenin en üst düzey mensuplarının yanında görev yaparak tecrübe kazanmış, yetkin kişilerdir. Bu usul, ülkemizde de bir dönem gündeme gelmiş olan hâkim yardımcılığı ile kıyas edilebilir. Yargı mensubu adaylara, farklı görevlerle tecrübe kazandırılması düşünülebilir.

Muidlikten yani asistanlıktan mülâzemet kayıtları yapılması üniversite ile ilişkili bir diğer usul olarak göze çarpmaktadır. Osmanlı Devleti, ilmiye görevleri arasında yatay geçişi mümkün kılan bir sisteme sahiptir. Müderrislikten kadılığa, kadılıktan müderrisliğe geçişler mümkündür. Asistanlıktan da mülâzemet kayıtları hakkı müderrislere tanınmıştır. Günümüzde doktora sahibi hukukçuların yazılı sınavdan muaf tutulması, benzer bir uygulamadır.

Mülâzemet sürecinde adaylara teorik ve uygulamaya yönelik eğitimler verildiği anlaşılmaktadır. Mülâzemetin süresi ihtiyaca göre değişiklik göstermiştir. Ücrete ilişkin de genel düzenleme olmayıp, bireysel uygulamalar olması muhtemeldir.

Mülâzemet sisteminin ortaya çıkış sebebi, mezun sayısının kadro sayısını geçmesi olarak görülmektedir. Hukukçular için noterlik mesleğinde bir sıra uygulaması vardır. Avukatlık sınavı zaman zaman gündeme gelmektedir. Hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesi ve eğitimleri de tartışmalara konu olabilmektedir. Hukuk fakültesi sayısının yüzleri bulduğu ve mezun sayısının oldukça arttığı günümüzde, mülâzemet sisteminden çözümler bulunabilir.

KAYNAKLAR

Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği. Resmi Gazete, 09.09.1991, Sayı:20986.

Alan, E. (2015). Kadiasker Ruznamçelerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kadılık Müessesesi, MÜ Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.

Altunsu, A. (1972). Osmanlı Şeyhülislamı, Ayyıldız Matbaası, Ankara.

Akdağ, M. (1974). Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi 1453-1559, c.2, Cem Yayınevi, İstanbul.

Akgündüz, A. (1994), (1992). Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, OSAV Yayınları, İstanbul.

Atai, N. (1989). Hadaiku'l Hakaik Fi Tekmilet'i Ş Şakaik, Yay. Haz. Abdülkadir Özcan, Çağrı Yayınları, İstanbul.

Atçıl, A. (2017). Scholars and Sultans in the Early Modern Ottoman Empire, Cambridge University Press.

Baltacı, C. (1976). XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı Medreseleri, İrfan Matbaası, İstanbul.

Beyazıt, Y. (2009). Osmanlı İlimiye Bürokrasisinde Şeyhülislamlığın Değişen Rolü ve Mülâzemet Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıllar), Belleten, c.LXXIII, S.267.

Beyazıt, Y. (2014). Osmanlı İlimiye Mesleğinde İstihdam (XVI. Yüzyıl), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.

BOA, TS.MA.d.

BOA, DVNSMHM.d..

Bozkurt, K., Türe M. (2011). Avusturya ve İsviçre Sistemlerindeki Hukuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, y.23, S.93.

Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59c68a247392e5.67567489, Erişim tarihi: 25.09.2017.

- Cin, H., Akgündüz, A. (1994). Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul.
- Devellioğlu, F. (1970). *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lugat*, yy, Ankara.
- Erdoğan, M. (2010). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul.
- Erünsal, İ. E. (1980). Nuruosmaniye Kütüphanesinde Bulunan Bazı Kadiasker Ruznamçeleri, İslam Medeniyeti Mecmuası 4, c.3, s.19-31.
- Evsen, E. (2009). *Osmanlı İlimiye Teşkilatında Mülâzemet Sistemi*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul.
- Fendoğlu, H. T. (2000). Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Hezarfen Hüseyin Efendi. (1998). Telhisü'l-Beyan fi Kavanin-i Al-i Osman, Haz. Sevim İlgürel, TTK Basımevi, Ankara.
- Hüsameddin, A. H. (1986). Amasya Tarihi I, Amasya Belediyesi Kültür Yayınları, Ankara.
- İlimiye Salnamesi. (1998). Yay. Haz. Seyit Ali Kahraman vd., Ed. A. Nezih Galitekin, İşaret Yayınları, İstanbul.
- İnalçık, H. (2015). "Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık", Adalet Kitabı, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınları, İstanbul.
- İpşirli, M. (1982). Osmanlı İlimiye Teşkilatında Mülâzemet Sisteminin Önemi ve Rumeli Kadiaskeri Mehmed Efendi Zamanına Ait Mülâzemet Kayıtları, Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, S.X-XI.
- İpşirli, M. (2006). Mülâzemet, *DİA*, TDV Yayınları, c.31, İstanbul.
- İstanbul Şeriyeye Sicilleri Arşivi, Rumeli Kazaskeri Ruznamçeleri.
- Kazıcı, Z. (2003). İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi, İFAV Yayınları, İstanbul.
- Koçi Bey. (2008). Koçi Bey Risaleleri, Yay. Haz. Seda Çakmakcioğlu, Kabalcı Yayınevi, İstanbul.
- Naima, M. (2007). Tarih-i Naima, Haz. Mehmet İpşirli, TTK Yayınları, Ankara.
- Oral, E. (1993). 1177 (1763-1764) Tarihli 115 Numaralı Rumeli Kadiasker Ruznamçesi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜ Türkiyat Enstitüsü, İstanbul.
- Ortaylı, İ. (1994). Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Özbek, Z. A. (2006). 1-2 Nolu Mülâzemet Defteri (Tahlil ve Değerlendirme), Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul.

- Pakalın, M. Z. (1983). Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul.
- Raşid, M. (1865/1282). Tarih-i Raşid, İstanbul.
- RKR (Rumeli Kazaskeri Ruznamçeleri). 7, 61, 85, 134, 169, 172.
- Şahinkaya, Y. (2010). İspanya’da Hâkim ve Savcıların Eğitimi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl.1, S.2.
- Şentop, M. (2005). Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, Klasik Yayınları, İstanbul.
- Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Resmi Gazete, 31.07.2013, Sayı:25185.
- Uzunçarşılı, İ. H. (1988). Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Yancı, Ü. (2017). Osmanlı İlmiye Teşkilatında Mülâzemet Yolları (RKR 97, RKR 107 ve RKR 134 Numaralı Mülâzemet Defterleri’ne Göre), I. Uluslararası Türklerin Dünyası Sosyal Bilimler Sempozyumu, Antalya.
- Yetim, H. (2009). *1217-1224 Tarihli Mülâzemet Defterleri ve Mülâzemet Sistemi*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul.
- Yılmaz, E. (1996). *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- 3 Numaralı Mühimme Defteri. (1993). Yay. Haz. Nezih Aykut vd, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Ankara.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ DURUMUNDA BİRLİKTE VELÂYET

*Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung. Eine vergleichende
Untersuchung der Rechtslage in der Türkei und in europäischen Ländern*

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE¹

Geliş Tarihi: 03.11.2017

Kabul Tarihi: 19.02.2018

ÖZET

Aile ve toplum yapısının değişmesi, kadın ve erkek eşitliğinin gerek yasalar gerekse anayasalarda açıkça düzenlenmesi, çocuk haklarının kabul edilmesi velâyet kavramında değişiklikler yaratmıştır. Ebeveynlerin çocuklarının üzerinde sadece hakkı olmadığı; velâyetin ebeveynlere aynı zamanda yükümlülükler de yüklediği ve çocuğun üstün yararının ön planda tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Toplumun en temel yapı taşı olan ailenin eşitlik ilkesine dayandığı ve evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin velâyeti ortak kullanacağı gerek Türk hukukunda gerekse pek çok ülke hukukunda düzenlenmiştir. Son yıllarda özellikle boşanmanın velâyete etkisi ve evlilik birliği içinde doğmamış olan çocukların velâyetinin ortak kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususlar tartışılmaya başlanmıştır. Söz konusu bu konu AİHM'ye kadar götürülmüş ve birçok ülkede boşanmanın velâyete etkisiyle evlilik içinde doğmayan çocuğun velâyeti hususunda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Türk hukukunda ise evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ortak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda doktrinde tartışmalar olsa da özellikle mahkeme kararlarında velâyet hükümlerinin emredici olduğu ve evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin ve bu yöndeki yabancı mahkeme kararlarının kamu düzeni nedeniyle tanınmasının kabul edilmediği görülmektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Änderungen in der Familie und in der Gesellschaft, die in den Verfassungen und in den Gesetzen ausdrücklich verankerte Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie die Anerkennung von Kindesrecht haben sich auch auf das Sorgerecht ausgewirkt. Die Geschichte des Sorgerechts hat eine Vielzahl von Normierungen durchlaufen, von denen jede für sich genommen eine eigene Grundsatzentscheidung bei der Gestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses widerspiegelt. Die gesetzliche "Gewalt" wurde später gesetzliche "Sorge" genannt. Es wurde in vielen Ländern anerkannt, dass die Familie die Grundlage der Gesellschaft bildet und auf der Gleichheit von Mann und Frau beruht. Weiterhin wurde in vielen Ländern akzeptiert, dass die Eltern in der Ausübung der elterlichen Sorge während der Ehe gleichberechtigt sind.

Heutzutage werden viele Ehen geschieden oder Paare leben zusammen, ohne eine formelle Ehe einzugehen. Daher wird in vielen Ländern die Beeinflussung des Sorgerechts durch Scheidung-Trennung und in nichtehelichen Lebensgemeinschaften diskutiert. Sorgerecht bei nichtehelichem Leben und Scheidung wurde sogar vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte diskutiert.

¹ Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Başkanı.

Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında birlikte velâyetin tanınmasına ilişkin olarak vermiş olduğu karar, boşanmanın velâyete olan etkisini ve velâyetin ortak kullanılıp kullanılmayacağı hususunu tekrar gündeme getirmiştir. Bu çalışmada Almanya, İsviçre gibi ülkelerde boşanmanın birlikte velâyete etkisi incelenerek konunun Türk hukuku açısından nasıl olması gerektiği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Birlikte velâyet, Boşanmanın velâyete etkisi, Karşılaştırmalı hukuk, Çocuğun üstün yararı.

Der EGMR betonte, dass die Staaten bei Sorgerechtsregelungen und Sorgerechtsentscheidungen Art. 8 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention berücksichtigen müssen. Es ist fraglich, ob in der Türkei die Eltern gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung ausüben können.

Schlüsselwörter: Gemeinsames Sorgerecht, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Vergleichendes Recht, Kindeswohl.

I. GİRİŞ

Velâyet, küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlıların bakımını, korunmasını ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini sağlamak amacıyla onların şahıs ve malvarlıkları üzerinde ana ve babanın sahip olduğu görev, yetki ve hakların tümü olarak tanımlanmaktadır.² Velâyet ebeveynlere sadece haklar tanımayıp bir takım yükümlülükler de getirip³ kural olarak sadece anne ve babaya tanınmıştır.⁴ Ama evlat edinme durumunda evlat edinen de bu hakka sahip olur.⁵ Velâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup devredilemezdir.⁶ Velâyet, aile hukuku ile ilgili olup velâyet konusunun toplumdaki gelişmelerden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir.⁷ Kadın ve erkeğin toplumdaki rollerinin, çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin değişmesi, kadın

² OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s. 272; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013 s. 339 vd.; AKINTÜRK, Turgut: **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanunu'na göre uyarlanmış Aile Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2003, s. 408; KARACA, Hilal: **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015. 21 vd.; ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1074; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: **Aile Hukuku, 18. Basım**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 406; SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 250; YILDIRIM, Abdülkerim: **Türk Aile Hukuku**, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 251; BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 259; GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24; ABİK, Yıldız: "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı" Prof. Dr. **Şenel Akyol'a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 13.

³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 406 vd.; AKINTÜRK, s. 408; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 339 v; ABİK, s. 13.

⁴ ABİK, s. 27.

⁵ ABİK, s. 28; AKINTÜRK, s. 408 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 340.

⁶ DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 341; ABİK, s. 28.

⁷ ABİK, s. 13; GEISER, Thomas: "Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?" **ZKE 2015**, s. 227.

erkek eşitliğinin yasalarca ve anayasalarca kabulü velâyet hakkını etkileyen son derece önemli gelişmelerdir.

Türk hukukunda 2002 yılında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiş olup genel gerekçelere göre bu kanunun cinsiyet eşitliğini sağlamak için hazırlandığı görülmektedir.⁸ 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle kadın erkek eşitliği perçinlenmiş ve 5170 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasına "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür*" şeklinde bir eklemede bulunulmuştur.⁹ Yine aynı kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine son bir fıkra eklenmiştir.¹⁰ Bu fıkraya göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*". Anayasa'nın aileye ilişkin 41. maddesinin birinci fıkrası 4709 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olup "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiş, madde gerekçesinde düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir.¹¹ Türk hukukunda evlilik birliği devam ederken TMK'nin 336. maddesinin 1. fıkrasına göre anne ve baba velâyeti birlikte kullanacaktır. Türk hukukunda evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ortak kullanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu Türk hukukunda tartışmalı olup Yargıtay'ın 2017 yılında¹² birlikte velâyetin tanınmasına ilişkin vermiş olduğu kararla yeniden gündeme gelmiştir.

Bu çalışmanın amacı evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyetin diğer ülkelerde nasıl düzenlendiğini ve tartışmalı konuların ele alınması ile Türk hukukunda meydana çıkan tartışmalara ışık tutup,

⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra S.: 723. Türk Medenî Kanunu'nun genel gerekçesi için bkz. :<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011.pdf>, s. 5.

⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm#1>; (erişim 25.06.2017) Madde gerekçesi için bkz: "2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayırım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'na ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartı'nın "III. Eşitlik" başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dâhil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir.

¹⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm#1>. (erişim 25.06.2017).

¹¹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm>. (erişim 25.06.2017).

¹² Yargıtay 2. HD E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017 www.kazanci.com

hukukumuzda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin mümkün olup olmadığını ve bu hususta nasıl bir yasal düzenlemenin yapılabileceğini açıklamaktır. Birlikte velâyet hususuna girmeden önce velâyet hakkının gelişimi üzerinde kısaca durmayı uygun görmekteyiz.

II. Tarihsel Olarak Velâyetin Gelişimi

Roma Hukuku'nda ataerkil bir yapı bulunmakta olup tüm aile bireyleri aile babasının egemenliği altında bulunmaktaydı, bu anlamda bir yaş sınırı da bulunmamaktaydı. Her ne kadar velâyet açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da *patria potestas* (*Väterliche Gewalt*) olarak adlandırılan aile babasının ev halkı (karısı çocuğu, torunu gibi) ve eşyalar (köleler de eşya olarak kabul edilmektedir¹³) üzerinde sınırsız bir gücü (hâkimiyeti) bulunmaktaydı.¹⁴ Babanın çocuk üzerindeki bu hakkı çocuğun ergin olmasıyla sona ermemekteydi.¹⁵ Babanın çocuk üzerindeki hakkı ancak baba ölünce, Roma vatandaşlığını kaybedince veya çocuğu evlatlık verdiğinde sona ermekteydi.¹⁶ Kız çocukları ise evlenmekle eşlerinin babalarının hâkimiyeti altına girmektedirler.¹⁷ Bu anlamda velâyet hakkı, mülkiyet ve zilyetlikten daha farklı değildi.¹⁸ Babanın çocuklar üzerindeki hakkı son derece fazlaydı ve çocuklar başka birinin egemenliği (*pater familias'in*) altına girmedikçe baba bu hakkını kullanmaktaydı.¹⁹ Bu hak çocuğunu satmak, öldürmek, evlendirmek ve boşandırmayı da kapsayacak kadar genişti.²⁰ Eğer baba çocuğu ülke dışına satmışsa çocuk üzerindeki hâkimiyeti sona erer, buna karşılık çocuk artık özgür

¹³ WACKE, Andreas: "Elterliche Sorge im Wandel der Jahrtausende- zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht", **FamRZ 1980**, s. 206; MATTHIESSEN, Stephanie: **Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 31 vd.; CANTIENI, Linus: **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung (Schriftenreihe zum Familienrecht, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, s. 70; HONSELL, Heinrich: Römisches Recht, 8. Auflage Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015, s. 182; HARKE, Jan Dirk: Römisches Recht, 2. Auflage, C.H Beck, München 2016, s. 293.**

¹⁴ WACKE, FamRZ 1980, s. 206; BELCHAUS, Günter: **Elterliche Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge**, Otto Schmidt, Köln, 1980, s. 21; MECKLING, Sarah: **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 25; HONSELL, s. 182.

¹⁵ WACKE, FamRZ 1980, s. 206.

¹⁶ ZIMMER, Angelika: **Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der Kindschaftsrechtsreform**, Lit Verlag, Münster - Berlin, 2011, s. 56.

¹⁷ KASER, Max: **Das Römische Privatrecht Erster Abschnitt, 2. Auflage**, C.H Beck, München 1971, s. 277; ZIMMER, s. 56.

¹⁸ ZIMMER, s. 56; MECKLING, s. 27.

¹⁹ KASER, s. 60.

²⁰ BAKTIR ÇETİNER, Selma: **Velâyet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 25; SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 10, Sayı. 1, 2008, s. 156.

olmadığı için ülkeye geri dönemez ve vatandaşlık hakkını isteyemezdi.²¹ Her ne kadar zamanla ev babasının haklarına bir takım sınırlamalar getirilmiş olursa da -örneğin babanın çocuğunu öldürme hakkının birçok açıdan kısıtlanması- yine de çocuk üzerinde hak ve güç babaya aitti.²²

Kadın hukukta hak sahibi, başka bir deyişle hakların öznesi olarak düzenlenmemiştir. Hatta kadın aile babasının yani kocasının hâkimiyeti altındaydı.²³ Kadın üzerinde kocasının yine sınırsız hakkı vardı, örneğin kadına ailesinden kalan miras kocasının malvarlığına eklenmekteydi.²⁴ Bu nedenle velâyet hakkının kadın tarafından kullanılması gerek evlilik birliği devam ederken gerekse boşanmayla mümkün değildi.²⁵ Boşanma halinde uygulamada buluş yaşına kadar (*pubertas*) çocukların anneye bırakılması ve annenin çocuğun bakımıyla ilgilenmesi çocuk üzerinde egemenlik hakkı olduğu ve velâyetin anneye geçtiği anlamına gelmemekteydi.²⁶ Velâyet yine babada kalmaktaydı. Antik Roma'da boşanma için kusur şartı aranmamakta olup evlilik tarafların karşılıklı anlaşmasıyla son bulmaktaydı; bu nedenle Roma hukukunda boşanan eşin kusurlu olup olmaması velâyet hakkını etkileyen bir durum değildi.²⁷ Kocası ölmüş bir kadının çocuğunu yetiştirme ve onu eğitme hakkına sahip olabilmesi için evlenmemiş olması ve toplumda saygın bir yaşama sahip olması gerekmektedir.²⁸

Zamanla velâyet kurumu/kavramı değişerek çocukla ebeveyn arasında koruma ve güven ilişkisine dönüşmüştür.²⁹ Cermen hukukunda ise babanın çocuk üzerinde *munt* hakkı olup³⁰ bu Roma hukukuna kıyasen daha çok çocuğun yararına olan bir kurumdu. Burada eş ve çocuk, babanın hâkimiyeti altında olsalar da babanın bunlar üzerinde bir mülkiyet hakkı yoktu; anne ve çocuklar özgürlerdi.³¹ Babanın aynı zamanda çocuğu koruma, kayırma ve dışa karşı temsil etme gibi yükümlülüklerinin olduğunu söylemek mümkündür.³²

²¹ WACKE, FamRZ 1980, s. 206.

²² KASER, s. 50 vd; HONSELL, s. 182.

²³ MATTHIESSEN, s. 32.

²⁴ BÜRGE, Alfons: **Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung**, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt, 1999, s. 167.

²⁵ MECKLING, s. 25.

²⁶ MATTHIESSEN, s. 32.

²⁷ MATTHIESSEN, s. 32. Özellikle Hristiyanlığın kabul edilmesi ile ailenin sona erdirilemeyeceği ve kutsallığı kabul edilmiş olunup kusur prensibi boşanmada önemli hale gelmiştir. Hatta günümüzde bazı ülkelerde artık boşanmada kusur prensibi aranmamaktadır.

²⁸ MATTHIESSEN, s. 33.

²⁹ ABİK, s. 12; MECKLING, s. 29; MATTHIESSEN, s. 33.

³⁰ PLANITZ, Hans: **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941, s. 27; ZIMMER, s. 57; CANTIENI, s. 75.

³¹ PLANITZ, s. 27.

³² SERDAR, s. 156.

İslam hukukunda ise babanın çocuk üzerinde velâyet hakkı varken; annenin ancak belirli koşulların gerçekleşmesiyle vasi olma imkânı vardı. Buna göre; hür, mümeyyiz, reşit ve itimada layık olup haysiyetli bir yaşam süren bir anne ancak babanın velâyeti kullanamadığı durumlarda vasi olarak atanabilmekteydi ve anne bu koşulları taşııyorsa başka biri vasi olarak atanırdı.³³

Zamanla aile yapıları değişmiş, aile kabilelerden ziyade eş ve çocuklardan oluşan bir yapıya dönüşmüştür.³⁴ 18. yüzyılda tarımdan sanayiye geçilmesi aile yapılarının değişmesinde önemli bir rol oynamıştır.³⁵ Tarım toplumlarında iş ve ikametgâh yerleri birbirine yakın olup aileler daha kalabalıkken; sanayileşmeyle birlikte küçülüp zamanla ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki kanunlarda düzenlenmeye başlamıştır.³⁶ Başlangıçta velâyet hakkı Roma hukuku örneğine uygun bir şekilde toplum yapılarının ataerkil olması nedeniyle babaya tanınmaktaydı ve babanın çocuğu yetiştirmesi, kişisel ve malvarlığı konularında karar alması olarak tanımlanmaktaydı.³⁷ Boşanmayla birlikte genelde yine velâyet babaya bırakılmaktaydı.³⁸

Yukarıda belirttiğimiz gibi çocuk başta egemenlik altındaki bir nesne (eşya) gibi değerlendirilmekteyken, toplum yapısında meydana gelen değişiklikler çocuğun artık babanın malı olmadığı ve korunması gereken bir kişiliğinin olduğu kabul görmeye başlamıştır.³⁹ Kadın haklarının dışında; çocuk hakları konusunda da gelişmeler yaşanmış ve Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Cenevre'de Milletler Cemiyeti çocuk ticaretini önlemek, çocuk haklarını daha fazla korumak için uluslararası bir konferans düzenlemiş ve bunun sonunda 1924 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi ilan edilmiştir.⁴⁰ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları söylemlerinin artması, anayasa mahkemelerinin kurulması gibi gelişmelerle birlikte çocukların işgücü olarak kullanılmasının engellenmesi, cinsel sömürülerinin önüne geçilmesi için 1924 tarihli Çocuk Bildirgesi'ni de temel alan BM Çocuk Hakları Bildirgesi 1959 yılında yayımlanmıştır ve daha sonra bu bildireler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne dönüştürülmüştür.⁴¹

Çocuk haklarında meydana gelen ilerlemeler, ailelerin küçülmesi, ailedeki rollerin değişmesi, kadınların ev hayatının yanı sıra iş hayatında aktif rol

³³ SERDAR, s. 157.

³⁴ PLANITZ, Hans/ECKHARDT, Karl August: **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien 1991, s. 106 vd.

³⁵ MATTHIENSEN, s. 33.

³⁶ ZIMMER, s. 11.

³⁷ ZIMMER, s. 11.

³⁸ KOSTKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", **FPR 2005**, s. 89.

³⁹ ABİK, s. 13.

⁴⁰ SERDAR, s. 159.

⁴¹ SERDAR, s. 158.

oynamaya başlaması, feminist hareketler nedeniyle kadının toplum içindeki rolünün değişmesi zamanla en azından evlilik birliği içerisinde velâyette hem anne hem babanın eşit söz hakkına sahip olmasını sağlamıştır.⁴² Ancak bu velâyete ilişkin tüm konularda sorunların giderildiği anlamına gelmemektedir. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda ebeveynlerin velâyeti ortak kullanıp kullanmayacağı hala tartışmalıdır.

III. Birlikte Velâyet Kavramı Ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyet

Velâyette çocuğun bağımsız sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamak asıl amaç olup velâyet, anne ve babaya çocuğun bakımı ve eğitimi, malvarlığının yönetimi, çocuğu kanunen temsili ve çocuğun menfaatlerinin korunması gibi hak ve yükümlülükler yüklemektedir.⁴³ Buna göre ebeveynlerin çocuğa isim koymaları, çocuğun yerleşim yerini belirlemeleri ve çocuğa eğitim vermeleri (genel eğitim yanında mesleki ve dini eğitim verilmesi) velâyet hakkının çocuğun medeni duruma ilişkin ebeveynlere yüklenmiş olduğu hak ve görevleridir.⁴⁴ Bu hak ve görevlerin sınırını da çocuğun menfaati ve katılım hakkı çizer.⁴⁵ Yine hak ehliyetine sahip olan çocuğun edinmiş olduğu malvarlığı varsa bu malvarlığını koruma, yönetme yetki ve göreviyle; bunları kullanma hakkı velâyet hakkına sahip olan kişiye aittir.⁴⁶ Birlikte velâyet; çocuk üzerindeki velâyet hakkına ana babanın müşterek ve eşit bir şekilde sahip olmasıdır. Velâyetin birlikte kullanılması anne ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir.⁴⁷ Anne ve baba velâyet hakkı kapsamına giren konularda birbirine danışıp birlikte karar vereceklerdir ve velâyet hakkının sağladığı hak ve yükümlülükler bölünmeyecektir. Örneğin; çocuğun kişisel işlemleri ile bir tarafın; malvarlığı ile ilgili işlemlerde diğer tarafın söz hakkı sahibi olması mümkün değildir.

Velâyetin anne veya babadan sadece birine bırakıldığı durumlarda tek taraf velâyet hakkına sahip olup velâyetin verdiği hak ve yükümlülükleri kullanan taraf diğerine danışmak zorunda değildir.⁴⁸

Evlilik birliği devam ederken eşlerin velâyeti birlikte kullanmaları son derece yaygınken evlilik birliğinin boşanmayla sona erdiği hallerde birlikte velâyetin devam etmesi hususunda pek çok ülkede özellikle son yıllarda yasal

⁴² Bu hususta detaylı bilgi için bkz. MATTHIESSEN, s. 112-156; MÜLLER, Karen: **Die elterliche Sorge im international-privatrechtlichen Kontext aus konsularrechtlicher Sicht**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, s. 3 vd.

⁴³ ABİK, s. 36.

⁴⁴ ABİK, s. 29, 37; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 343 vd.

⁴⁵ ABİK, s. 37.

⁴⁶ ABİK, s. 46.

⁴⁷ ABİK, s. 29; SERDAR, s. 162.

⁴⁸ SERDAR, s. 162.

düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁹ Boşanma sayılarında meydana gelen artış bu konunun önemini âdete gözler önüne sermektedir.⁵⁰

Öncelikle evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde birlikte velâyetin olmaması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, boşanmadan sonra birlikte velâyetin varlığının son derece önemli olduğunu, bu nedenle bunun kabul edilmesi ve yasalarda düzenlenmesi gerektiğini savunanlar vardır.

1. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Olumsuz Bulan Görüşler

Birlikte velâyet sadece hukuksal açıdan değil; sosyolojik ve psikolojik açıdan ele alınarak değerlendirilmiş, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda bunun çocuk açısından ne gibi zarar ve faydasının olacağı tartışılmıştır.⁵¹ Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyete ilişkin getirilen eleştiriler şu şekilde açıklanmaktadır: Bağımlılık teorisine göre⁵² çocuk, ihtiyaçlarının giderilmesi için bir kişiye ihtiyaç duyar, genelde çocuklar doğuştan bir tarafa bağılıdır ve bu daha sonra da bu şekilde devam eder. Bu bağımlılık aynı zamanda insanoğlunun sürekliliğini ve gelişimini sağlar. Çocuk kimin velâyet hakkına tabi olduğunu bilmelidir. Bu, çocuğun gelişimi için çok önemlidir.⁵³ Dolayısıyla evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde çocuğun velâyetinin her iki tarafa verilmesi çocuğun zararına olacaktır.⁵⁴ Çünkü çocuk ayrı yaşamdan dolayı her iki tarafa aynı davranmak istese de bunu başaramayacaktır⁵⁵. Her zaman neden ailesinin eskisi gibi birlikte olmadığını sorgulayacaktır.⁵⁶

⁴⁹ WALPER, Sabina: "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016, s.101. Boşanma istatistikleri için bkz. s. 100; MATTHIENSEN, s. 49.

⁵⁰ GRÜNDEL, Matthias: **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995, s. 19.

⁵¹ MATTHIENSEN, s. 54.

⁵² DITTMANN, Karl: "Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts", **ZBJugR 1977**, s. 191; KLUßMANN; Rudolf W.: "Der Verfassungsgemäße Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 Abs.4 S.1)", **FamRZ 1982**, s. 122; LEMPP, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. - § 1671 BGB", **FAMRZ 1984**, s. 742; KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium", **FamRZ 1987**, s. 999.

⁵³ KLUßMANN, **FamRZ 1982**, s. 120.

⁵⁴ KALTENBORN, **FamRZ 1987**, s. 999; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 120.

⁵⁵ BALLOFF, Rainer/WALTER, Eginhard: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen" **FamRZ 1990**, s. 452; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 121.

⁵⁶ BALLOFF/WALTER, **FamRZ 1990**, s. 447; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 121.

Zıtlaşan yetiştirme metodunun da çocuk için bir başka sorun teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Tarafların uyuşmazlıkları ve problemleri nedeniyle evliliklerini sona erdirirken; bunların çocuk yetiştirme hususunda anlaşmalarının çok zor ve sorunlu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷ Bu görüşe göre çocuk ebeveyn elinde bir o yana bir bu yana çekilip⁵⁸ az ya da çok farklı yaşamları, hedefleri olan iki taraf arasında kalacaktır; bu da negatif olarak çocuğun uyum yeteneğini etkileyecek ve çocuğun başka bir takım zorluklarla baş etmesinde sıkıntı yaratacaktır. Zaten sorunlu olan çiftlerin boşandıktan sonra velâyeti birlikte kullanmalarının sorunsuz olacağını, çocuğun yararına harekette bulunacaklarını beklemenin mümkün ve doğru olmayacağı belirtilmiştir.⁵⁹

Birlikte velâyete yöneltlen bir diğer eleştiri ise eşlerin birlikte yaşamamalarıdır. Buna göre zaten sorunlu olan çiftler zamanla çocuğa olan ilgilerini kaybedeceklerdir; ayrıca eşler artık boşandıkları ve aynı evde yaşamadıkları için burada tam anlamıyla bir aileden bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁶⁰ Çocukla yaşamayan tarafın ya da çocukla daha az ilişki içerisinde olan tarafın çocuk hakkında daha az bilgiye sahip olacağı ve bunun beraberinde sıkıntılar getireceği savunulmuştur.⁶¹

Başka bir eleştiri ise boşanan çiftlerin yeni birlikteliklerinin/evliliklerinin olmasıdır. Her iki tarafın yeni bir eşinin veya partnerinin olması durumunda birlikte velâyetin sorunlara yol açacağı, çocuğa zarar vereceği belirtilmiştir.⁶² Çünkü birlikte velâyet nedeniyle tarafların eski eşleriyle birbirlerini görmesi gerektiği belirtilmiştir. Çocuğun yetiştirilmesinde artık sırf anne ve baba değil, yeni eşlerin/yeni partnerlerin de ister istemez işin içine gireceği ve ikili bir ilişkinin dışında üçüncü kişilerin de çocuğun hayatına müdahalede ve etkide bulunacağı bir durumun ortaya çıkacağı, muhatap alınacak kişilerin çocuk açısından her seferinde değişeceği belirtilmiştir.⁶³

Boşanmadan sonra birlikte velâyetin anayasalarda aileyi koruma altına alan maddeleri etkisizleştireceği ileri sürülmektedir.⁶⁴ Bu görüşe, göre aile toplumun en önemli çekirdeği olup anne ve babadan oluşmaktadır. Evli olmayan çiftlere

⁵⁷ LUTHIN, Horst: **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987, s. 56.

⁵⁸ DITTMANN, ZBljugR 1977, s. 191.

⁵⁹ DITTMANN, ZBljugR 1977, s. 191; LUTHIN, s. 56.

⁶⁰ KLUßMANN; FamRZ 1982, s. 120.

⁶¹ WALPER, s. 106.

⁶² LUTHIN, s. 55; MICHALSKI, LUTZ: "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ 1992**, s. 131; WALPER, s. 103, 106.

⁶³ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 130 vd.

⁶⁴ HOLZHAUER, Heinz: "Verwandtschaftliches Elternstellung verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", **FamRZ 1982**, s. 116; BRUNS, Rudolf: "Elterlichen Sorge. Klarstellungen", **FamRZ 1979**, s. 279 vd. Devletin çocuğu ebeveyn insiyatifine bırakmaması gerektiğine dair düşünceleri için s. 281.

ya da boşanmadan sonrada ebeveynlere, velâyeti birlikte kullanma hakkı verilecekse bu durumda taraflar aile kurmak istemeyeceklerdir ve bu durum uzun vadede aile kurumunu olumsuz etkileyecektir.⁶⁵

2. Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Olumlu Bulan Görüşler

Birlikte velâyete ilişkin doktrinde ileri sürülmüş olumlu görüşler de bulunmaktadır. Bağımlılık teorisine göre çocuğun sadece bir tarafa bağlı olması eleştirilmiştir. Buna göre önemli olan, çocuğun bir tarafı muhatap alması değil; taraflardan birinin dışlanmaması ve çocuğun her iki tarafla da ilişki içinde olmasıdır.⁶⁶ Velâyetin ana babadan birine bırakılması, çocuğun boşanmayla ebeveynlerden birini seçmek zorunda bırakılması anlamına gelmektedir.⁶⁷ Oysaki çocuğun gelişimi ve geleceği düşünülerek sürekli birlikte olunmasa da iki tarafla ilişki içinde olması gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre, birlikte velâyet olması durumunda çocuğun bağımlılık duygusunun gelişmeyeceğini ileri sürmek doğru değildir. Çünkü zaten birlikte velâyet olmasaydı bile çocuk diğer tarafla kişisel ilişki kuracaktı ve aynı sıkıntılar bu kişisel ilişkinin kurulmasıyla da ortaya çıkabilecekti. Çocuğun, boşanmanın acısını her iki tarafla olan ortak ilişkiyle daha kolay bir şekilde atlatacağı ve ailesinin sona ermediğini sadece bir takım değişiklikler geçirdiğini daha kolay anlayacağı belirtilmiştir. Birlikte velâyeti olumlu bulanlara göre eşler birbirinden ayrılırlar; ama anne ve baba olmaktan kurtulamazlar.⁶⁸ Eşlerin başka biriyle yaşaması, evlenmesinden dolayı birlikte velâyetin ortadan kaldırılması mantıklı bulunmamıştır.⁶⁹ Çocuğun ilişkisine üçüncü kişilerin müdahale edeceği tehlikesinin sadece birlikte velâyette ortaya çıkacak olumsuz bir durum olmadığı, velâyetin tek bir tarafa bırakılması halinde de bu tarafın başka biriyle yaşayıp, evlenebileceği o halde bu durumun birlikte velâyetten çok daha farklı ve iyi olacağını savunmanın kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Aslında birlikte velâyetin çocuğun sığınacağı bir başka limanının olduğunu bilmesi ve kendini daha güvende hissetmesini sağlayacağı savunulmaktadır. Çünkü çocuk her iki tarafı da kaybetmemiştir ve bir tarafın onun sorunlarını çözemediği, ona yardımcı olamadığı durumlarda

⁶⁵ HOLZHAUER, FamRZ 1982, s. 116; BRUNS, FamRZ 1979, s. 279.

⁶⁶ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 132 vd.

⁶⁷ Daha çok babanın olmaması ve annenin tek kalması anlamına da geliyor. Bu husustaki verilere göre boşanan çiftlerin çocuklarının % 30 ile % 60 varan oranları babalarıyla sadece yılda bir kez görüşmekte. Detaylı bilgi için CANTIENI, s. 55; FEHMEL, Hans-Werner: "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. IV. S. 1 BGB) verfassungswidrig?", FamRZ 1980, s. 760.

⁶⁸ MECKLING, s. 611; KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", FamRZ 1983, s. 971.

⁶⁹ MATTHIESEN, s. 58; ELL, Ernst: "Wie ist das mit der "Hauptbezugsperson"?", ZBJugR 1982, s. 82.

diğer tarafın yanında olacağını bilecektir.⁷⁰

Birlikte velâyetin çocukta bağımlılık ve süreklilik problemini doğuracağı eleştirileri de ortak velâyeti olumlu bulanlarca kabul edilmemiştir.⁷¹ Çocukla kişisel ilişki kurulması durumunda bir tarafın -özellikle velâyet kendisine verilmeyen - nafaka yükümlülüğünden kaçacağı; yine velâyet kendisine verilen ama nafaka alamayan tarafın, -çoğunlukla annenin- çalışmak zorunda kalacağı ve böylelikle günün sonunda çocuğun aslında iki taraftan tam olarak beklediği sevgi ve ilgiyi göremeyeceği savunulmaktadır.⁷² Her iki tarafın çocukla daha fazla ilişki kuracağı velâyetin birlikte kullanılması durumunda, etik olarak her iki tarafın çocuğun gelişimi için daha fazla ekonomik yükümlülük altına girmeyi kabul edeceği ve bu durumun çocuk için olumlu olacağı belirtilmiştir.⁷³

Yine birlikte velâyetin ailenin amacı olan güvenli, mutlu, sorumluluğu olan birey yetiştirmeye daha fazla hizmet ettiği savunulmuştur.⁷⁴ Tek taraflı velâyetle kişisel gelişimin olumsuz etkileneceği belirtilmiştir. Bu görüş taraftarlarına göre, bilimsel çalışmalar özellikle 12 yaş altındaki çocuklar için sürekli, sağlıklı bir ilişkinin önemli olduğunu ancak bunun illa da tek bir tarafla kurulmasının gerekmediğini göstermektedir.⁷⁵ O halde birlikte velâyette her iki tarafın farklı yeteneklerinin olması, çocuğa yardımcı olmaya hazır olmaları, eğitimin, sevginin ve güven duygusunun her iki taraftan çocuğa verilmesi; çocuğun gelişimi için son derece önemlidir. Çocuğun tek bir kişinin inisiyatifinde olmamasının önemli olduğu ve çocuğun bir tarafa bağlı olması yerine birden fazla kişi ile güven duygusu içinde olmasının kişisel gelişimini pozitif yönde etkileyeceği kabul edilmiştir.⁷⁶ Boşanmadan sonra birlikte velâyetin olması durumunda tarafların kaybetme, suçluluk duyguları ortadan kalkacağı için çocuğu artık bir araç olarak kullanmayacakları ve eşler arasındaki çatışmanın zamanla azalacağı belirtilmektedir.⁷⁷ İnsanın doğası gereği

⁷⁰ MATTHIESEN, s. 65; MARINOPOULOS, Alisko: **Entscheidungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt lebender Ehegatten in Deutschland und Australien**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2003, s. 24; OLLMANN, Rainer: "Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG" **FamRZ 1993**, s. 871.

⁷¹ OELKERS, Harald/KARSTEN, Hartwig: "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung", **FamRZ 1993**, s. 19; KALTENBORN, FamRZ 1983, s. 971.

⁷² KROPHOLLER; Jan: "Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und im ausländischen Recht", **JR 1984**, s. 97; WALPER, s. 102; OELKERS/KARSTEN, FamRZ 1993, s. 19.

⁷³ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 131; OELKERS/KARSTEN, FamRZ 1993, s. 19; MARINOPOULOS, s. 26 vd.

⁷⁴ MARINOPOULOS, s. 24.

⁷⁵ FEHMEL, FamRZ 1980, s.760 vd.; LEMPP, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB", **FamRZ 1984**, s. 742 vs.

⁷⁶ MARINOPOULOS, s. 24.

⁷⁷ COESTER, Micheal: "Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach der Trennung und Scheidung", **FuR 1991**, s. 72; JOPT, Uwe-Jörg: "Nacheheliche Elternschaft

sosyolojik, psikolojik ve ekonomik bir bütünlük içinde olmak zorunda olduğu ve çocuğun ebeveynleriyle ancak bir bütün olduğu bunun da boşanma halinde ancak birlikte velâyet ile sağlanabileceği savunulmaktadır. Velâyetin tek tarafa bırakılması halinde velâyetin kendisine verilmeyen tarafın çocukla belirli aralıklarla buluşmasının (kişisel ilişki hakkı) bu olumsuzlukları gideremeyeceği ileri sürülmüştür.⁷⁸

Bu görüşü savunanlara göre, eşlerin boşanmış olması demek ebeveynlerin sürekli olarak çocuk için çatışacağı anlamına gelmemektedir; yine boşanma oranlarına bakıldığında çoğunlukla çiftlerin çocuk nedeniyle ayrılmadığı görülmektedir.⁷⁹ Ayrıca birlikte velâyet olması durumunda boşanan çiftlerin zamanla duygularını kontrol altına aldıkları; kinlerini, öfkelerini törpüledikleri ve artık çocuğu birbirlerine karşı kullanmayarak çocuğun menfaatini birlikte korudukları gözlemlenmektedir.⁸⁰

Boşanma halinde birlikte velâyetin devam ettirilmesi gerektiğini savunanlara göre; eşlerin farklı yetiştirme biçimi, yaşam tarzının da her zaman çocuğun aleyhine olduğunu kabul etmek doğru değildir. Çocuk farklılıklardan beslenebilir, kendini geliştirebilir ve her iki tarafla bağlantısı ne kadar iyi olursa boşanmanın etkilerini, boşanmanın travmasını üzerinden o kadar kolay atar.⁸¹ Cinsiyetler arasında farklılıklar olup çocuğun hem anneye hem de babaya ihtiyacı vardır. Düşünce farklılığı, çocuğa zenginlik katan bir olgudur ve bu nedenle yetiştirme metodundaki farklılıklar gerekçe gösterilerek birlikte velâyet ortadan kaldırılmamalıdır.⁸²

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyet

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda velâyet konusu sadece ulusal sınırlar içerisinde kalınarak çözülebilecek bir sorun değildir; hukuki sorunlara özellikle çocukları ilgilendiren sorunlara daha geniş bir perspektiften bakılarak, değişik ülkelerdeki gelişmeler dikkate alınarak çözüm modellerinin getirilmesi son derece önemlidir. Günümüzde farklı milliyetten insanların evlenmesi, farklı ülkelerde yaşaması sıklıkla görülmektedir. Türk hukukunda velâyete ilişkin yapılacak değişikliklerden daha iyi sonuç alabilmek

und Kinderwohl –Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall“, **FamRZ 1987**, s. 884; OELKERS/KARSTEN, **FamRZ 1993**, s. 19; LUTHIN, s. 49.

⁷⁸ WALPER, s. 102.

⁷⁹ LEMPP, **FamRZ 1984**, s. 743; BALLOFF/WALTER, **FamRZ 1990**, s. 448 ve 450; DIECKMEIS, Franz: “Die gemeinsame Sorge- engagiertes Plädoyer. Die Bewältigung der Scheidungskrise, Hilfe durch Gerichte und Jugendämter?“, **ZBIJugR 1989**, s. 58.

⁸⁰ DIECKMEIS, **ZBIJugR 1989**, s. 58.

⁸¹ OELKERS/KARSTEN, **FamRZ 1993**, s. 19.

⁸² JOPT, **FamRZ 1987**, s. 879

için öncelikle birkaç ülkedeki durumun incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Özellikle son yıllarda eşitlik ilkesi, çocuğun üstün yararı gibi konuların sıklıkla gündeme gelmesi, ebeveynlerin çocuğu daha çok düşündükleri ve onların bu konuda korunması gereken otonomi/özgürlüklerinin olduğunun kabulü, birlikte velâyetin yukarıda saydığımız olumlu yanlarının dikkate alınması nedeniyle boşanmadan sonra birçok ülkede düzenlendiği görülmektedir.⁸³ Ancak bu ülkelerde birlikte velâyetin boşanma ile birlikte kendiliğinden mi devam edeceği, yoksa ebeveynlerin bu hususta aktif davranışlarda bulunması -örneğin dilekçe vermesi- gerekip gerekmediği ve birlikte velâyete karar verilen durumlarda eşlerin bunu nasıl kullanacağı, tarafların tüm işlerde mi yoksa belirli işlerde mi ortak karar alacağını incelenmesi gerekmektedir; zira taraflar artık aynı evde yaşamamaktadırlar.

1. Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyeti Düzenleyen Ülkeler

Boşanmadan sonra birlikte velâyet Almanya, Avusturya, Belçika, İngiltere, Fransa, Rusya, İspanya, Norveç, Portekiz, İtalya ve İsviçre gibi pek çok ülkede kabul edilmektedir.⁸⁴ Bu düzenlemelerin temelinde eşlerin ayrışmalar bile anne ve baba kalmaya devam edeceği ve çocukla ilgilenmelerini sürdürecekleri, dolayısıyla bunun çocuğun yararına olacağı kabulü yatmaktadır. Ancak birlikte velâyeti kabul eden her ülkede birlikte velâyet kanun uyarınca devam etmemekte olup bazı ülkelerde birlikte velâyeti isteyen ebeveynlerin bu hususta mahkemeden bir talepte bulunması gerekmektedir.⁸⁵

Birlikte velâyetin boşanmadan sonra kanun uyarınca devam ettiği hallerde boşanmanın velâyet hakkı üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Bu modele göre eşler boşansalar dahi evlilik birliği devam ederken sahip oldukları birlikte velâyeti kullanmaya devam edeceklerdir. Anne ve babanın birlikte velâyeti kullanabilmeleri için ayrıca bir dilekçe vermelerine gerek yoktur. Bu modelde eğer eşler birlikte velâyeti kullanmak istemiyorlarsa velâyetin bir tarafa verilmesi için talepte bulunmaları gerekir. Mahkeme ancak birlikte velâyetin çocuğun menfaatine açıkça aykırı olduğu durumlarda veya tarafların birlikte velâyetin sona erdirilmesini istemeleri hususunda dilekçelerinin olmasıyla müdahale eder.⁸⁶

Bu modele verilecek en iyi örnek Alman hukukudur. Alma hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet tek bir tarafa

⁸³ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1210.

⁸⁴ CANTIENI, s. 119.

⁸⁵ CANTIENI, s. 123 vd.

⁸⁶ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

verilmekteydi.⁸⁷ 1980’li yılların başlarında birçok ebeveyn Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunup boşanma halinde velâyetin birlikte kullanılmasına olanak vermeyen 1671. maddenin 4. fıkrasının (eski versiyonunu) anayasada korunma altına alınan temel haklarına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 03.11.1982 yılında vermiş olduğu kararda evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyet hakkını taraflara tanımayan madde 1671 fıkra 4’ü Anayasa’ya aykırı bulmuştur.⁸⁸ Mahkemeye göre Federal Alman Anayasası’nın aileyi ve ebeveynlerin özgürlüğünü⁸⁹ koruyan 6. maddesi ışığında, ebeveynlere birlikte velâyeti kullanma hakkı tanınmalıdır.⁹⁰ Bu kararın ardından mahkemeler ebeveynlerin isteği, birlikte çalışabilme yeteneğinin bulunmaları halinde ve bunun çocuğun yararına uygun olması şartıyla birlikte velâyete karar vermiştir.⁹¹ Ancak evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyet koşullarının net olmaması mahkemelerin bu hususta daha çekingen davranmasına sebebiyet vermiştir. Birlikte velâyet Alman hukukunda Çocuk Hakları Reformu Kanunu ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin ebeveynlere daha fazla hak veren kararının ardından kabul edilmiş olup Alman Medeni Kanunu’nun 1671. maddesinde düzenlenmiştir.⁹² Bu maddeye göre ayrılık veya boşanma halinde birlikte velâyet devam etmekte olup ancak taraflardan birinin talebiyle sona erebilir. Ebeveynlerden birinin vermiş olduğu bu dilekçe ancak çocuğun yararına⁹³ uyarırsa mahkemece kabul edilir ama 14 yaşını dolduran çocuk velâyetin tek bir tarafa verilmesine itiraz edebilir.⁹⁴ Alman hukukunda boşanmak isteyen çiftler, Alman Medeni Usul Kanunu’nun 622. maddesinin 2. fıkrası uyarınca verecekleri dilekçede ergin olmayan çocukları varsa bu hususu da belirtmelidirler. Böylelikle boşanma dilekçesini alan Aile Mahkemesi durumu Sosyal Hizmetler Kurumu’na bildirerek bu

⁸⁷ SCHLÜTER, Wilfred: **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s. 244, 247

⁸⁸ BVerfGE 61, 358= NJW 1983, s. 101.

⁸⁹ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1210 vd.

⁹⁰ SCHWAB, Dieter: “Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes”, **FamRZ 1998**, s. 458.

⁹¹ ZIMMER, s. 146; LIMBACH, Jutta: **Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern**, C.H. Müller, Heidelberg, 1988, s. 18.

⁹² VON DER HEYDE, Irene: **Internationalrechtliche Studien Beiträge zum Internationalen Privatrecht zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 67; SCHLÜTER, s. 247 vd.

⁹³ Çocuk yararı ve ebeveynlerle ilişkisi hakkında detaylıca bkz. JESTAEDT, Matthias: “Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung. Herausforderungen des Eltern-Kind- Verhältnisses aus verfassungsrechtlicher Perspektive”, **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld 2016, s. 70; ZIMMER, s. 182-235.

⁹⁴ OELKERS, Harald: “Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis”, **FuR 1999**, s. 350.

kurumun ebeveynleri velâyet hakkı ve çocuğun bakımı ile ilgili hususlarda bilgilendirmesini sağlayacaktır.

Fransa'da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyet 1987 yılında istisna olarak kabul edilmişken, 1993 yılında kural haline getirilmiştir.⁹⁵ Başka bir ifadeyle boşanma ile velâyetin anne ve baba tarafından kullanılmasının sona ermeyeceği kabul edilmiştir.⁹⁶ 2002 yılında birlikte velâyete ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır ve birlikte velâyet Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.⁹⁷ Bu maddede boşanmanın, velâyetin ebeveynler tarafından kullanılmasına bir etkisi olmadığı belirtilmekte olup her iki tarafın çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükleri olduğu ve tarafların birbirinin kararlarına saygı göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Birlikte velâyetin nasıl kullanılacağı hususunda ebeveynlerin anlayamadığı durumlarda 373-2. madde uyarınca tarafların aile mahkemelerine başvurması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁸ Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2-1. maddesinin 1. fıkrası gereğince ancak çocuğun menfaati gerektiriyorsa mahkemenin velâyeti tek tarafa verebileceği düzenlenmiştir.⁹⁹ Velâyetin tek tarafa verildiği durumlarda velâyet hakkı kendisine verilmeyen tarafın ise çocuğu izleme, denetleme ve çocuğun hayatını ilgilendiren önemli konularda bilgi alma hakkı vardır. Ayrıca velâyet hakkı kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır.¹⁰⁰

Yukarıda Fransa ve Almanya için anlattığımız bu durum Belçika, İtalya, İsveç ve Hollanda ile İngiltere için de geçerlidir.¹⁰¹

İtalya'da birlikte velâyet kanundan doğmaktadır.¹⁰² Bu sistemde hâkim çocuğun menfaatini dikkate alarak velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri

⁹⁵ GRÜNDEL, s. 142, 147; CANTIENI, s. 118 vd.

⁹⁶ GRÜNDEL, s. 142.

⁹⁷ EBER-ARAMPATSI, C.: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 27; FERRAND, Frederique: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Edt) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 283.

⁹⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006426578> (Erişim: 06.08.2017).

⁹⁹ FERRAND, s. 283; EBER-ARAMPATSI, Nr. 7.

¹⁰⁰ FERRAND, s. 283; EBER-ARAMPATSI, Nr. 7.

¹⁰¹ BOELE-WOELKI, Katharina/BRAAT, BENTE/CURRY-SUMNER, Ian: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Ed.) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005 s. 275 vd.; CANTIENI, s. 118 vd.

¹⁰² PATTI, Salvatore/BELLISARIO, Elena/ROSSI CARLEO, Liliana: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities** Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Ed.) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005, s. 287.

bir tarafa verebilir.¹⁰³ Mahkeme maddi ve manevi olarak çocuğun menfaatini dikkate alacaktır.¹⁰⁴

İsviçre hukukunda başlangıçta boşanmayla birlikte velâyet sona ermekte ve taraflardan biri velâyeti kullanmaktayken yapılan değişiklikler sonunda istisnai olarak boşanma halinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. maddesindeki koşulların gerçekleştirilmesi ile velâyetin birlikte kullanılabileceği düzenlenmişti.¹⁰⁵ O halde birlikte velâyet için tarafların mahkemeye bir dilekçe ile başvurması ve dilekçelerinde tarafların çocuğun kişisel bakımı, nafakası gibi hususlarda anlaşması beklenmekteydi. Ayrıca birlikte velâyetin çocuğun yararına uygun olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Her ne kadar birlikte velâyetin istisna olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da doktrinde tarafların dilekçelerine ve koşula bağlı olmasının birlikte velâyetin istisna; tek taraflı velâyetin ise ana kural olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermiştir.¹⁰⁷ Almanya'ya karşı açılan Zaunegger¹⁰⁸ ve Avusturya'ya karşı açılan Sporer¹⁰⁹ davalarında AİHM özellikle evli olmayan ebeveynlerde velâyetin annede olmasını ve birlikte velâyetin kullanılmasının iki tarafın ortak dilekçesine bağlı tutulmasını başka bir deyişle annenin, babanın velâyeti kullanmasına ilişkin veto hakkını AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmasının ardından İsviçre'de velâyete ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır.¹¹⁰ 01.07.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan bu değişikliklerin İsviçre'de evlilik içinde doğmamış olan çocuğun velâyeti ile boşanmadan sonra birlikte velâyete ilişkin hükümleri kapsadığı görülmektedir.¹¹¹ Bu değişikliklerle birlikte artık evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin madde 296 fıkra 2 ile 298 fıkra 1 (zıt anlamından/*e contrario*) hükümlerine istinaden devam ettiği

¹⁰³ PATTI/BELLISARIO/ROSSI CARLEO, s. 288.

¹⁰⁴ PATTI/BELLISARIO/ROSSI CARLEO, s. 289.

¹⁰⁵ GRÜNDEL, s. 180; CANTIENI, s. 77-90; GEISER, Thomas: "Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts", **AJP 2015**, s. 1724.

¹⁰⁶ GRÜNDEL, s. 180, 182; CANTIENI, s. 97-110.

¹⁰⁷ CANTIENI, s. 97.

¹⁰⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%222859047%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-96020%22%5D%7D> (Erişim: 08.10.2017).

¹⁰⁹ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20110203_AUSL000_000BSW35637_0300000_000/JJT_20110203_AUSL000_000BSW35637_0300000_000.pdf Erişim: 08.10.2017).

¹¹⁰ GEISER, AJP 2015, s. 1724; FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina/ DESCH, E. Erica: "Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl", **ZBJV 150/2014**, s. 892

¹¹¹ GEISER, AJP 2015, s. 1724; BERTSCHI, Nora/MARANTA, Luca: "«Wir ziehen um?!» – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten", **FamPra.ch 2017**, s. 649; HAUSHEER, Heinz: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regeltatbestand in der Schweiz", **FamRZ 2014**, s. 1521; ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 642 vd.

görülmektedir.¹¹² Hatta bu değişiklikler yapılırken kanun koyucu artık birlikte velâyetin ana kural olduğu hususunu belirtmiştir.¹¹³ O halde İsviçre’de kanun koyucu pek çok ülkede olduğu gibi ana ve babanın medeni durumuna göre velâyeti düzenlemekten vazgeçmiştir. Birlikte velâyet; evli olan, olmayan ve boşanmış ebeveynlere tanınmıştır.¹¹⁴ Ancak bu durum her zaman istisnasız birlikte velâyet olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerek çocuk haklarına dair uluslararası anlaşmalar gerekse İsviçre Medeni Kanunu’nun velâyete ilişkin maddelerinin ışığında somut olayın değerlendirilmesi gerekir.¹¹⁵ Bu nedenle çocuğun yararı gerektiriyorsa hâkim velâyeti taraflardan birine bırakabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin konuya ilişkin yeni kararına bakıldığında¹¹⁶ mahkeme bazı durumlarda yine de velâyetin bir tarafa verilebileceğinden bahsetmiştir. Mahkemeye göre eğer ebeveynler arasında devam eden bir iletişim sorunu ve anlaşmazlık varsa ve bu durum çocuğun menfaatine aykırılık teşkil ediyorsa velâyetin bir tarafa verilmesinden bahsedilebilir. Burada anlaşmazlığın illa belirli bir konuya ilişkin olması gerekmemektedir. Mahkeme ancak uyuşmazlığın önemli ve devam eden konular hakkında olması halinde tek tarafa velâyetin verileceğini belirtmiştir.¹¹⁷ Doktrinde mahkeme tarafından 311. madde dikkate alınarak orda sayılan sebeplerden dolayı velâyetin tek tarafa re’sen verileceği belirtilmiştir. Yani ebeveynlerden birinin tecrübesizliği, hastalığı, yokluğu, şiddete başvurması veya buna benzer sebeplerden dolayı velâyetten doğan yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumda olması halinde veya çocukla gerçekten ilgilenmeyip velâyetten doğan yükümlülüklerini büyük ölçüde ve kusurlu bir şekilde zedelemesi durumunda velâyet tek bir tarafa verilebilir.¹¹⁸

İsveç hukukunda boşanma, birlikte velâyeti ortadan kaldırmamaktadır. Ebeveynlerin istemesi ya da mahkeme tarafından birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığı durumlarda velâyet tek tarafa verilmektedir. Birlikte velâyetin kanun gereği kendiliğinden devam etmesi birlikte velâyetin temel bir kural olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹¹⁹ Ancak ebeveynlerden bir tarafın velâyet yükümlülüklerine aykırı davranması, uyuşturucu madde bağımlısı vs. olması gibi durumlarda ise velâyetin tek bir tarafa verilmesi gündeme

¹¹² GEISER, ZKE 2015, s. 235; MEYER, Nr. 16.

¹¹³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/529.pdf> (Erişim: 06.10.2017)

¹¹⁴ MEYER, K: Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H.Beck, März 2017, Nr. 16; HAUSHERR, FamRZ 2014, s. 1521.

¹¹⁵ MEYER, Nr. 16.

¹¹⁶ BGer 5A_923/2014 vom 27.08. 2015 Nr.4. 4, 4.6, 4.7 (Swisslex).

¹¹⁷ BGer 5A_923/2014 vom 27.08. 2015 Nr.4. 4, 4.6, 4.7(Swisslex).

¹¹⁸ MEYER, Nr. 16; GEISER, AJP 2015, s. 1725.

¹¹⁹ MEYER, NR. 16.

gelecektir.¹²⁰

İngiltere’de velâyete ilişkin 1987 Aile Hukuku Reform Yasası ile 1989 tarihli Çocuk Kanunu bulunmaktadır.¹²¹ Buna göre boşanma ile anne ve babanın velâyet hakkını birlikte kullanmaları kendiliğinden sona ermemektedir; çünkü ebeveynlerin özerkliğine ve kararlarına saygı gösterilmesi gerektiği ve bu nedenle boşanmadan sonra velâyete müdahalenin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir.¹²² Birlikte velâyeti kullanan ebeveynlerin çocuk için önemli olan hususlarda (ikametgâh, nafaka vs.) anlaşması istenmektedir.¹²³ Buna göre ebeveynlerin çocuğun nerede yaşayacağı (*residence order*), kimle hangi koşullar altında ne kadar görüşeceği (*contact order*), kendisine çocuk bırakılan tarafın izinsizce ikametgâhı değiştirmeyeceği (*prohibited step order*) ve diğer bazı konular üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanması istenmiştir.¹²⁴ İngiltere’de mahkeme ebeveynlerin talebi üzerine veya çocuğun yararına daha uygun ise ebeveynlerin talebi olmadan kendiliğinden çocuğun hangi tarafla yaşayacağına karar verebilmektedir.¹²⁵

Belçika’da birlikte velâyet kanunen devam edip boşanmanın buna bir etkisi olmasa dahi ailelerin İngiltere’de olduğu gibi belirli konular üzerinde anlaşması istenmektedir.¹²⁶ Buna göre çocuğun sağlığı, eğitimi, dini eğitimi, dünya görüşü, boş zamanındaki aktiviteleri hususunda tarafların anlaşması gerekmektedir.¹²⁷ Belçika Medeni Kanunu’nun 302. maddesinde çocuğun menfaatinin belirleyici olduğu vurgulanmıştır.¹²⁸

2001 yılında birlikte velâyeti düzenleyen Avusturya Medeni Kanunu’nun 177. maddesinde başlangıçta İsviçre’de olduğu gibi tarafların birlikte velâyet hususunda bir talepte bulunmaları (Ortak ya da ayrı dilekçelerle), çocuğu ilgilendiren önemli konular üzerinde anlaşmaları ve mahkemenin bu konuları görevi gereği inceleyip, birlikte velâyetin çocuğun yararına olup olmadığını

¹²⁰ FIRSCHING, A.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H.Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹²¹ GRÜNDEL, s. 195 vd.; CANTIENI, s. 121.

¹²² GRÜNDEL, s. 199; CANTIENI, s. 122.

¹²³ GRÜNDEL, s. 142; CANTIENI, s. 122; WOELKE, A.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 27-32.

¹²⁴ GRÜNDEL, s. 200, 205; WOELKE, Nr. 29, 30.

¹²⁵ WOELKE, Nr. 27-32.

¹²⁶ GRÜNDEL, s. 163.

¹²⁷ GRÜNDEL, s. 163 vd.; HEITMÜLLER, M.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹²⁸ HEITMÜLLER, Nr. 16; GRÜNDEL, s. 163 vd.

çocuğu dinleyerek karar vermesi gerektiği düzenlenmişti.¹²⁹ Mahkeme sadece belirli konularda birlikte velâyeti ebeveynlere verip diğer kalan hususlarda tek tarafa verebilmekteydi. Ebeveynlerin çocuğu ilgilendiren hususlarda özellikle ikametgâh hususunda anlaşamamaları halinde veya bunun çocuğun menfaatine uymadığı hallerde mahkeme velâyeti bir tarafa bırakabilme hakkına sahipti. Medeni Kanun'da yapılan değişiklikle boşanma halinde velâyetin akibeti 179. maddede düzenlenmiş olup¹³⁰ artık boşanmanın velâyet üzerinde direk bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ebeveynler dilerse velâyet hakkının sadece bir tarafta kalmasına veya belirli konular hakkında karar verme yetkilerinin sadece bir tarafta olmasına karar verebilirler. Birlikte velâyetin kullanılması durumunda çocuğun ikametgâhının neresi olacağı ve özellikle çocukla daha çok kimin ilgileneceği gibi hususların açıklığa kavuşması gerekir. Avusturya hukukunda çocuğun yararı son derece önemli olup velâyette göz önüne alınması gerekir.¹³¹

İspanya'da yapılan değişikliklerle 92. madde uyarınca boşanmanın velâyete bir etkisi olmamaktadır.¹³² Mahkeme birlikte velâyeti ortadan kaldırıp sadece bir tarafa velâyeti verebileceği gibi yine birlikte velâyete rağmen bazı hususlarda karar alma yetkisini bir tarafa bırakabilir. Mahkeme, kardeşler varsa bunların ayrılmamasına dikkat etmelidir.¹³³ Mahkeme çocuğun menfaatini/ yararını dikkate almaktadır ve 12 yaşını doldurmuş çocuğun da dinlenmesi gerekmektedir. Ayrıca 12 yaşını doldurmamış olup karar verebilecek düşüncelerini ifade edecek durumdaysa çocuk mahkeme tarafından dinlenir.¹³⁴

2. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Düzenleyen Ülkelerde Velâyetin Kullanılması

Yukarıda açıkladığımız üzere birçok ülkede birlikte velâyet düzenlenmiştir ve boşanmadan sonra birlikte velâyetin kullanılması evlilik birliği devam ederken kullanılan birlikte velâyettten bir takım farklılıkları bünyesinde barındırmaktadır. Çünkü artık anne ve baba aynı evde yaşamamaktadır. Burada aile yaşantısında ve yapısında bir takım değişiklikler meydana gelmektedir. Boşanmadan sonra birlikte velâyetin nasıl kullanılması gerektiği hususunda farklı modeller vardır. Hangi tarafın, hangi işleri tek başına yapacağı vs. hususlar bazı ülkelerde farklı

¹²⁹ CANTIENI, s. 124.

¹³⁰ NADEMLEINSKY, M: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 17.

¹³¹ NADEMLEINSKY, Nr. 17.

¹³² ADAM, B. M./PERONA FEU, P: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 20.

¹³³ ADAM/PERONA FEU, Nr. 20.

¹³⁴ ADAM/PERONA FEU, Nr. 20.

düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde velâyetin konusuna giren işler; günlük ve önemli işler olarak ayrılmaktadır.¹³⁵ Buna göre, günlük olarak tabir edilen işleri çocuğu yanında bulunduran anne veya baba diğerine sormaksızın yapacaktır.¹³⁶ Ancak önemli olan işlerde ebeveynlerin ortak karar alması gerekmektedir.¹³⁷ Bu model Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, Belçika gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 1687. maddesinde *günlük yaşamda yapılması gereken işler* ibaresinin kullanılarak çocuğun yaşadığı ebeveynin günlük işleri tek başına yapmasına fırsat tanınmıştır.¹³⁸ Çocukla yaşayan tarafın sürekli olarak diğer tarafı arayıp günlük işlemler hakkında soru sormasına gerek yoktur; günlük işler yapılırken ancak çocukla daha az ilişki içinde olan ebeveynin Alman Medeni Kanunu'nun 1686. maddesi uyarınca haklı menfaati varsa çocuğun günlük işleri hakkında bilgi alabilmesi düzenlenmiştir. Özellikle çeşitli sebeplerden dolayı çocukla daha az ilişkisi olan tarafa -örneğin başka bir şehirde yaşayan - 1686. madde uyarınca bilgi verilmesi yerinde olacaktır. Çocuğun yemek saati, günlük okul sorunları, önemli olmayan birtakım tedavileri günlük ihtiyaç kategorisinde değerlendirilmekte olup karşı tarafa danışılmasına gerek yoktur. Bir konunun günlük işlere girip girmediğinin yanıtı objektif olarak değerlendirilmektedir.¹³⁹ Çocuk için önemli olan konularda ise tek tarafın karar vermesi yeterli değildir. Birlikte velâyet uyarınca anne ve babanın bu konuda ortak karar alması gerekmektedir.¹⁴⁰ Önemli işlere örnek olarak; çocuğun gideceği okulun tespit edilmesi, mesleğinin ve dininin seçilmesi veya büyük bir ameliyat olması verilebilir.¹⁴¹ Önemli konular üzerinde tarafların anlaşamaması durumunda ise evlilik birliğindeki gibi tarafların mahkemeye başvurması gerekmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 1687. maddesinin 1. ve 5. fıkraları 1629. maddeye atıf yapmaktadır.¹⁴² O halde önemli işler kategorisine girip de gecikmesinde sakınca olan hallerde bir taraf tek başına karar alabilir.¹⁴³ Gecikmesinde sakınca bulunan haller karşı tarafa bildirildiğinde karşı tarafın itiraz edeceği durumlar olarak anlaşılmamalıdır, daha çok gecikmesi durumunda sağlık veya ekonomik yönden zarar doğuran durumlar olarak algılanmalıdır. Örneğin; çıkılan bir tatilde kaza neticesinde yaralanan çocuğa derhal müdahalede bulunulup ameliyat edilmesi gerekiyorsa bu basit bir tedavi olmayıp önemli

¹³⁵ MATTHIEN, s. 90; CANTIENI, s. 127.

¹³⁶ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

¹³⁷ MATTHIEN, s. 90.

¹³⁸ MATTHIEN, s. 90 vd.; OELKERS, FuR 1999, s. 355. Günlük iş ve önemli iş ayrımı ile detaylı bilgi MARINOPOULOS, s. 71-106; GÖTSCH, Frank: "Kindschaftsrechtliche Angelegenheiten von alltäglicher oder erheblicher Bedeutung", FuR 2017, s. 418, 421.

¹³⁹ MATTHIEN, s. 91.

¹⁴⁰ MATTHIEN, s. 91.

¹⁴¹ MATTHIEN, s. 92; GÖTSCH, FuR 2017, s. 418, 421.

¹⁴² MATTHIEN, s. 93.

¹⁴³ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

işler kategorisine girmektedir.¹⁴⁴ Kural olarak ortak karar alınması gerekmesine rağmen diğer tarafa ulaşılması, karar verilmesi zaman alacaksa bu durumda çocuğun yanında olan ebeveyn tek başına karar verebilir. Gecikmesinde sakınca olan önemli iş yapıldıktan sonra diğer taraf zaman geçirilmeden durumdan haberdar edilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki işlerin; önemli ve günlük işler olarak ayrılmasında sıkıntı yaşanmakta ve bu ayrıma girmeyen gri alanların olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁵ Örneğin grip olan bir çocuğun doktora götürülüp ağır antibiyotik kullanmak zorunda olması durumunda bunun gri alana girdiği, günlük olayları aştığı belirtilmektedir.¹⁴⁶

Bazı ülkelerde ise günlük ve önemli iş ayrımından ziyade çocuğun kiminle yaşadığı yani ikametgâhı son derece önem taşımaktadır. Çocukla yaşayan ve asıl ilgilenen kimse tüm işleri kendi başına yaparken diğer tarafın özellikle çocuğu etkileyecek önemli işlere ilişkin kararları mahkeme aracılığıyla denetlenebilecektir. Norveç hukukunda çocuk anne ve babadan biriyle ikamet edeceğinden dolayı çocuğun kaldığı tarafın günlük işleri ve önemli bir takım işleri tek başına yapmasına karar verilmiştir.¹⁴⁷ Buna göre çocuğun günlük işleri dışında çocuğun hangi kreşe gideceğine birlikte yaşadığı taraf karar vermektedir. Ancak çocuğun ülke değiştirmesi durumunda diğer tarafla ortak karar alınması gerekir.¹⁴⁸

3. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesinde Birlikte Velâyeti Kabul Eden Ülkelerde Çocuğun İkametgâhına İlişkin Modeller

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin birlikte kullanılması halinde çocuğun nerde yaşayacağı sorusu büyük önem taşımaktadır.

Birlikte velâyet durumunda çocuğun nerde yaşayacağı hususunda alışıl gelmiş olan modeller çocuğun tek tarafla yaşayacağı konut modeli dışında; çocuğun kısmen ana ve babada kaldığı, veya ana ve babanın belirli aralıklarla çocuğun yanında kaldığı modeller vardır.

¹⁴⁴ MATTHIESSEN, s. 93

¹⁴⁵ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

¹⁴⁶ GÖTSCHKE, FuR 2017, s. 419 ve 420. Aşı hususunda yapılan tartışmalar için BGH 03.05.2017 XII ZB 157/16 FuR 2017, s. 442. Ayrıca Alman Mahkemeleri tarafından verilen kararlar ve değerlendirmeleri için bkz. GÖTSCHKE, FuR 2017, s. 419 vd.

¹⁴⁷ FRITZE, I.: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹⁴⁸ FRITZE, Nr. 16.

a) Tek Konut Modeli (Residans Modeli, Eingliederungsmodell Domizilprinzip)

Bu modelde çocuk hayatını ebeveynlerden biri ile geçirmektedir. Diğer taraf ise çocuğu ziyaret etmektedir.¹⁴⁹ Rezidans modelde çocuk bir tarafla daha çok ilişkide bulunduğu için genellikle günlük işleri; yemek yemesi, okula gitmesi, basit bir gripten dolayı doktora götürülmesi gibi işleri, yanında kaldığı ebeveynin tek başına yapacağından bahsedilmektedir.¹⁵⁰ Ancak olağanüstü hallerde iki tarafın ortak karar alması¹⁵¹ gerekli ama gecikmesinde sakınca olan hallerde gerekli kararları bir tarafın alıp, daha sonra diğer tarafı haberdar etmesi gerekmektedir. Birlikte velâyette çocuğun ikametgâhına ilişkin bu modeli kullanmak isteyenler çocuğun sahip olduğu bir sosyal çevresinin ve sürekli ilişki içinde bulunduğu bir tarafın olmasının faydasından yola çıkarlar.¹⁵² Mahkemelerin genelde çocuğun yararı için bu modele başvurduğu ve çocuğun çoğu kez alıştığı ortamdan ayrılmaması için bu yönde kararlar verildiği savunulmaktadır.¹⁵³

Ancak bu modelin birlikte velâyete rağmen çocukla yaşamayan tarafın zararına olduğu, bir nevi ayrımcılık yapıldığı kabul edilmektedir.¹⁵⁴ Çocukla yaşamayan tarafın çocuğun günlük işleri, ilişkileri ve çocuğu ilgilendiren olaylarda söz sahibi olmamasının çocuktan daha uzak kalması sonucunu doğuracağı savunulmuştur.¹⁵⁵ Bu modelin negatif yönü olarak çocukla yaşamayan tarafın çocukla ilgili kararların alınmasına çok katılamayacağı ve dava açsa bile, alınmış olunan kararların değiştirilmesinde geç kalınacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla birlikte velâyette çocuğun ikametgâhı taraflardan birinin ikametgâhı olarak kararlaştırılmışsa bu durumun aslında velâyetin tek tarafa verilmesinden farklı olmadığı savunulmuştur.¹⁵⁶ Eşlerin tam olarak anlaşamadığı, birbirilerine güvenmediği ve çocukla kalan tarafın; karar almadan önce diğer tarafın sorularını cevaplamadığı, açıklama yapmadığı durumlarda sağlıklı sonuçlar vermeyecek bir model olarak görülmektedir.¹⁵⁷

¹⁴⁹ ZIMMER, s. 49; MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁵⁰ SÜNDERHAUF, Hildegund: **Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Fachmedien, Wiesbaden 2013, s. 80.

¹⁵¹ ZIMMER, s. 50.

¹⁵² OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁵³ ZIMMER, s. 49; MATTHIESSEN, s. 232; OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20.

¹⁵⁴ ZIMMER, s. 50.

¹⁵⁵ ZIMMER, s. 50; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁵⁶ HAMMER, Stephan: "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ 2005**, s. 1213.

¹⁵⁷ ZIMMER, s. 50.

b) Değişken Model (Wechselmodell)

Bu modelde çocuk hayatının bir kısmını bir tarafla, bir kısmını da diğer tarafla geçirmektedir.¹⁵⁸ Böylelikle hem anne hem baba belirli sürelerle çocuğun bakımı, günlük işleri ve yetişmesi ile ilgilenmektedir.¹⁵⁹ Bu model taraftarlarına göre çocuğun yaşantısını; sağlığı ve gelişimi için illa tek bir yerde geçirmesine gerek yoktur.¹⁶⁰ Bu model Almanya, Avusturalya, Kanada, İsveç, Fransa, Belçika, Hollanda ve Amerika gibi ülkelerde son yıllarda uygulanmakta olup bu modelin olumlu tarafı olarak çocuğun hem anne hem babayla eşit ve sağlıklı bir şekilde devam eden bir ilişkisi olması savunulmaktadır.¹⁶¹ Bu modelle çocuk sadece bir tarafa bırakılıp bu tarafın maddi ve manevi tüm yüklerin altında kalması ve bunun sonunda çocukla daha az vakit geçirmesine engel olunacaktır.¹⁶²

Ancak bu modelde çocuğun sağlıklı, huzurlu olabilmesi ve ebeveynleriyle güzel vakit geçirmesi ana ve babanın birbirleriyle anlaşma yeteneğine bağlıdır.¹⁶³ Başka bir anlatımla gerek anne ve babanın gerekse çocuğun kişiliği son derece önemlidir.¹⁶⁴ Eğer taraflar hala boşanmanın etkilerinden ve kendi sorunlarından kurtulamamışlarsa bu modelde bunu çocuğa yansıtabilirler ve yine çocuk tüm sorunları konuşacak muhatap bir kişi olmadığı için zorluk çekecektir.¹⁶⁵

Bu model için ebeveynlerin boşansalar bile son derece aktif bir şekilde ilişki içinde olması, birbiriyle rahatlıkla iletişim içinde olup konuşabilmeleri, çocuğun yaşı ve ebeveynlerin yakın yerlerde oturmaları son derece önemlidir.¹⁶⁶

Psikologlar bu modeli ne kötü bir model ne iyi bir model olarak değerlendirmektedirler. Bu nedenle bu model birbiriyle anlaşabilen, iletişim

¹⁵⁸ ZIMMER, s. 50.

¹⁵⁹ OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; SÜNDERHAUF, s. 80 vd.; KOVARIK, Karel: **Elterliche Sorge- Umgangrecht Ausgewählte Regelungen des deutschen und tschechischen Rechts im Vergleich**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2010, s. 121 vd.

¹⁶⁰ ZIMMER, s. 50; MATTHIESSEN, s. 230.

¹⁶¹ Bu ülkelerde bu modelin kullanılma oranı için bkz. WALPER, s. 108-111; HORNDASCH, Peter: "Das Wechselmodell und seine Folgen", **FuR 2016**, s. 558.

¹⁶² ZIMMER, s. 51; Bu yönde kararlar OLG Dresden, FÜR 2004, s. 619.

¹⁶³ Bu modelin seçimin nelere bağlı olduğuna ilişkin bkz. WALPER, s. 111-115 Koşullar için detaylıca bkz SÜNDERHAUF, s. 89-147; DÖLL, Yves/WANITYEK, Ulrike: "Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs" **FamRZ 2017**, s. 1197 Koşulları için ayrıca bkz. BGH 01.02. 2017 XII ZB/ 601/15 FamRZ 2017, s. 532; HORNDASCH, FuR 2016, s. 559.

¹⁶⁴ WALPER, s. 113; MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁶⁵ BALLOFF, Rainer: "Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes", **FPR 2005**, s. 211.

¹⁶⁶ BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 450; WALPER, s. 135; ZIMMER, s. 52; MATTHIESSEN, s. 231; HORNDASCH, FuR 2016, s. 559.

içinde olan ve aynı sosyal yeteneklere sahip olanlar ebeveynler için uygundur.¹⁶⁷

Çocuğun sürekli olarak yer değiştirmesi ve kendini bir sosyal çevreye ait hissetmemesi bu modelin negatif yanı olarak gösterilmektedir.¹⁶⁸ Rezidans modelinde çocuk bir tarafta kaldığı için, bu taraf onun işleriyle daha çok ilgilenmektedir. Bu modelde tarafların birbiriyle çelişen kararlar alması zorluklar doğurur.¹⁶⁹ Örneğin baba çocuğu bir savunma sporuna veya bir spor derneğine gitmesine teşvik ederken anne bu spor dalıyla uğraşmasını veya bu derneğe gitmesini istemeyebilir. Ailelerin çocuk için çok önemli olmayan böyle günlük işlerde anlaşamamaları durumunda olağanüstü işlerde olduğu gibi tarafların aile mahkemesine başvurması gerekliliği savunulmuştur.¹⁷⁰ Ancak bunun birlikte velâyetin kullanımına kısıtlamalar getirdiği ve kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁷¹

c) Yuva Modeli (Netzmodell)

Bu modelde çocuk oturduğu evi değiştirmeyip ebeveynler evlerini değiştirmektedir ve çocuğun sabit sosyal bir çevresi bulunmaktadır.¹⁷² Bu modelde üç konuta ihtiyaç vardır.¹⁷³ Çocuğun yaşadığı ev sabit olup buna yuva da denilmektedir ve ebeveynlerden her biri belirli aralıklarla buraya gelmekte ve çocukla yaşamaktadırlar. Belirlenen süre bittiğinde ise bir taraf gidip diğer taraf gelmektedir. Bu modelde ailelerin ekonomik durumu büyük rol oynamaktadır¹⁷⁴ ve yuva modeli değişken modelin aslında zararlarını ortadan kaldırdığı için isabetli bulunmaktadır. Ancak mahkemelerin aileleri böyle bir modele zorlamalarının ebeveynlerin temel haklarının zedelenmesi olarak görülmektedir.¹⁷⁵

4. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyetin Ana Kural Olup Olmadığı Tartışmaları

Birlikte velâyetin düzenlendiği pek çok ülkede birlikte velâyetin genel mi istisna mı olduğu tartışmaları yapılmıştır. Örneğin İsviçre’de birlikte velâyet başlangıçta anne ve babanın talebiyle olabilirken bu daha sonra değişmiş ve

¹⁶⁷ SÜNDERHAUF, s. 205; BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 451 vd Almanya’da çok fazla araştırma yapılmadığına dair bkz. ZIMMER, s. 51 ve 53; DÖLL/WANITYEK, FamRZ 2017, s. 1197.

¹⁶⁸ MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁶⁹ ZIMMER, s. 51.

¹⁷⁰ KAISER, Dagmar: "Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell", FPR 2008, s. 145; ZIMMER, s. 51.

¹⁷¹ ZIMMER, s. 51.

¹⁷² OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; ZIMMER, s. 53; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁷³ WALPER, s. 107; ZIMMER, s. 53.

¹⁷⁴ WALPER, s. 107.

¹⁷⁵ ZIMMER, s. 54.

boşanmanın birlikte velâyete etki etmediği, birlikte velâyetin devam edeceği, bu nedenle ana kural olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁶

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Alman Medeni Kanunu'nun 1671. maddesinde reform yapılmış ve buna göre boşanma ve ayrılma durumunda her iki taraf birlikte velâyete sahip olabilecektir. Ancak taraflardan biri tek başına velâyeti kullanmak istiyorsa bu hususta bir talepte bulunması gerekmektedir. 1671. maddede ayrılma ve boşanma halinde birlikte velâyet düzenlendiği için genel bir hüküm mü yoksa istisna mı olduğu tartışmaları yapılmıştır.

Doktrinde bir görüş ve bazı mahkeme kararlarına göre 1671. madde birlikte velâyeti genel bir kural olarak düzenlemiştir.¹⁷⁷ Buna göre birlikte velâyet boşanmadan ve ayrılmadan etkilenmeyecektir; tek tarafa velâyetin verilmesi ancak taraflardan birinin istemesi halinde mahkeme kararıyla gerçekleşecektir. Bu da zaten Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1982 tarihinde vermiş olduğu karara uygundur.¹⁷⁸ Dolayısıyla birlikte velâyet bu görüşe göre genel kuraldır. Kanımızca bu görüş taraftarları yukarıda saydığımız birlikte velâyetin yararlarını dikkate alarak ve maddenin düzenlenmesinden yola çıkarak birlikte velâyetin ana kural olduğunu savunmaktadırlar.

Karşı görüş taraftarları ise kanun koyucunun birlikte velâyeti düzenlerken amacının genel bir norm yaratmak olmadığını hatta kanun koyucunun birlikte velâyetin öncelikli uygulanacağı gibi bir algı yaratmak istemediğini madde gerekçesinde¹⁷⁹ bu durumun açıkça kaleme aldığını belirtmektedirler.¹⁸⁰ Birlikte velâyet çocuğun yararına olabileceği gibi, tek taraflı velâyetin de çocuğun yararına olacağı saptanmıştır. Birlikte velâyetin zararlı yönlerini dikkate alan bu görüşe göre velâyetin tek tarafa verilmesi ana kuraldır.

¹⁷⁶ ZIMMER, s. 54.

¹⁷⁷ SCHWAB, FamRZ 1998, s. 462; REHBERG, Jurgen: "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR 1998**, s. 66; SARRES, Ernst: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall - Verlagerung bei Streitigkeiten auf das Umgangsrecht?", **FPR 2008**, s. 132; HEINKE, Sabine: "Gemeinsame Sorge um jeden Preis?", **FF 2002**, s. 54; OLG Nürnberg, FamRZ 1999, s. 1160; AG Chemnitz, FamRZ 1999, s. 322; OLG Dresden, FamRZ 2000, s. 110; OLG Hamm, FamRZ 1999, s. 1598.

¹⁷⁸ REHBERG, FuR 1998, s. 66.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 13/ 4899, s. 63 ve 99.

¹⁸⁰ BORN, Winfried: "Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“? Besprechung von BGH, Urteil v. 29.9.1999- XII ZB 3/99-", FamRZ 1999, 1646", **FamRZ 2000**, s. 399; OELKERS, Harald: "Gründe für die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil" **FPR 1999**, s. 135; OELKERS, Harald: "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR 1999**, s. 350; OLG Hamm, FamRZ 2000, s. 1041; OLG Köln, FamRZ 2001, s. 183; OLG Brandenbrug, FamRZ 2002, s. 568; OLG Frankfurt, FamRZ 2002, s. 187.

Üçüncü bir görüşe göre boşanmadan sonra gerek tek gerekse birlikte velâyet eşit olarak değerlendirilip birinin genel, diğerinin istisna olduğu sonucuna varılamaz.¹⁸¹ Bu görüş taraftarlarına göre de kanun koyucu, madde gerekçesinde birlikte velâyete öncelik tanımadığını açık bir şekilde belirtmiştir. Boşanmanın ve ayrılığın etkilerini ortadan kaldırmak ve çocuğun her iki tarafla ilişkisini geliştirmek için birlikte velâyet son derece yararlıdır ama bundan prensip olarak birlikte velâyetin her zaman çocuğun yararına olduğu gibi bir sonuca varılamaz.¹⁸² Birbirleriyle iletişim içinde olmayan ve birlikte velâyeti kullanabilecek nitelikte ebeveynlerin olmaması halinde birlikte velâyetin ana kural olduğunu savunmak doğru olmayacaktır.¹⁸³ O halde kanun koyucu boşanmanın velâyete etkisi olmadığını belirterek ebeveynlerin özerklikleri ve karar vermelerine öncelik tanımış, diğer taraftan velâyet nasıl kullanılırsa kullanılsın bunun mutlaka çocuğun faydasına olması gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁸⁴ Yine Alman Yargıtay'ı da vermiş olduğu 1999 tarihli kararında evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin ana kural, tek taraflı velâyetin ise başvurulması gereken son çare olarak (*ultima ratio*) değerlendirilmesinin doğru olmadığını kabul etmiştir.¹⁸⁵ Mahkemeye göre kanun koyucunun böyle bir amacı da yoktur. Amaç velâyet hususunda ebeveynlere daha fazla söz hakkı tanımaktır, ancak bu gerçekleştirilirken çocuğun yararına hizmet edecek en uygun seçenek kabul edilmelidir. Eşlerin çocukla ilgili konularda anlaşamamaları, ortak karar verememeleri durumunda velâyet tek tarafa bırakılmalıdır.¹⁸⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi 18.12.2003 tarihli kararında 1671. maddenin ayrılık veya boşanma halinde

¹⁸¹ TAUCHE, Almut: "Kindschaftsrecht und Elternvereinbarung. Ist die Forderung nach der Elternvereinbarungen bei Trennung und Scheidung eine unverhältnismäßige Einmischung des Staates?", **FuR 1996**, s. 215; ZIMMER, s. 151; MATTHIESSEN, s.73; OELKERS, FuR 1999, s. 350; OLG Dresden FamRZ 1999, s. 1156; OLG Frankfurt, FamRZ 1999, s. 392.

¹⁸² HEILIGER, Anita: "Zur Problematik einer Konzeption nahehehlicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts", **FamRZ 1992**, s. 1011; Heiliger birlikte velayetin daha çok erkekler/babalar tarafından istendiğine dikkat çekmektedir. İstatistikler genelde tek taraflı velayetin anneye verildiğini göstermektedir. Ancak annenin de çoğu zaman çocuğu korumak için tek taraflı bir velayeti seçtiğini görülmektedir. O halde önce cinsiyetler arasındaki farklılıkların da ortadan kaldırılması gerekir. BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 453 vd., LIMBACH, 16, 45, 75 ve 81 vd.

¹⁸³ SALGO, Ludwig: "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall ein Zwischenruf", **FamRZ 1996**, s. 453 vd.

¹⁸⁴ OELKERS, Harald: "Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 29.9.199", **MDR 2000**, s. 32; BORN, FamRZ 2000, s. 398; SITTING, Christine/STÖRR, Andre: "Das Ende einer Reform? Anmerkung zum Beschluss vom 29.9.1999 XII ZB 3/99", **FuR 2000**, s. 200; MOTZER, Stefan: "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ 2001**, s. 1036; HAMMER, FamRZ 2005, s. 1212.

¹⁸⁵ Detaylı bilgi için: LIEBTHAL, Julia: **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern nach der Reform des Kindschaftsrechts**, Peter Lang, Frankfurt Am Main, 2004, s. 62-65.

¹⁸⁶ BGH FamRZ 1999, s. 1674.

birlikte velâyetin kullanılmasına öncelik tanımadığını ve mahkemelerin genelde birlikte velâyete karar vermesinin temelinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak bu seçeneğin çocuğun yararına daha çok hizmet ettiği olgusunun yattığını belirtmiştir.¹⁸⁷

V. Türk Hukuku'nda Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyet

Türk hukukunda 2002 yılında yürürlüğe girmiş olan Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar*" ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre "*velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*" Yine TMK'nin 182. maddesine göre *velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulacağı ve bu eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olacağı* belirtilmiştir .

Bu düzenlemelerden yola çıkılarak Türk hukukunda boşanmadan sonra birlikte velâyetin olup olmayacağı hususunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, kanun koyucu evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyeti kabul etmemiş olup bunu 336. maddede açıkça düzenlemiştir.¹⁸⁸ Bu madde uyarınca velâyet kendisine verilen taraf bu hakka tek başına sahiptir. Bu görüşe göre zaten anlaşamayıp ayrılmış olan eşler boşanmadan sonra da anlaşmazlıklara devam edeceklerdir. Bu nedenle çocuğa ilişkin önemli kararların alınmasında birbirleriyle anlaşamayan ve sürekli çekişen ebeveynlerin olması çocuğu olumsuz etkileyeceğinden birlikte velâyetin düzenlenmemiş¹⁸⁹ olması son derece isabetli bulunmuştur.

Doktrinde sırf 336. madde ile 182. maddenin kaleme alınışından yola çıkılarak Türk hukukunda birlikte velâyetin düzenlenmediği, kanun koyucunun boşanmadan sonra velâyet hakkını sadece tek tarafa tanıdığı savunulmasının doğru olmayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁰ Bu görüşe göre, 182. maddenin kenar başlığı dikkate alındığında *hâkimin takdir* yetkisinden bahsedilmiştir. Sırf madde içinde kanun koyucunun tekil bir anlatım kullanmasından yani taraf kelimesinden yola çıkılarak Türk hukukunda birlikte velâyetin kabul edilmediği sonucuna

¹⁸⁷ BverfGE, 2004, s. 23.

¹⁸⁸ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 110 DURAL/ÖĞÜZ, s. 141; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 310.

¹⁸⁹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 110.

¹⁹⁰ ÖZTAN, s. 256; AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku. Çocukların Hakları ve Korunması**, Pegem Akademi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s. 233.

varılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir.¹⁹¹ Bu görüş taraftarlarına göre, bu maddeler sadece hâkimin takdir yetkisini kullanarak velâyetin çocuğun menfaatine uygun olması durumunda, velâyeti taraflardan birine vereceğini göstermektedir.¹⁹² Bu görüşe göre, söz konusu maddeler birlikte velâyeti yasakladıkları gibi anne ve babanın talebinin olması ve bunun çocuğun menfaatine aykırı olmaması halinde birlikte velâyet Türk hukukunda da kabul edilmelidir.¹⁹³ Türk hukukunda 182. maddenin mehaz İsviçre Kanunu'ndan farklı olarak yoruma açık bir şekilde kaleme alındığı belirtilmiştir.¹⁹⁴ Velâyeti düzenleyen 336. ve 182. maddelerin emredici bir nitelikte olmadığı savunulmaktadır.¹⁹⁵

Yine doktrinde velâyete ilişkin hükümlerden 336. maddede örtülü bir boşluk olduğu,¹⁹⁶ amacı ve lafzının birbiriyle çeliştiği ve birlikte velâyete ilişkin düzenlemeye maddede açıkça yer verilmediği belirtilmiştir.¹⁹⁷ Doktrinde 336. maddenin çocuğun yararı dikkate alınarak yapılmış bir düzenleme olduğu, dolayısıyla çocuğun yararı gözetilmeksizin somut olaya bakılmaksızın boşanma halinde velâyetin tek tarafa verileceğinin kabulünün adil sonuçlar doğurmayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁸ Aile yapısının değiştiği günümüzde anlaşmalı boşanma ile tarafların birçok hususta (nafaka, çocukla kişisel ilişki) kendi aralarında anlaşmalarına imkân verilirken birlikte velâyetin kabul edilmeyeceğinin ileri sürülmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur.¹⁹⁹ Doktrinde birlikte velâyetin çocuğun yararına aykırı olmadıkça reddedilmemesi gerektiği ve 166. maddenin de bunu destekler nitelikte olduğu belirtilmiştir.²⁰⁰ Zira 166. maddede tarafların anlaşmalı boşanma halinde çocuğun durumu (velâyeti) hakkında anlaşmaları gerektiği düzenlenmiş olup hâkimin, tarafların anlaşmasıyla bağlı olmasa dahi bu anlaşmaya öncelik vermesinin isabetli olacağı vurgulanmıştır.²⁰¹

¹⁹¹ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 106.

¹⁹² AKYÜZ, s. 233.

¹⁹³ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 104; AKYÜZ, s. 233.

¹⁹⁴ ÖZTAN, Bilge: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan** 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 253.

¹⁹⁵ ÖZTAN, s. 255.

¹⁹⁶ ÖZTAN, s. 252; KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHF** 2001, Cilt 10, Sayı 1, s. 95.

¹⁹⁷ ÖZTAN, s. 260.

¹⁹⁸ ÖZTAN, s. 256; AKYÜZ, s. 233.

¹⁹⁹ ÖZTAN, s. 257.

²⁰⁰ ÖZTAN, s. 257; BAYGIN, s. 268 vd.

²⁰¹ BAYGIN, 2010, s. 268 vd.

Doktrinde boşanma ile birlikte anne ve babanın çocuğa gerek maddi gerekse manevi sorumluluğunun devam edeceği ve boşanma ile birlikte tarafların birlikte velâyeti kullanmak istemeleri halinde buna izin verilmesi gerektiği, birlikte velâyetin kullanımı zor olsa bile gerek çocuk gerekse ebeveynler için faydalı olacağı savunulmuştur.²⁰² Aksi halde çocuğa sadece nafaka ödeyen ama çocuğun eğitimi, yetişmesi hakkında söz sahibi olmayan bir anne veya babanın olacağı belirtilmiştir.²⁰³ Bu nedenle kanun koyucunun 336. maddeyi yeniden düzenlemesi teklif edilmiş²⁰⁴ ve yeniden düzenleme yapılanaya kadar 182. ve 336. maddelerin TMK'nin 1. hükmü kapsamında yorumlanarak örtülü boşluğun doldurulması ve Türk hukukunda birlikte velâyetin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁰⁵

Yine doktrinde 336. maddenin hukukumuzda birlikte velâyete izin vermediği ama Türkiye'nin de taraf olduğu anlaşmalar çerçevesinde değerlendirildiğinde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun menfaatinin ön planda tutulması ve çocuğun ebeveynlerden ayrı tutulmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda 336. maddenin Anayasa'ya ve eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülerek iptal edilmesinin mümkün olduğu savunulmuştur.²⁰⁶

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar dikkate alınarak en azından ebeveynlerin istemesi durumunda birlikte velâyetin istisnai olarak tanınması gerektiği, aksi bir tutumun çocuğun "devletin mi, ana babanın mı olduğu" tartışmalarını beraberinde getireceği ileri sürülmüştür.²⁰⁷ Ayrıca çocuğun sırf yanında kaldığı taraf dikkate alınarak ona tek taraflı velâyetin verilmesi ve bunun çocuğun menfaatine daha fazla hizmet edeceğinin söylenmesi bir varsayım olarak nitelendirilmiştir. Oysaki velâyete sahip olmayan tarafın da çocuğa karşı hala sorumlulukları vardır.²⁰⁸ Bu durumda, birlikte velâyete sıcak bakılmaması sorunun yalnızca mekân sınırlamasından kaynaklı bir takıntı olduğu belirtilmiştir.²⁰⁹

²⁰² AKYÜZ, s. 233; BAKTİR ÇETİNER, s. 91. ÖZTAN, s. 258 vd; ÖZDAMAR, Demet: **CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 431; CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, 164.

²⁰³ BAKTİR ÇETİNER, s. 91. Yazara göre asıl olan birlikte Velâyetin olmasıdır, s. 109.

²⁰⁴ ÖZTAN, s. 260.

²⁰⁵ SERDAR, s. 176, 184; ÖZTAN, s. 259 vd.

²⁰⁶ SEROZAN, s. 255 vd.

²⁰⁷ AKYÜZ, s. 233.

²⁰⁸ AKYÜZ, s. 234.

²⁰⁹ BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 6 (1), 2016, s. 149.

O halde Türk hukukunda birlikte velâyetin ana kural olduğunu/olması gerektiğini savunanlar olduğu²¹⁰ gibi birlikte velâyetin istisna olması gerektiğini, boşanmadan sonra birlikte velâyetin olmaması gerektiğini savunanlar²¹¹ ve birlikte velâyetin ana ve istisnai kural gibi ayrımlara tabi tutulmaksızın hâkimin takdir yetkisini dikkate alarak çocuğun menfaatine²¹² hangisi uyarsa o şekilde karar verilmesinin doğru olacağını savunan görüşler bulunmaktadır.²¹³ Zira çocuğun menfaati ilkesinin velâyete hâkim bir ilke olduğu ve bu ilke sayesinde çocuğun bir hak süjesi olarak görülüp kişiliğine saygı gösterilmesi sağlanır. Anne ve babanın velâyet hakkı ile çocuğun menfaatinin çatışması durumunda çocuğun menfaatinin uygulanması sadece çocuğun yararına olmayıp toplumun da yararındır.²¹⁴ Hâkim; çocuğun menfaatine uygun karar verirken çocuğun yaşadığı ve alışmış olduğu ortam, ebeveynlerin eğitcilik yetenekleri, ebeveynlerin çocuğa şahsen bakma olanakları, çocuğun isteği, çocuğun ebeveynleri olan ilişkilerini, kardeşlerin mümkün mertebede bir arada kalması gibi pek çok hususu dikkate almalıdır.²¹⁵

Türk hukukunda mahkeme kararlarına bakıldığında Yargıtay'ın birlikte velâyeti kamu düzenine ilişkin bir konu olarak ve velâyete ilişkin hukuki düzenlemeleri emredici olarak değerlendirdiği; bu nedenle birlikte velâyete dair verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizini kabul etmediği görülmektedir.²¹⁶ Ancak İzmir 4. Aile Mahkemesi 27.05.2009 tarihinde vermiş olduğu bir kararda 166. maddenin 3. fıkrası gereğince anlaşmalı boşanan ve birlikte velâyeti kullanmak isteyen ebeveynlere uzman görüşü alarak birlikte velâyeti tevdi etmiştir. Buna göre *“çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir.”*²¹⁷ *Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler konusunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu*

²¹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 237; SERDAR, s. 194.

²¹¹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 110.

²¹² Mehaz İsviçre Kanunu'dan 301. Madde ise çocuğun yararı Kindeswohl olarak geçmektedir. Bu hususta bkz. ABİK, s. 19. Çocuğun yüksek yarar ve tanımı için bkz. AKYÜZ, s. 49

²¹³ ABİK, s. 19 vd; AKYÜZ, s. 224, 233 vd; POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.118, 2015, s. 253-25; ŞİMŞEK, Canan: **Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012, s. 96; BİRİNCİ UZUN, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 2016, s. 159 ve 163; KARACA, s. 80 vd.

²¹⁴ ABİK, s. 19

²¹⁵ ABİK, s. 16, 32; AKYÜZ, s. 233.

²¹⁶ GENÇCAN, s. 25 vd.

²¹⁷ Karar için bkz. 27.05. 2009 T. 2009/448 E. 2009/470 K.

kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velâyeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda gelmelidir. ... çifti ile yapılan görüşmede, her iki tarafın da çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurabilecek, boşanma sonrasında da müşterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda iş birliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların birlikte velâyet uygulamasına yönelik istek, bilinç ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların küçüğün psiko-sosyal gelişimini göz önünde bulundurarak küçüğün diğer ebeveyni ile olan iletişim ve paylaşımını destekleyici tutum içerisinde buldukları izleniminin edinilmesi ile müşterek çocuğun alıştığı yaşam düzeninin sağlanması durumunda birlikte velâyetin taraflarca kullanılabilmesi kanısına varılmış.”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli kararında²¹⁸ İngiliz hukukunda evlilik birliğinin boşanmayla sonra ermesine rağmen verilmiş olan birlikte velâyet kararlarının tanınması ve tenfizini artık kamu düzenine aykırı olarak görmemiştir. Bu kararda “Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de²¹⁹ yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve bu protokolün iç hukukumuzun bir parçası olduğu” belirtilmiştir. Bu kararda Ek 7 numaralı Protokol’ün 5. maddesine atıfta bulunularak “bu maddenin eşlere, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşitlik tanındığı” vurgulanmış yine “Anayasa’nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağı” belirtilmiştir. Yargıtay 2. Dairesi hâkimi Gençcan’a göre bu gelişmeler karşısında Türk Medeni Kanunu’nun velâyete ilişkin düzenlemeleri örtülü olarak ortadan kalkmış olup Türkiye’nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin çocuğun yararına vurgu yapan 12 ile 3. maddesi dikkate alınarak²²⁰ hukukumuzda da birlikte velâyet kabul edilmelidir.²²¹

²¹⁸ T.C. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017 (www. Kazancı.com)

²¹⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>.

²²⁰ GENÇCAN, s. 27.

²²¹ GENÇCAN, s. 26.

VI. Sonuç Ve Öneriler

Toplum ve aile yapısında meydana gelen değişiklikler velâyet konusunu etkilemiştir. Velâyet sadece anne ve babanın çocuk üzerindeki hakkı değil, aynı zamanda yükümlülüğüdür. Birçok hukuk sisteminde ebeveynlerin çocuğu için her zaman en iyisini düşüneceği, eşitlik ilkesi ve çocuğun her iki tarafa olan ihtiyacı göz önüne alınarak birlikte velâyetin boşanmadan sonra da devam ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başlangıçta evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde velâyeti tek tarafa bırakan Almanya, İsviçre ve Fransa gibi pek çok ülkede artık boşanmanın velâyete bir etkisi olmadığı kabul edilmiştir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyeti ebeveynlerin dilekçesine bağlı tutan ülkeler ise- örneğin İsviçre- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ışığında bu düzenlemelerinden vazgeçmişlerdir. Birlikte velâyeti düzenleyen ülkeler dikkate alındığında günümüzde artık çocuğun tek bir tarafla ikametgâhının yansırsa; değişik ikametgâh modellerinin gündeme geldiği görülmektedir.

Türk hukukunda da boşanmadan sonra velâyetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılması kanımızca gereklidir. Yukarıda belirtildiği gibi birlikte velâyetin çocuk açısından pek çok faydaları bulunmaktadır. Çocuğun iki tarafa olan ihtiyacının giderilmesi, boşanmanın olumsuz etkilerinin daha kolay bir şekilde atlatılması, çocuğa yabancı olan bir ana veya babanın yaratılmaması için birlikte velâyet son derece önemlidir. Türk hukukunda uzun yıllar doktrinde boşanma halinde birlikte velâyeti kullanmaya engel olacak hukuki düzenlemelerin olmadığı, velâyeti düzenleyen hükümlerin birlikte velâyete cevaz verecek şekilde yorumlanabileceği belirtilse de mahkemelerin tutumları aksi yönde olmuştur. Birlikte velâyete hüküm eden ender kararlar bulunmakta olup hatta Yargıtay tarafından birlikte velâyete ilişkin olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bile kabul edilmemekteydi. Ancak 2017 yılında Yargıtay Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol'ün 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmesiyle iç hukukumuzun bir parçası olduğunu ve Anayasa'mızın 90. maddenin 5. fıkrası uyarınca artık birlikte velâyete ilişkin mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin mümkün olacağını belirtmiştir. Yargıtay uygulamalarının belirleyici olduğu dikkate alındığında ilk derece mahkemelerinin uygulama birliğini sağlamada gerekli özeni gösterecekleri beklenebilir.

Yargıtay'ın bu kararı olumlu bir gelişme olmakla birlikte biz evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin tüm tartışmaları ortadan kaldıracak bir şekilde kanununda düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Mahkemelerin birlikte velâyet hususunda açık yasal düzenlemeler olmaması

halinde çekingen davranabileceğini ve bunun uygulamada büyük değişiklikler yaratmayacağını düşünmekteyiz. Nitekim Almanya’da Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin ebeveynlere tanınmış yasal bir hak olduğunu belirtmesine rağmen, uygulamada değişiklikler olmamış ve bu durum karşısında yasal düzenleme yapılmıştır. Ayrıca Türkiye’de mahkemeler tarafından normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasa’nın 90. maddesi dikkate alınmalıyken uygulamada mahkemelerin Anayasa’da yer alan bu normu maalesef dikkate almadıkları görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi kadının soyadına ilişkin 2011 tarihli davada, ilk derece mahkemeleri tarafından 90. maddeye vurgu yapılmasına rağmen bu maddeyi hiç dikkate almadan kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olup olmadığına karar vermiştir.²²² Yine aynı konuda Yargıtay Hukuk Dairesi’nin de Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararına kadar bu maddeyi dikkate almadığı görülmektedir.²²³ Elbette ki bir hukuk devletinde mahkemelerin 90. maddeyi göz ardı edebilme ihtimalleri bir argüman olarak ileri sürülmemelidir. Ancak uygulamada içtihat birliğinin sağlanması, hukuk devletine olan inancın ortadan kalkmaması, evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyete ilişkin tereddütlerin ve sorunların ortadan kaldırılması için birlikte velâyetin kanunda açıkça düzenlenmesi son derece önemlidir. Söz konusu yasal düzenleme yapılmıyca kadar mahkemelerin Anayasa’mızın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olan gerek Çocuk Hakları Sözleşmesi gerekse 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol ışığında ve doktrinde belirtildiği gibi TMK’nin velâyete ilişkin düzenlemelerinin birlikte velâyeti yasaklamamasından yola çıkarak karar vermeleri gerekmektedir. Velâyet hakkını birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin bu isteği dikkate alınarak, gerekli araştırmalar yapıp çocuğun dinlenmesi ve çocuğun üstün yararına uygun olması şartıyla birlikte velâyete karar verilmelidir.

Yukarıda açıkladığımız gibi birlikte velâyetin düzenlendiği ülkelerde bunun düzenlenme biçiminden yola çıkılarak birlikte velâyetin istisna mı yoksa ana kural mı olduğu tartışmaları yapılmıştır. Biz Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin 18.12.2003 tarihli kararında belirttiği gibi birlikte velâyetin ana kural, velâyetin tek tarafa verilmesinin istisna olduğu gibi bir ayırım yapılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Türkiye’de de doktrinde birlikte velâyetin kabul edilmesi halinde bunun istisna mı yoksa ana kural mı

²²² Esas Sayısı: 2009/85 Karar Sayısı: 2011/49 Karar Günü: 10.3.2011; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm>. (erişim 25.06.2017).

²²³ Anayasa’nın 90. Maddesini dikkate alan kararları: T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/2-889, K. 2015/2011 T. 30.9.2015 www.kazanci.com. (erişim 25.06.2016); YHD, 02.03.2016, E. 2015/24244, K. 2016/3893.

olacağı tartışmaları yapılabilir ancak kanımızca böyle bir konuyu tartışmak, birlikte velâyet genel veya istisna bir kuraldır demek doğru olmayacaktır. Velâyet hakkının birlikte kullanılmasına ilişkin mahkemeler tarafından karar verilmeden önce konunun sadece hukuki açıdan ele alınmaması gerektiği yapılan araştırmalarda ortaya konmuştur. Velâyet hakkının eşlerin kişilik haklarından olduğu, istisnai hallerde kaldırılabilirdiği hususları önemli olmasına rağmen aile içi şiddet, boşanma sebebi gibi pek çok hususun dikkate alınması gerekir. Çocuğu ilgilendiren uluslararası anlaşmalar ve çocuk haklarında meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında amacın çocuğun üstün yararı ve korunması olacağı açıktır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun üstün/ yüksek yararından bahsedilmiş ve kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, bu üstün yararın dikkate alınması gerektiği 3. maddede belirtilmiştir.²²⁴ O halde somut olay değerlendirilmesinde yapılarak birlikte velâyete karar verilirken verilmeyeceğinin dikkate alınması gerekir. Birlikte velâyetin düzenlendiği birçok ülkede olduğu gibi, çocuğun yararı gerektiriyorsa örneğin ebeveynlerin anlaşmalarının mümkün olmadığı durumlarda, ebeveynlerden birinin alkol veya uyuşturucu madde kullanması, şiddete eğilimin olması gibi hallerde birlikte velâyet yerine çocuğun velâyeti tek tarafa bırakılabilir. Birlikte velâyetin düzenlenmesi halinde ne olursa olsun birlikte velâyet olmalıdır gibi bir düşünce doğru değildir. Birlikte velâyete karar verilebilmesi için ebeveynlerin gönüllü olması, velâyeti birlikte kullanacak karakterde olmaları son derece önemlidir. Almanya'da son yıllarda özellikle dile getirilen ana ve babanın özerkliklerinin olması, devletin aileye çok fazla müdahale etmemesi olgusuna biraz çekingen yaklaşmaktayız. Kanımızca velâyet hususunda mahkemeler ebeveynler istemese dahi çocuğun yararı gerektiriyorsa kanunda birlikte velâyet düzenlenmesine rağmen tek tarafa velâyeti bırakabilir. Velâyet hususunda mahkemeler karar verirken uzmanlardan (psikologlardan) yardım almalıdırlar.

Birlikte velayetin düzenlenmesi durumunda Türk hukukunda velâyetin kaldırılmasını düzenleyen 348. maddede değişiklik yapılarak çocuğun yararı gerekiyorsa velâyetin tek tarafa verilmesini ebeveynlerden birinin isteyebileceği gibi mahkemenin de çocuğun üstün yararını dikkate alarak velâyetin tek tarafa bırakılmasına re'sen karar verebileceği düzenlenmelidir.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde coğrafi istikrara veya ikametgâh istikrarına vurgu yapan tek merkez modeli ve bunun sonunda çocuğun velâyetinin tek tarafa verildiği anlayış birçok ülkede terk edilmiştir. İkametgâha ilişkin tek konut modelinin dışında değişken model, yuva modeli gibi farklı modeller artık kabul edilmektedir.

²²⁴ https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html.

Kanımızca evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin nasıl kullanılacağına açıklığa kavuşturulması son derece isabetli olacaktır. Alman hukukunda olduğu gibi günlük ve olağanüstü iş ayrımı yapılarak günlük işlerde ebeveynlerden her birinin diğerine sormaksızın bu işlemleri tek başına yapmasına olanak tanınıp önemli işlerde -çocuğun gideceği okul seçimi, din seçimi, önemli tedaviler, uzun süre yurt dışında kalıp kalmayacağı vs.- ise tarafların birlikte karar almaları doğru olacaktır. Önemli iş kategorisinde olup gecikmesinde sakınca olunan hallerde ebeveynlerden her birinin bu kararı alabileceği ancak vakit geçirmeksizin diğer tarafa bildireceği gibi hususların kanunda düzenlenmesi gereklidir.

Karşılaştırmalı hukukta meydana gelen değişiklikler, taraf olunan uluslararası anlaşmalar dikkate alındığında evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyetin hukukumuzda da düzenlenmesi gerekir. Ancak sadece birlikte velâyetin düzenlenmesi yeterli olmayıp, bunun nasıl kullanılacağı, koşulları, mahkemelerin rolü, bu düzenlemenin genel mi istisna mı olduğu, birlikte velâyet halinde çocuğun soyadına etkisi²²⁵ gibi birçok hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususlar düzenlenirken çocuğun üstün yararı her zaman dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız:“ Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı“ **Prof. Dr. Şenel Akyol’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ: Derya, **Aile Hukuku**, 18. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

AKINTÜRK, Turgut: **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanunu’na göre uyarlanmış Aile Hukuku**, 8. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku. Çocukların Hakları ve Korunması**, Pegem Akademi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015.

BAKTİR ÇETİNER, Selma: **Velâyet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

²²⁵ ZEYİN, Zafer: “Fünfzehn Jahre Türkisches Zivilgesetzbuch. Ein Bericht über die Praxis im Familienrecht” **NZFam 2016**, s. 452. Velâyet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının değişeceğine ilişkin mahkeme kararları da birlikte velâyetin kabul edilmesi halinde yeniden tartışılır olacaktır. Zeytin çocuğun soyadı/adına ilişkin hususlarda velâyetin değil, biyolojik kökenin önemli olduğunu ve buna göre düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

BALLOFF, Rainer/ WALTER, Eginhard: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahme", **FamRZ 1990**, s. 445-454.

BALLOFF, Rainer: "Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes" **FPR 2005**, s. 210-213.

BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

BELCHAUS, Günter: **Elterliche Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge**, Otto Schmidt, Köln, 1980.

BERTSCHI, Nora/MARANTA, Luca: "Wir ziehen um?!" – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten", **FamPra.ch 2017**, s. 649-674.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, **6 (1)**, **2016**, s. 135-166.

BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan (Ed.): **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities** Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005.

BORN, Winfried: "Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“? Besprechung von BGH, Urteil v. 29. 9. 1999- XII ZB 3/99-, **FamRZ 1999**, 1646", **FamRZ 2000**, s. 396-399.

BRUNS, Rudolf: "Elterlichen Sorge. Klarstellungen", **FamRZ 1979**, s. 279-282.

BÜRGE, Alfons: **Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung**, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt, 1999.

CANTIENI, Linus: **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung Schriftenreihe zum Familienrecht**, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.

CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

COESTER, Micheal: "Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach der Trennung und Scheidung", **FuR 1991**, s. 70-74.

DIECKMEIS, Franz: "Die gemeinsame Sorge- engagiertes Plädoyer. Die Bewältigung der Scheidungskrise, Hilfe durch Gerichte und Jugendämter?", **ZBIJugR 1989**, s. 57-60.

DITTMANN, Karl: "Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts", **ZBIJugR 1977**, s. 187-199.

DÖLL, Yves/WANITYEK, Ulrike: "Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs" **FamRZ 2017**, s. 1195-1206.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013.

ELL, Ernst: "Wie ist das mit der "Hauptbezugsperson"?", **ZBIJugR 1982**, s. 76-82.

FEHMEL, Hans-Werner: "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. IV. S. 1 BGB) verfassungswidrig?" **FamRZ 1980**, s. 758-761.

FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina/ DESCH, E. Erica: "Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl", **ZBJV 150/2014**, s. 892-916.

FURSTENBERG, Frank F./CHERLIN, Andrew J.: **Geteilten Familien (Divided Families)**, Harvard University Press, Cambridge mass& London England, 1991.

GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24-30.

GEISER, Thomas: "Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts", **AJP 2015**, s. 1719-1726.

GEISER, Thomas: "Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?" **ZKE 2015**, s. 226-244.

GRÜNDEL, Matthias: **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995.

GRÜNDLER Bettina: **Die Obsorge nach der Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2002.

GÖTSCHKE, Frank: "Kindschaftsrechtliche Angelegenheiten von alltäglicher oder erheblicher Bedeutung", **FuR 2017**, s. 418-423.

HAMMER, Stephan: "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ 2005**, s. 1209-1217.

HARKE, Jan Dirk: **Römisches Recht 2. Auflage**, C. H. Beck, München, 2016.

HAUSHERR, Heinz: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regeltatbestand in der Schweiz", **FamRZ 2014**, s. 1520-1523.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

HEILIGER, Anita: "Zur Problematik einer Konzeption nahehelicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts", **FamRZ 1992**, s. 1006-1013.

HEINKE, Sabine: "Gemeinsame Sorge um jeden Preis?", **FF 2002**, s. 54-58

HOLZHAUER, Heinz: "Verwandtschaftliches Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", **FamRZ 1982**, s. 109-118.

HONSELL, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.

HORNDASCH, Peter: "Das Wechselmodell und seine Folgen" **FuR 2016**, s. 558-564

JESTAEDT, Matthias: "Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung. Herausforderungen des Eltern-Kind-Verhältnisses aus verfassungsrechtlicher Perspektive" s. 65-98 in **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016.

JOPT, Uwe-Jörg: "Nacheheliche Elternschaft und Kinderwohl –Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall", **FamRZ 1987**, s. 875-885.

KAISER, Dagmar: "Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell", **FPR 2008**, s. 143-148.

KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium", **FamRZ 1987**, s. 990-1000.

KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", **FamRZ 1983**, s. 964-971.

KARACA, Hilal, **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KASER, Max: **Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt 2. Auflage**, C.H Beck, München, 1971.

KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD 2001, Cilt. 10, Sayı.1**, s. 91-119.

KLUßMANN; Rudolf: "Der Verfassungsgemäße Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 Abs.4 S.1)", **FamRZ 1982**, s. 118-122.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

KOSTKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", **FPR 2005**, s. 89-95.

KOVARIK, Karel: **Elterliche Sorge- Umgangsrecht Ausgewählte Regelungen des deutschen und tschechischen Rechts im Vergleich**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2010.

KROPHOLLER, Jan: "Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und im ausländischen Recht", **JR 1984**, s. 89-97.

LEMPPE, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB", **FamRZ 1984**, s. 741-744.

LIEBTHAL, Julia, **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern nach der Reform des Kindschaftsrechts**, 1. Auflage, Peter Lang International Academic Publishers, Frankfurt am Main, 2004.

LIMBACH, Jutta: **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern - Eine Rechtstatsachenstudie**, Bundesanzeiger, Köln, 1989.

LUTHIN Horst: **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987.

MARINOPOULOS, Alisko: **Entscheidungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt lebender Ehegatten in Deutschland und Australien**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2003.

MATTHIESSEN, Stephanie: **Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004.

MECKLING, Sarah: **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

MICHALSKI, LUTZ: "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ 1992**, s. 128-137.

MOTZER, Stefan: "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ 2001**, s. 1034-1044.

MÜLLER, Karen: **Die elterliche Sorge im international-privatrechtlichen Kontext aus konsularrechtlicher Sicht**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

OELKERS, Harald/KARSTEN, Hartwig: "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung", **FamRZ 1993**, s. 18-21.

OELKERS, Harald: "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR 1999**, s. 349-355.

OELKERS, Harald: "Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 29.9.1999", **MDR 2000**, s. 32- 33.

OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998.

OLLMANN, Rainer: "Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG" **FamRZ 1993**, s. 869-874.

ÖCAL APAYDIN, Bahar: "**İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 631-658.

ÖZDAMAR, Demet: **CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

ÖZTAN, Bilge, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 249-260.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

PLANITZ, Hans/ECKHARDT, Karl August: **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien, 1991.

PLANITZ, Hans: **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941.

POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.118, 2015, s. 243-254.

REHBERG, Jurgen: "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR 1998**, s. 65-69.

RIECK, J. (Ed.): **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017.

SALGO, Ludwig: "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall- ein Zwischenruf", **FamRZ 1996**, s. 449-454.

SARRES, Ernst: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall - Verlagerung bei Streitigkeiten auf das Umgangsrecht?", **FPR 2008**, s. 131-135.

SCHWAB, Dieter: "Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes", **FamRZ 1998**, s. 457-472.

SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.10, Sayı.1, 2008, s. 155-197.

SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

SITTING, Christine/STÖRR, Andre: "Das Ende einer Reform? Anmerkung zum Beschluss vom 29.9.1999 XII ZB 3/99 (FuR 2000,88= FamRZ 1999, 1646)", **FuR 2000**, s. 199-201.

SCHLÜTER, Wilfred: **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

SÜNDERHAUF, Hildegund: **Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2013.

ŞİMŞEK, Canan: **Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012.

TAUCHE, Almut: "Kindschaftsrecht und Elternvereinbarung. Ist die Forderung nach der Elternvereinbarung bei Trennung und Scheidung eine unverhältnismäßige Einmischung des Staates", **FuR 1996**, s. 213-222.

VON DER HEYDE, Irene: **Internationalrechtliche Studien Beiträge zum Internationalen Privatrecht zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004.

WACKE, Andreas: "Elterliche Sorge im Wandel der Jahrtausende- zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht", **FamRZ 1980**, s. 205-210.

WALPER, Sabina: "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", s. 99-145 in **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2016.

YILDIRIM, Abdulkirim: **Türk Aile Hukuku**, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

ZEYTİN, Zafer: "Fünfzehn Jahre Türkisches Zivilgesetzbuch. Ein Bericht über die Praxis im Familienrecht", **NZFam 2016**, s. 450-454.

ZIMMER, Angelika: **Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der Kindschaftsrechtsreform**, Lit Verlag, Münster-Berlin, 2011.

TÜRK İDARE HUKUKUNDA ESTOPPEL KURAMININ UYGULANABİLİRLİĞİ

The Practicability of the Estoppel Hypothesis in the Turkish Administrative Law

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ¹

Geliş Tarihi: 21.09.2017

Kabul Tarihi: 26.01.2018

ÖZET

Kazanılmış hak, müesses durum, fiili memur ve haklı beklenti kavramlarının kesişim kümesi olan estoppel kuramı, idarenin davranışları sonucunda ortaya çıkan ve idarenin önceki davranışlarına aykırı bir tasarrufta bulunmasını yasaklayan bir ilkedir. Bir kamu idaresinin davranışına güvenen bireyin bulunduğu konumu değiştirmesi veya konumunu değiştirecek iken idarenin beyanı doğrultusunda aynı konumunu korumayı sürdürmesi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini estoppel ile sağlanır.

Estoppelin Türk idare hukukunda tatbiki şu gerekçelerle gereksizdir:

i. Estoppel ile beklenen hukuki koruma diğer yerleşmiş ilkelerle sağlanmaktadır.

ii. Estoppel kamu yararı kavramını işlevsiz hale getirir.

iii. Estoppel özel hukuk kaidelerinin kamu hukukuna girmesine sebep olur.

iv. Estoppelin idare hukukunda kabulü, idarenin takdir yetkisini kaldırarak yetki aşımı yapılmasına sebebiyet verebilir.

v. Estoppelin kamu hukukunda tatbiki, haklı beklentinin korunması ilkesinin gerektiği gibi özümsememesine sebep olur.

vi. Estoppelin yargı ayrılığı sisteminin uygulandığı Türk hukuk sisteminde sağlıklı uygulamayı sağlamaz.

ABSTRACT

The estoppel hypothesis which is the intersection set of the terms acquired rights, established situation, officer de facto and legitimate expectation, is a principle which results from the behavior of the administration and which forbids administrative disposals contrary to its past behavior. The compensation of the damages to a person, who having good faith in the behavior of the administration has changed his position, or while wanting to change his position has kept in his actual position due to a statement of the administration, is achieved by the estoppel.

The application of the estoppel in the Turkish administrative law is unnecessary because of the following reasons:

i. The expected legal protection by the estoppel is already achieved through other principles.

ii. The estoppel makes the concept of public interest dysfunctional.

iii. The estoppel causes the principles of private law entering the public law.

iv. The acceptance of the estoppel in the administrative law can abolish the discretionary power of the administration and lead to ultra vires decisions.

v. The application of the estoppel in the public law could lead to the inadequate internalization of the principle of protection of legitimate expectation.

vi. It is not possible to provide the sound application of estoppel in the Turkish legal system where a separation of jurisdiction is applied.

Anahtar Kelimeler: Estoppel, kazanılmış haklar, müesses durum, haklı beklenti, hukuk devleti, idare hukuku.

Keywords: Estoppel, acquired rights, established situation, legitimate expectation, rule of law, administrative law.

¹ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-mail: selmansacitboz@gmail.com

GİRİŞ

Dürüstlük, özel hukuk ilişkileri başta olmak üzere kamu hukukunda da uygulanan bir ilkedir. Bireyler arası hukuki ilişkilerde tarafların dürüstlük ilkesine riayet etmesi bekleniyorsa pekâlâ idareden de dürüst davranması beklenmelidir. Bu açıdan irade açıklamasında bulunan ya da bazı davranışlarıyla bireyleri belirli yönde karar alacağına inandıran kamu görevlilerin bu davranışlarından kaynaklanan zararların, hukuk devleti ilkesince tazmini gereklidir.

İdarenin önceki bir davranışına güvenerek bireyin bulunduğu konumu değiştirmesi veya konumunu değiştirecek iken idarenin davranışı sonucunda aynı konumunu korumayı sürdürmesi sonucunda ortaya çıkan zararın idare tarafından karşılanmaması dürüstlük ilkesine aykırıdır. İdarenin bu türden davranışları sonucunda zarara uğrayan, Devlete olan güveni yıkılan bireylerin haklarını elde edebilmesi hukuk tarihi boyunca üç farklı yaklaşım temelinde gerçekleşmiştir²:

- i. Bazılarına göre geride kalan ilk yaklaşıma göre; İdare, bireylerde olduğu gibi, “estoppel” ilkesi gereğince sorumlu tutulur. Bu ilkeye göre; eğer bir kişi açık ve belirsizliğe mahal vermeyen bir vaatte bulunur ve vaatte bulunulan diğer kişi de bu vaade güvenerek bir eylemde bulunursa; vaatte bulunan kişinin vaatlerini yerine getirmemesine müsaade etmek adaletsizlik olacağından diğer kişinin vaatleriyle uyuşmayan eylemlerde bulunması hukuka aykırı olur.
- ii. İkinci yaklaşıma göre; İdarenin tasarrufları neticesinde, sonraki eylemler üzerinde haklı beklenti oluşabilir ve idarenin bu beklentiyi boşa çıkarması da, kamu hukuku nezdinde, adaletsizlik olarak görülür.
- iii. Üçüncü ve en yeni yaklaşıma göre ise; İdare, halkın çıkarlarına tesir edecek bir karar vermekle yükümlüyse ve bu konuda haklı beklenti oluşturacak vaatlerde bulunmuş veya icraatlar yapmışsa, taahhüt veya icraat vakası, karar verme makamı tarafından hesaba alınması gereken ilgili bir mülahazadır ve idarenin bu beklentiyi hesaba katmaması hukuka aykırı bir eylemdir.

I. ESTOPPEL KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

Sözlük anlamı “*bir kişinin yaptığı bir beyanın doğruluğunu veya var olduğunu iddia ettiği gerçekleri inkâr etmesini engelleyen bir delil veya hukukun üstünlüğü kuralı*”³ olan “estoppel” kavramının, hukuki açıdan Türkçe karşılığı tam olarak bulunmamaktadır. “Durdurulmuş [*stopped*]” anlamında kullanılan bu kavram, “*birisi ya bir şeyi söylemesin, ya bir şeyi yapmasın, ya*

² PIEVSKY, David, “Legitimate Expectation as a Relevancy”, *Judicial Review*, Vol. 8(3), 2003, s. 144.

³ MARTIN, Elizabeth, *Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford, 2002, s. 181.

da bir şeye itiraz etmesin diye durdurulmuştur” özdeyişiyle açıklanmaktadır. Normanlar tarafından ortaya konan bir kavram olan estoppel, eski Fransızca’da “estoupail” terimiyle ifade edilmekteydi. Bu açıdan estoppelin hukuksal olmayan kavramsal karşılığı, “tıpa veya bir şeyin taşmasını durduran bir tıkaç” idi⁴.

İngiliz hukuku tarafından sahiplenilen ve çok sık başvurulmuş estoppel kavramının⁵, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “*itiraz hakkının düşmesi (dava engeli)*”ne karşılık geldiği görülmektedir⁶. Nihayetinde idarenin önceki iradesine aykırı bir davranışta bulunmasını engelleyen estoppel kavramının hukuki karşılığı, bu çalışma kapsamında “*önceki davranışlara aykırı tasarruf yasağı*” olarak ifade edilebilir.

Özel hukuk temelinde bu kavramın hukuki niteliği şu örnekle açıklanabilir:

“Daha önce yapılan bir iş veya bir ifade, sonradan ileri sürülen bir iddiayı savunmaya engel olmaktadır. Bu doğrultuda örneğin, yan komşusuna gelen boyacının yanlışlıkla kendi evini boyamasına ses çıkarmayarak rıza gösteren kimse, boyacı ile arasında sözleşme ilişkisi olmadığını iddia ederek ödeme yapmaktan kaçınmayacak; borcu ödemesine gerek olmadığını söyleyerek borçlunun bu öngörüye dayanarak farklı biçimde hareket etmesine neden olan alacaklı ileride bu alacağını mahkeme önünde iddia ettiği takdirde dinlenilmeyecektir. Estoppel kavramı hukuki bir kavram olsa da, içeriğinde, özgürlükçü

⁴ **CARTWRIGHT, John**, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, (Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006), Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 10(3), December 2006, s. 2; **MARTIN**, s. 181; Estoppelin kamu hukukunda uygulanabilirliğinin denetlendiği ilk dava 1949 tarihli “Robertson v. Minister of Pensions” davasıdır, (“Robertson v. Minister of Pensions”, [1949], 1 QB. 227), **CRAIG, Paul**, Administrative Law, Fourth Edition, London, 1999, s. 638, dn. 32; **KNIGHT, Dean R.**, Estoppel (principles?) in Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations, Master of Law, The University of British Columbia, Canada, 2004, s. 13-14; **MACPHERSON, Paula A.**, Legitimate Expectation and Its Application to Administrative Policy, LL.M Degree in Law, University of Ottawa, Canada, 1995, s. 5.

⁵ **CARTWRIGHT**, s. 2; **SEVER, D. Çiğdem**, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 54; “Estoppel, pek çok farklı koşulda uygulanan eski bir İngiliz özel hukuk ilkesidir”, **SCHÖNBERG, Søren J.**, Legitimate Expectations in Administrative Law, New York, 2000, s. 109.

⁶ İlgili kararlar için bkz. ECHR, [18.06.1971], D. 1966/2832, No. 1971; ECHR, [13.05.1980], D. 1974/6694, No. 1980; ECHR, [06.11.1980], D. 1976/7654, No. 1980; ECHR, [06.11.1980], D. 1976/7367, No. 1980; ECHR, [22.05.1984], D. 1979/8805, No. 1984; ECHR, [28.06.1984], D. 1977/7819, No. 1984; ECHR, [06.12.1988], D. 1983/10590, No. 1988; ECHR, [22.02.1989], D. 1984/11152, No. 1989; ECHR, [07.07.1989], D. 1984/10857, No. 1989; ECHR, [08.07.1999], D. 1994/24277, No. 1999; ECHR, [08.07.1999], D. 1998/24735, No. 1999; ECHR, [16.11.2004], D. 1996/31821, No. 2004, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 15.08.2015.

devlet anlayışı bağlamında pek çok önemli politik ve felsefi fikirleri de barındırır”⁷.

Estoppel; müesses durum, haklı beklenti ve kazanılmış hak kavramlarıyla bazı sonuçları bakımından benzerlik arz etmektedir. Müesses durum, hukuka aykırı olan bir işlemin geri alınmasının ardından hüküm ve sonuç doğurmadığını, ancak geri alma işleminden önce var olan durumun korunması gerekliliğini belirten bir kavramdır⁸. Başka bir ifadeyle müesses durum; hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla bireye “kanuna aykırı [*contra-legem*]” olarak koruma sağlayan özel bir müessesedir⁹.

⁷ **SEVER**, s. 54; Cooke’a göre “estoppel, tutarlılığın uygulanması için bir mekanizmadır. Belirli bir duruma inanmanıza neden olan bir şey söylendiği veya yapıldığı zaman, sözleşme hükümleriyle bağlı olmadığımız halde, söylediğimiz veya yaptığımız şeyle bağlı olmakla yükümlü tutulabiliriz”, **COOKE, Elizabeth**, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000, s. 1. *Expectations in Administrative Law*, New York, 2000, s. 109.

⁸ **OĞURLU, Yücel**, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, 2003, s. 198; **BEREKET, Zuhal**, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, 1996, s. 135; **ALTINDAĞ, Halil**, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 19; **GÖKYURT, Fatih**, *İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 12; **AKBULUT, Emre**, *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi*, İstanbul, 2013, s. 355; Danıştay 5. Dairesi, T. 12.02.1996, E. 1994/1576, K. 1996/3759; Danıştay 5. Dairesi, T. 12.12.1996, E. 1994/4824, K. 1996/3864; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.01.1999, E. 1998/3536, K. 1999/93; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.01.1999, E. 1998/3537, K. 1999/92; Danıştay 5. Dairesi, T. 04.12.2000, E. 1999/2648, K. 2000/3209; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.06.1996, E. 1994/1705, K. 1996/2372; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2520, K. 1996/3748; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2521, K. 1996/3747; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2591, K. 1996/3746; Yargıtay bir kararında müesses durumu şu şekilde açıklamıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T. 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2, www.uyap.gov.tr, e.t. 02.12.2015: “Hukuka aykırı bir işlemin belirli süre geçtikten sonra geri alınması üzerine artık ilerisi için işlemin hüküm ifade etmeyeceğini, fakat geçmişte kalan durumun da tanınması gerektiğini ifade eder, yani işlemin ilerisi için değiştirildiği, düzeltildiği anlamına gelir. Onun için, hukuka aykırı (yanlış) işlem, yukarıda açıklanan süreler geçtikten sonra geri alınırsa sonrası için kişiye bir hak bahsetmez, yalnızca geçmişteki durumun, parasal da olsa, tanınması sonucunu doğurur. Fakat, yukarıda varılan sonuç ve kabul edilen kural ancak iyi niyetli kişiler içindir. Eğer, idarenin yanlış işlem yapmasına kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebebiyet vermiş ise, bu yanlış idare işlemi her zaman, bir süre şartına bağlı olmaksızın, geriye yürür şekilde geriye alınabilir”, www.uyap.gov.tr, e.t. 02.12.2015.

⁹ **OĞURLU**, s. 289; **ALTINDAĞ**, s. 19; Müesses (yerleşmiş) durum kavramı, “önceleri idare hukukunda sübjektif hak bulunmadığından hareketle, kazanılmış hakları hak olarak görmeyen yaklaşımın sonucunda ortaya atılmış ve eski tarihli bazı kararlarda kullanılmıştır. Ancak bu kullanım zaman içinde terk edilerek yerini başka bir kullanıma bırakmıştır. 1970’li yıllardan itibaren aynı kavram, hukuka aykırı olup da korunması kabul edilen durumlar için kullanılmaya başlanmıştır”, **SEVER**, s. 45.

Müesses durum ile estoppel kuramının ortak yönü bireylerin mevcut durumlarının değişmeyeceğine olan güvenleridir. Her iki ilke de geçmişten kaynaklanan bir iradeye bağlı olarak bir hakkın korunması talebini içermektedir¹⁰. Ancak müesses durum idarenin önceden tesis ettiği hukuka aykırı bir işlemine dayanırken, estoppel idarenin önceki bir davranışıyla ilgilidir. Elbette estoppel her zaman davranışa dayanmaz bazen bu davranış kendini idari işlem olarak da gösterebilir. Ancak genelde müesses durumdan söz edebilmek için idari bir işlem gerekirken, estoppel ilkesinin devreye girebilmesi için idari bir davranışa ihtiyaç bulunmaktadır. İdari işlem, eylem ve sözleşme niteliğinde olmayan davranışlardan da idarenin sorumlu tutulabilmesi estoppel ilkesi ile mümkündür. Bu çerçevede bireyler etkisiz bir başvuru yolu olan kamu denetçiliği kurumuna müracaat etmek yerine idari yargıda dava açabilir konuma geleceklerdir.

Haklı beklenti¹¹ ve kazanılmış hak kavramları ile estoppel ilkesi arasında yakın benzerlikler bulunmaktadır¹². Schönberg'in deyiimiyle "*haklı beklentinin*

¹⁰ İngiliz hukukunda özel hukuk kökenli estoppelin etkisiyle, bireyin ekonomik açıdan işleme güvendiği durumlarda işlemin geri alınmayacağı ifade edilmektedir, **ÖZCAN, Nur**, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklenti İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 86; Hukuka aykırı olmasına rağmen korunması gereken durumlar müesses durum kavramıyla ifade edilir. Bir hakkın iktisabında zorunlu bulunan hukuka uygunluk şartının sağlanamamasından dolayı korunması gereken bu tür hukuki meseleler için hak kavramı yerine durum kavramı tercih edilmektedir, **OĞURLU**, s. 197.

¹¹ Haklı beklentinin korunması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZ, Selman Sacit**, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara, 2017.

¹² **YOST, Chris**, "A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard", Honours Thesis, The Australian National University, Australian, 2008, s. 35; **CARTWRIGHT**, s. 6; **FELIX, Shivaji**, "The Protection of Substantive Legitimate Expectations in Administrative Law", Sri Lanka Journal of International Law, Vol. 18, 2006, s. 80; **GROVES, Matthew**, "Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law", Melbourne University Law Review, Vol. 32, 2008, s. 489-490; **LI, Andrew S. Y. - LEUNG, Hester Wai-San**, "The Doctrine of Substantive Legitimate Expectation: The Significance of Ng Siu Tung and Others v. Director of Immigration", Hong Kong Law Journal, Vol. 32, No. 3, 2003, s. 486; **ELLIOTT, Mark**, "Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: the Rashid Case", Judicial Review, 2005, s. 283; **FLANAGAN, Richard**, "Legitimate Expectation and Applications-An Outdated and Unneeded Distinction", Canterbury Law Review, Vol. 17, Iss. 2, 2011, s. 284; **TAY KUAN SENG, Charles**, "Substantive Legitimate Expectations-The Singapore Reception", Singapore Academy of Law Journal, Vol. 26, 2014, s. 635-636; **McGILVRAY, Stuart Angus**, "Making Sense of Substantive Legitimate Expectations in New Zealand Administrative Law", University of Otago, Dunedin-New Zealand, 2007, s. 28; **ÖRÜCÜ, Esin**, "Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, 1988, s. 250; Estoppel ile haklı beklentinin benzerliği her ikisinin de nesafet, yani bir tür adalet fikrinden ortaya çıktığıdır, **SEVER**, s. 55; Haklı beklentinin korunması ilkesinin kökenlerinden biri de estoppel ilkesi olarak gösterilmektedir, **ABBAS, Qaisar**, "Doctrine of Legitimate Expectations: Prospects and Problems in Pakistan", Pakistan Law Journal, 2008, s. 5.

*korunması ilkesi, özel hukuk doktrinindeki estoppel ilkesinin bir parçasını oluşturan zarara uğratan itimat gereksiniminden ilham almıştır*¹³. Ayrıca kazanılmış hak ile estoppel kuramı arasında da sonuçları açısından benzerlik bulunmaktadır¹⁴. Estoppel kuramı tüm unsurları ve çeşitleri dikkate alındığında kazanılmış hak ve haklı beklenti kavramlarından çok küçük farklılıkları bulunmaktadır. Estoppel ilkesi çerçevesinde idareden sadır bir taahhüt veya beyanın korunabilmesi için bu durumun bir hakka dayanması gerekir¹⁵.

Diğer taraftan haklı beklentide korunmak istenen menfaatin her zaman bir hakka dayanması gerekli değildir. Başka bir ifadeyle haklı beklenti, Fransız hukuk sisteminde yer alan “hak yaratan [*creating rights*]”¹⁶ idari işlem olarak değil, “olumlu-lehte bir idari işlem [*favourable administrative act*]”¹⁷ olarak

¹³ **SCHØNBERG**, s. 78; Estoppel ve haklı beklenti kavramlarının birbiriyle benzer olduğunu ifade eden mahkeme kararları için bkz. “R. v. Jockey Club, ex parte RAM Racecourses”, [1993], 2 All ER. 225-236; “Re Preston”, [1985], 1 AC. 866-867; “R. v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Patel”, [1988], 1 WLR. 381-398; “CA; the House of Lords Decided the Case on Other Grounds”, [1988], 1 AC. 910; “Oloniluyi v. Secretary of State for the Home Department”, [1989], Imm AR. 135-146; “R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte MFK Underwriting Agents Ltd.”, [1990], 1 WLR. 1569-1573; “R. v. Independent Television Commission, ex parte TSW Broadcasting”, [1996], JR. 195; “R. v. Devon County Council, ex parte Baker & Curtis”, [1995], 1 All ER. 88-89; “R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte SG Warburg”, [1994], STC. 518-535, akt. **BAMFORTH, Nicholas**, “Legitimate Expectation and Estoppel”, Judicial Review, 1998, s. 196, dn. 4.

¹⁴ **SEVER**, s. 55.

¹⁵ **SCHØNBERG**, s. 109; **ALTINDAĞ**, s. 23; Estoppelin kamu hukukuna uyarlamasıyla haklı beklentinin ortaya çıktığı düşüncesinin reddedildiği kararlar için bkz. “R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries”, [1995], 2 All ER. 714-725; “R. v. Independent Television Commission, ex parte Television South West”, [1992]; “R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Unilever”, [1996], STC. 681-695, akt. **BAMFORTH**, s. 196, dn. 5; Toohey’e göre, “haklı beklenti ilkesi estoppel prensibinin herhangi bir unsuruna bağlı değildir”, “Haoucher v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs”, [1990], 19 ALD. 590, akt. **TAY KUAN SENG**, s. 636, dn. 149.

¹⁶ Fransız hukukunda “hak yaratan işlemlerin değişmezliği ilkesi [*intangibilité des décisions créatrices de droits*]” çok uzun süredir uygulanan bir ilkedir, **SCHØNBERG**, s. 70; **SNODGRASS, Elizabeth**, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2004, s. 27.

¹⁷ “Jowell’e göre maddi haklı beklenti söz verilmiş bir çıkar hakkıdır”, akt. **GROVES**, s. 494, dn. 99; **PATERSON, Moira**, “Legitimate Expectations and Fairness: New Directions In Australian Law”, Monash University Law Review, Vol. 18, No. 1, 1992, s. 83; **ÖZCAN**, s. 79; Jacobs J.’ye göre, “beklenti kendi başına bir hak değildir. Tabii adalete göre bazı şartlar altında hak haktır ve haklı beklenti bu şartlardan biridir. Başka bir deyişle, haklı bir beklenti, tabii adalet kurallarını içeren bağlamda bir hak gibi aynı etkiye sahip olmalıdır”, akt. **HODGSON, D. C.**, “The Current Status of the Legitimate Expectation in Administrative Law”, Melbourne University Law Review, Vol. 14, December 1984, s. 686, dn. 5; Grogan’a göre, “bir bireyin herhangi bir kişi veya kuruluş tarafından hak ve yükümlülüğünün belirlenmesinde müzakere edilmesini beklemek bağlamında olup, haklı beklenti bir hakkın statüsü ile uyumludur”, **IKHARIALE, M. A.**, “The Doctrine of Legitimate Expectations: Prospects and Problems in Constitutional Litigation in South Africa”, Journal of African Law, Vol. 45, No. 1, 2001, s.

kabul edilmektedir. Haklı beklenti öğretisi, bireyin bir yarar sağlamak için yasal bir hakkının bulunmasına gerek duyulmadan idare tarafından ortaya çıkarılan beklentinin karşılanması gerektiğini ihtiva eder¹⁸.

Estoppel kuramının çok fazla türü bulunmaktadır ve bu türlerden bazıları haklı beklenti ve kazanılmış haklara benzetilebilir¹⁹. Örneğin haklı beklentinin maddi açıdan korunması ile kamu hukukunda uygulanan estoppel ilkesinin benzer ilkeler olduğu savunulmaktadır. Diğer taraftan bu ilkeler birbiriyle o kadar iç içe geçmiştir ki bunları birbirinden keskin sınırlarla ayırmak çok da mümkün gözükmemektedir²⁰. Estoppel ilkesinin birden fazla türü olmakla

3; “Bu nedenle haklı beklenti, yasal bir haktan daha düşük düzeydeki bir menfaatin doğal adalet kurallarının korumasını cezbedebileceğini göstermesi bakımından anlamlıdır”, **FLANAGAN**, s. 284.

¹⁸ **MUZAFAR, Seemeen**, “Doctrine of Legitimate Expectation in India: An Analysis”, *International Journal of Advanced Research in Management and Social Sciences*, Vol. 2, No. 1, January 2013, s. 117; Uygulama açısından, hak ve menfaatin keskin sınırlarla birbirinden ayrılması çok zordur, **SCHÖNBERG**, s. 68; Ancak, idari davranışlar sonucu ortaya çıkan beklentilerin, hukuki sonuçlarının olması gerekir, **THOMAS, Robert**, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford Portland Oregon, 2000, s. 41; Haklı beklenti ilkesi ile “hak kavramının içine küçük bir donanım eklendi(ği)” belirtilmiştir, **GROVES**, s. 474; Barwick CJ’ye göre “haklı beklentinin ifadesinin amaçlanan ne kadarına ulaşılmış olursa olsun, merkezde kanunilik konsepti, yani, akılda kalan yasal bir beklentidir. Anlaşıldığı kadarıyla, ifade, muhtemelen, bir hak konseptine çok az şey katmaktadır”, akt. **JOHNSON, Graeme**, “Natural Justice and Legitimate Expectations in Australia”, *Federal Law Review*, Vol. 15, 1985, s. 43; **MACPHERSON**, s. 39-40; Hindistan Yüce Divanına göre “haklı beklentilerin varlığı, özel hukuki bir hakkın yokluğunda dahi kamu hukukunda beklentinin kabul edilmesini meşru kılar”, akt. **FORSYTH, C.F.**, “Legitimate Expectations Revisited”, *Judicial Review*, 2011, s. 431.

¹⁹ “R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries”, [1995], 2 All ER. 725 davasının hâkimi Sedley J. tarafından “haklı beklenti estoppelin diğer bir ismi değildir” şeklinde içtihatla bulunulmuştur, akt. **BAMFORTH**, s. 201; “Estoppelin kamu hukukundaki rolü çok azdır”, **LEWIS, Clive**, “Fairness, Legitimate Expectations and Estoppel”, *The Modern Law Review*, Vol. 49, No. 2, March 1986, s. 251; “Estoppelin idare hukukundaki görünümü ise idarenin davranış ve sözleri ile kişilerin belli davranışlarına yol açmaları durumunda ortaya çıkar”, **SEVER**, s. 54.

²⁰ Knight’a göre “maddi haklı beklentiler doktrini ile kamu hukuku estoppeli doktrini paraleldir”, **KNIGHT**, s. 17; Stuart Smith L.J.’ye göre haklı beklenti ilkesi özel hukuk kavramı olan estoppel ile birçok açıdan ortak özelliğe sahiptir, akt. **THOMAS**, s. 50, dn. 54, 56; Dillon L.J.’e göre, “estoppel ve haklı beklenti argümanları esasen aynıdır, ancak bu iddianın yalnızca gerçeklerle mi ilgili olduğu yoksa daha geniş bir şekilde geçerli olup olmadığı belli değildir”, akt. **BAMFORTH**, s. 196, dn. 2; “Estoppel ilkesi hali hazırda teşekkül etmiş bir hakkı muhafaza eder, oysa haklı beklenti bir hak değil ancak bir hak ile açıklanabilecek potansiyel veya beklenen bir çıkarıdır ki inceleme sürecindeki mahkemeler bu çıkarları/beklentileri korurlar. Dahası bu çıkarlar/beklentiler usuli veya esasi tabiatla olabilirler”, **ABBAS**, s. 2; “İngiliz hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanan bir kavram olan equity, yani nesafet kuralları doğrultusunda ortaya çıkan estoppel ilkesinin ardında yatan fikir tutarlılıktır ve bu doğrultuda daha önceki davranış veya vaatlerine açıkça aykırı iddiada bulunan kişinin bu iddiasının hukuki olsa dahi dinlenemeyeceğini ifade eder”, **SEVER**, s. 54.

birlikte “taahhüt içeren estoppel [*promissory estoppel*]” haklı beklentinin amaçlarından biriyle benzerlik taşımaktadır. Bir adalet prensibi olan taahhüt içeren estoppel’e göre; verdiği vaadi boşa çıkararak, o taahhüde güvenerek iş yapan birinin zarara uğramasına sebep olan bir kişinin, o sözünü bir kez daha boşa çıkarmasına müsaade edilmemesi gerekir. Bu prensibin muhatabının idare olduğu ifade edilmektedir²¹.

II. ESTOPPEL KURAMININ TÜRLERİ, UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ

Estoppel kavramı öncelikle çok fazla alt ilkesi bulunan bazen bir delil vasıtası bazen de bir dava sebebi olarak kullanılan özel hukuka ait bir ilkedir²². Estoppelin türlerini tek tek sıralamak imkânsız gözükmektedir. Estoppelin çok farklı türlerinin bulunduğu Cartwright’ın şu sözleriyle izah edilebilir:

“Bu kadar basit bir kökenden, İngiliz hukukumuzda yüzyıllar boyunca çok odalı büyük bir ev inşa edilmiştir. Bu evin adı ise Estoppel’dir. Coke’un zamanında sadece üç odalı küçük bir evdi: “Estoppel by record”, “matter in writing” ve “matter in pais”; Ancak günümüzde estoppel ilkesinin çok sayıda odası yani türü bulunmaktadır. Örneğin, “estoppel per rem judicatam”, “issue estoppel”, “estoppel by deed”, “estoppel by representation”, “estoppel by conduct”, “estoppel by acquiescence”, “estoppel by election or waiver”, “estoppel by negligence”, “promissory estoppel”, “proprietary estoppel” vb. “Ama her oda diğerlerinden farklı şekilde kullanılmıştır. Bir odaya giderseniz, “estoppel sadece bir kanıt

²¹ PIEVSKY, s. 144; ALTINDAĞ, s. 22; Haklı beklenti ilkesi en çok “taahhüt içeren estoppel [*promissory estoppel*]”e benzetilmektedir, MUZAFAR, s. 132; “Taahhüt içeren estoppel doktrini bir müteşebbisin, devletçe kendisine verilen vergi istisnası gibi vaatlere uygun olarak ya da sonucu olarak pozisyonunu değiştirmesiyle devreye girer. Taahhüt estoppeli doktrini kullanılarak bir hak da korunabilir. Adı geçen doktrin davranış sebebinin doğurur. Bu, tartışmasız olarak bir hak yaratır ve eşitlik üzerine oturur”, “Southern Petrochemical Industries Co. Ltd. v. Electricity Inspector”, [2007], 4 MLJ. 723, akt. ABBAS, s. 1, dn. 6; Sri Lanka’da, kamu hukuku davalarında estoppel doktrine uyumun yargı organı tarafından yavaş olduğu vurgulanmaktadır, JAYASINGHE, Chaminda, “Making Sense of the Concept of Substantive Legitimate Expectation”, School of Humanities, Peace Studies Department, UNE, Australia, 2010, s. 30; İskoç hukukunda estoppel ilkesinden beklenen koruma “personel bar” kavramıyla karşılanmaktadır, REID, Elspeth, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in Scots Law”, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 10(3), December 2006, s. 9; Promissory estoppel kavramının sözleşmede kararlaştırılan cezai müeyyidelerin sözleşme imzalanmasının ardından uygulanmasının haksızlık teşkil edeceğini ileri sürmenin mümkün olmadığını belirten “Hughes v. Metropolitan Railway Co.”, [1877], 2 AC 439 kararında ilk kez kullanıldığı ifade edilmektedir, TALAAT, Wan İzatul Asma Wan, “The Threats to The Limitations Outlining The Present Parameters of Promissory Estoppel: A Comparative Study”, The Special Issue on Contemporary Research in Business and Economics, Vol. 3, No. 6, [Special Issue-March 2012], s. 155.

²² “Low v. Bouverie”, [1891], 3 Ch 82 davasında estoppel kuramı bir delil vasıtası olarak kullanılmıştır, CARTWRIGHT, s. 4; ALTINDAĞ, s. 21.

kuralıdır” şeklinde bir tebliğ bulacaksınız. Başka bir odaya giderseniz, “estoppel, bir dava hakkının ortaya çıkmasına neden olabilir” şeklinde farklı bir tebliğ bulacaksınız. Her odanın kendine özgü tebliğleri bulunmaktadır. Bir odada bulacağınızı, aynı zamanda başka bir odada da bulacağınızı varsaymak bir hatadır”²³.

İngiltere, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda özel hukukta kullanılan estoppel ilkesi şu üç unsurdan oluşmaktadır²⁴:

- i. Bir beyan veya bildirim,
- ii. Bu beyandan kaynaklanan ve zarara sebebiyet veren bir güven,
- iii. Bu beyandan vazgeçilmesinin adaletsiz-vicdana aykırı ve hakkaniyetsiz sonuçlar doğurması.

Knight estoppeli şu şekilde açıklamaktadır²⁵:

- i. Belirli bir söz ya da ilişki durumunun beyanı;
- ii. Beyandan vazgeçmenin haksızlık teşkil ettiği veya vicdana aykırı olduğu;
 - a. Beyanın yapıldığı kişi beyana ya da verilen söze inanmıştır;
 - b. Beyanın yapıldığı kişi o anki durumunu verilen beyana ya da söze göre değiştirmiş ve
 - c. Beyan yerine getirilmezse beyanın verildiği kişi zarar görecektir.

²³ Görüldüğü üzere estoppelin çok sayıda türü bulunmaktadır. Bu türlerden bazılarının hukuki karşılığının verilmesi tek tek estoppel türlerinin incelenmesinin mümkün olmadığını göstermesi açısından önemlidir: Örneğin: “Tescil engeli [estoppel by record]”: Kesinleşmiş bir kararda bir şahsın aleyhindeki olayların o şahıs tarafından inkâr edilememesi, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların karara bağlandığı davalarda son olarak belirlenen bir husus aynı taraflar arasındaki müteakip davalarda genellikle tekrar öne sürülemez; “Yazılı husus engeli [matter in writing]”: Düzenlenen bir senedin ya da içeriğin doğruluğunun senedi düzenleyence inkâr edilememesi; “Genel kabul ile dava engeli [estoppel by convention]”: Taraflarca kabul edilen durumun veya biri tarafından yapılan ve diğer tarafça itiraz edilmeyen bir durumun varsayımsal olarak gerçek olduğunun kabul edilmesi ve bu durumun sonradan inkâr edilememesi; “Temsilci dava engeli [estoppel by representation]”: Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere karşı zımnı icazet, **CARTWRIGHT**, s. 2-4.

²⁴ **SCHÖNBERG**, s. 109; **YOST**, s. 35; İyiniyetli bireyin, idarenin olumlu veya olumsuz bir eylem ya da işlemi sonucunda, adaletsiz sonuçlar doğuracak biçimde durumunda değişiklik olması veya kişiye geniş kapsamlı borç ve yükümlülük yüklenmesi durumunda estoppel ilkesi devreye girer, **SEVER**, s. 55.

²⁵ **KNIGHT**, s. 13; “Estoppelin varlığının kabul edilebilmesi için bir olayın şu şartları taşıması gerektiği belirtilmektedir: Kişinin iyi niyeti çerçevesinde, idarenin olumlu veya olumsuz bir eylem ya da işlemi sonucunda, adaletsiz sonuçlar doğuracak biçimde kişinin durumunda değişiklik yaratılması veya kişiye geniş kapsamlı borç ve yükümlülük yüklenmesi”, **SEVER**, s. 55.

Bir kamu idaresinin davranışına güvenen bireyin bulunduğu konumu değiştirmesi veya konumunu değiştirecek iken idarenin beyanı doğrultusunda aynı konumunu korumayı sürdürmesi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini estoppel ilkesi ile sağlanır²⁶.

III. ESTOPPEL KURAMININ TÜRK İDARE HUKUKUNDA UYGULANMASINA GEREK BULUNMAMAKTADIR.

Pievsky'e göre, her ne kadar idare hukuku açısından estoppelin ölüm ilanını vermek için henüz erken olsa da üç nedenden dolayı bu kavramın tutarlı bir geleceğinin olmayacağı ifade edilmektedir:

- i. İlk neden; estoppelin kökeninin özel ilişkilere dayanmasıdır. Estoppelde mevzu bahis olan kutsanmış ahlaki değerlerin etkinliği iki özel kişi arasındaki ilişkinin basitliğinden zuhur eder. Kamu hukuku çoğunlukla çok farklı mülahazalar ihtiva eder. İdarenin verdiği bir sözü boşa çıkarmasına müsaade etmek, ilgilisi için haksızlık teşkil etmesine rağmen bazı durumlarda sözün gereğinin yapılmasını beklemek birden fazla kişiye haksızlık yapılmasına sebep olabilir. Bu durumda estoppelin çözüme kavuşturmakta yetersiz kaldığı bir ikilem vardır.
- ii. İkinci neden; estoppelin arzulanan niteliklerinin, haklı beklentilerin genişletilmiş kavramına dâhil edilebilir olmasıdır. Haklı beklentinin vaatler olmaksızın, ilkesel olarak oluşabilmesi de kesin bir olgudur. Bir bireyin, kamu yetkilileri tarafından kendisine verilen bir vaatten yanlışlıkla mahrum kaldığı durumlar, bir bireyin haklı beklentiden yanlışlıkla mahrum kaldığı durumların alt başlığı halini alır.
- iii. Üçüncü neden; estoppel -şu an uygulanmakta olduğu haliyle- haklı beklentiler doktrini için bir tamamlayıcı olmadığı gibi, bu doktrinle önemli ölçüde çelişmektedir²⁷.

A. Estoppel İle Beklenen Hukuki Koruma Diğer İlkelerle Sağlanmaktadır.

Estoppel ilkesiyle amaçlanan hukuksal himaye esasında başka ilkelerle sağlanmaktadır. Kimi zaman müesses durum, kimi zaman kazanılmış hak konsepti içinde zaten koruma altında bulunan estoppele ilişkin menfaatler, kimi durumlarda da fiili memur teorisiyle karşılanmaktadır. Örneğin estoppel

²⁶ KNIGHT, s. 11-12; "Zarar ilkesi [harm principle]" özel hukukta estoppel ilkesi için ikna edici bir gerekçe iken haklı beklentide tam anlamıyla karşılık bulmaz, SCHØNBERG, s. 11.

²⁷ Bu konu Richards J. tarafından estoppelden ziyade haklı beklentiler temelinde ele alındığı ("Downderry Construction Ltd. v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions", [2002], EWHC. 2) bir davada şu şekilde belirtilmiştir: "(a) Zararlı güvenin hukuki bir mesele olduğu varsayılmaktaydı. Bu durum, zararlı güvenin, beklentinin ne kadar haklı olduğu meselesiyle alakalı olacağı, haklı beklenti davalarının konumlarıyla çelişmektedir. (b) Estoppelin açığa çıkması için, bir vaade olan itimadın makul olması şart değildir. Bu durum, haklı beklenti vakalarındaki, temel meşruiyet anlayışına ters düşer", akt. PIEVSKY, s. 145-146.

ilkesi yerine Fransız hukukunda “fiili memur [*fonctionnaire de fait*]” ilkesi benzer korumayı sağlamaktadır²⁸.

Müesses durum, kazanılmış hak, fiili memur gibi durumlar estoppelin küçük bir kısmının muadili olabilir. Ancak bu kısmi korumaların dışında kalan ve estoppelin varlık sebebini oluşturan diğer kısımlar, zaten haklı beklentinin korunması ilkesi içinde kalmaktadır. Estoppel ilkesinin en önemli ve tek şartı, idari makam tarafından bir beyan, bildirim ya da taahhütte bulunulmasıdır²⁹. Ancak bir beyan, bildirim veya taahhüt varlığı haklı beklentinin şartlarından sadece biridir. Bu sebeple haklı beklentinin korunması ilkesi estoppel ilkesini de içine alan bir ilkedir³⁰. Başka bir ifadeyle, estoppel ilkesi haklı beklentinin bir alt kümesidir. Ayrıca estoppelin birden fazla görünümü bulunmaktadır. Beyanlardan kaynaklanan estoppel olarak ifade edeceğimiz “estoppel by representation

²⁸ Fiili memur ilkesi, İngiliz hukukundaki “beyanlardan kaynaklanan estoppel [estoppel by representation]”e benzemektedir, ancak daha kısıtlıdır. Estoppel doktrini mantıken bireyden ortaya çıkar ve idarenin beyan ettiği veya icraatta bulunduğu bir eylemin önlenip önlenemeyeceğini sorgularken; “fonctionnaire de fait” ilkesi beyanda bulunan bir bireyden ortaya çıkmakta ve kararların yasal olması sebebiyle bağlayıcı ve değişmez olduğunun takdirini, kararı tesis eden makama bırakılması gerektiğini ifade etmektedir, **SCHÖNBERG**, s. 93-94.

²⁹ Estoppel doktrininin kamu hukukunda tatbik edilmesine ilişkin “Gowa v. Attorney General”, [1984], The Times, December 27, kararı örnek verilebilir. Özetle bu dava 1947’den önce Hindistan’da doğmuş, İngiliz denekleri olan yedi çocuğa ilişkindir. Babaları onların Birleşik Krallık vatandaşı olmalarını istiyordu çünkü bu durum onları Hindistan’da çok avantajlı hale getirecekti. 1948 İngiliz Ulusal Kanunu’nun 7. bölümünde, reşit olmayan kişileri İngiliz vatandaşı olarak kabul etme konusunda takdir yetkisi Dışişleri Bakanlığına verilmişti. 8. bölümde, bu takdir yetkisi belirli bir güven ortamında vali tarafından kullanılabilir. Baba, 1951 yılında Tanganyika valisine, çocuklarının İngiliz vatandaşı olması için başvuruda bulunmuştur. Kendisinin ve çocuklarının hâlihazırda İngiliz vatandaşı olduğu ve bu nedenle de yeniden başvuru yapmasına gerek olmadığı konusunda bilgilendirilmişti. 1981 yılında Dışişleri Bakanlığı çocukların İngiliz vatandaşı olduğunu reddettiğinde, Gowa, Dışişleri Bakanlığının 1951 yılında yapılan beyandan ötürü yanlış yönlendirildiklerini ve vatandaşlığa alınmaları gerektiğini belirtti. Mahkeme valinin bölüm 7’deki takdir yetkisini kullanamayacağına bu yetkinin Dışişleri Bakanlığında olduğunu ve yetki aşımı ile yapılan bu beyanla idarenin bağlı olmadığına karar vermiştir. Ancak Lordlar Kamarası Dışişleri Bakanlığı başvuruyu değerlendirmiş olsaydı çocukların lehine karar verebilirdi diyerek ve çok farklı temellere dayanarak davayı kabul etmiştir, **LEWIS**, s. 255 vd.

³⁰ **CARTWRIGHT**, s. 6; **ALTINDAĞ**, s. 24; Haklı beklenti ilkesi ile estoppel ilkesinin henüz formüle edilmediği ancak bu ilkelerin “güven teorisi [reliance theory]” kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir, **SCHÖNBERG**, s. 9, dn. 10; Haklı beklenti “kimi zaman yerleşmiş idari teamülün ansızın değişmesinden, kimi zaman idare tarafından verilen taahhüde uyulmamasından, kimi zaman yetkili idari makamların yanıltıcı beyanlarından, kimi zaman bir devlet tasarrufuna olan güvenden kaynaklanan; menfaati ihlal edilen veya zarara uğrayan iyiniyetli bireyin hukuka uygun objektif nitelikteki, hukuken korunmaya değer aşamaya gelmiş, baskın kamu yararına üstün gelen ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşımayan, bireye idareye karşı kendi lehinde bir tasarrufta bulunulmayı talep etme imkânı veya dinlenilme hakkı taniyan hukukun genel bir ilkesi” olarak tanımlanabilir, **BOZ**, s. 41.

[*yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere karşı zımni icazet*]” kavramı haklı beklentinin sebeplerinden biridir³¹. Haklı beklentinin estoppelden beklenen korumayı sadece hukuka aykırı tasarruflarda sağlayamaması söz konusu olabilir. Ancak bu konuda da tartışmalar bulunmaktadır³².

Hukuka aykırı bir tasarruftan kaynaklanan bazı beklentilerin haklı beklenti konsepti içinde korunmasının kabulü yoluna gidilmesi durumunda, estoppel ilkesi kamu hukukunda tamamen gereksiz bir konuma gelecektir.

B. Estoppel Kamu Yararı Kavramını İşlevsiz Hale Getirir ve Özel Hukuk Kaidelerinin Kamu Hukukuna Girmesine Sebep Olur.

Estoppel özel hukuk kökenli bir ilkedir. Bu sebeple estoppel ilkesiyle korunması amaçlanan durum bireyin menfaatidir ve kamu yararı göz ardı edilir. Özel hukukta yer alan estoppel ilkesinin tüm özellikleriyle kamu hukukunda tatbiki kamunun zarara uğramasına sebep olabilir³³. Haklı beklenti

³¹ “Estoppel by representation” için gerekli koşullar şunlardır: “1. İdarenin bir konuya yönelik açık ve anlaşılır fakat gerçek olmayan bir açıklama yapması gerekir. 2. Açıklamanın bireyin bu bilgiye güvencirmek amacıyla veya güvenilmesi muhtemel olan bir bilgiyle yapılması gerekir. 3. Açıklamanın mantıken doğru olduğunu farz ederek hareket eden bireyin, makul olmayacak ve bu yüzden de bazı mali zorluklara yol açacak şekilde bu açıklamaya güvenmesi gerekir”, **SCHØNBERG**, s. 109; **CARTWRIGHT**, s. 3-4; Haklı beklenti kararındaki zararlı güven gerekliliği, açık bir şekilde özel hukukun estoppelden beslenir, **SMITH, Stanley De, Woolf and Jowell**, “Judicial Review of Administrative Action”, 5th Edition, London, 1995, s. 427; Zararlı güvenden kaynaklanan haklı beklenti uyumsuzluklarının estoppel ilkesine benzediği ifade edilmektedir, **SALES, Philip - STEYN, Karen**, “Legitimate Expectations in English Law: An Analysis”, Public Law, 2004, s. 572.

³² Hukuka aykırı idari tasarruflardan kaynaklanan beklentiler haklı beklenti konsepti içinde genellikle kabul edilmemekte ve korumanın estoppelle sağlanması gerektiği ifade edilmektedir, **THOMAS**, s. 57; **SNODGRASS**, s. 40; **THOMAS, Robert**, The Relationship Between English and European Community Administrative Law: The Principles of Legitimate Expectations and Proportionality, PhD Thesis, University of Nottingham, 1998, s. 291; **PANDYA, Abhijit PG.**, “Legitimate Expectations in English Law: Too Deferential an Approach?”, Judicial Review, 2009, s. 170; **WEISBROT, Marcin**, “Application of the Principle of Protection of Legitimate Expectations in Recovery of Unduly Paid Subsidies in the Context of Judicial Coherence in the European Union”, Review of European Administrative Law, Vol. 8, No. 2, 2015, s. 352; **PANDYA, Abhijit PG. - MOODY, Andy**, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future”, Tilburg Law Review, Vol. 15, Iss. 1, 2010, s. 95; **McGILVRAY**, s. 11-12; **CALMES-BRUNET, Sylvia**, “Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht Ein Vergleich Zwischen Deutschem und Französischem Recht”, Juristische Schulung, 2014 (12), s. 1081; **AHMED, Farrah - PERRY, Adam**, “The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations”, The Cambridge Law Journal, Vol. 73, Iss. 1, March 2014, s. 63; **ROBERTSON, John C.**, “Legitimate Expectations”, SA Publiekreg/Public Law, Vol. 6, Iss. 2, 1991, s. 160-161.

³³ **BARAK - EREZ, Daphne**, “The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction Between the Reliance and Expectation Interests”, European Public Law, Vol. 1, Iss. 4, s. 594; **ALTINDAĞ**, s. 23; **SCHØNBERG**, s. 109; **THOMAS**, s. 57, dn. 92; **JAYASINGHE**, s. 30, dn. 139; **ROBERTS**, s. 121, dn. 60; Lord Denning, 1949 yılındaki “Robertson” davasında

de özel ilişkilerin aksine bireysel yararın yanında kamu yararının da gözetilmesi estoppel kurallarının basit bir şekilde kamu hukukuna tatbikine olanak sağlamamaktadır³⁴.

Estoppel ve haklı beklentinin korunması ilkelerinin benzer amaca hizmet ettiği ve haklı beklenti ilkesi varken estoppel ilkesinin de kabulünün kavram kargaşasına yol açacağı gerekçeleriyle estoppel ilkesinin özel hukuk sahasında kalması gerektiği ifade edilmiştir³⁵. Başka bir ifadeyle, estoppel ilkesinin özel

(“Robertson v. Minister of Pensions”, [1949], 1 QB. 227) estoppelin kamu hukukunda geçerli olması gerektiği savunmuş ancak Lordlar Kamarası bu öneriyi reddetmiştir, **CRAIG**, s. 638, dn. 32; **SCHÖNBERG**, s. 109; Bu davada estoppel ve haklı beklenti arasındaki ilişki belirsizdi, **BAMFORTH**, s. 196; Özel hukuk ilkesi olan estoppelin kamu hukukunda tatbik olanağı bulunmadığı ifade edilmiştir, **BROWN, Alexander**, “Justifying Compensation For Frustrated Legitimate Expectations”, Law and Philosophy Review, Vol. 30, No. 6, November 2011, s. 711; Estoppelin kamu hukukuna tecavüzü Lord Denning’in “Robertson v. Minister of Pensions” davasında verdiği kararlarla başlamıştır. Milli Savunma Bakanlığı görevden dönen bir askere, sakatlığının -askerlik yapmasına engel olacak şiddette boyun ağrısı- eski bir ragbi sakatlığından ziyade orduda verdiği hizmetlere dayandırılabilmesi tavsiyesinde bulunmuştur. Yasaya göre, eğer sakatlığının sebebi askerlik hizmetiye askere sakatlık maaşı bağlanacaktı. Milli Savunma Bakanlığı askere, sakatlığının askerlik hizmeti nedeniyle gerçekleştiğini kabul ettiklerini ve ona sakatlık maaşı bağlanacağını söyledi. Ancak hemen ardından savaş yaralanmalarından kaynaklanan sorumluluk Emeklilik Bakanlığına devredilmiş ve bu bakanlık askerini sakatlık maaşı için başvurusunu reddetmiştir. Buradaki soru, Milli Savunma Bakanlığı’nın ifadesi, bu konularda sonradan asıl yetkili olan Emeklilik Bakanlığı’nı bağlamakta mıdır? Lord Denning davayı estoppel doktrininde yer alan şu ifadelerle hükme bağlamıştır: “Bu dava şu prensibe dayanmaktadır ki, eğer bir kişi başka bir kişiye tutacağına inandığı bir söz veya güvence vermişse, şart yerine getirildiğinde sözü veren makam sözüyle bağlıdır”. Ancak gerçekler dolayısıyla estoppel ilkesinin burada tatbik edilemeyeceğine karar verilmiştir, akt. **KNIGHT**, s. 13-14; **MACPHERSON**, s. 5.

³⁴ **SALES - STEYN**, s. 570; Kamu hukukunda estoppelin reddi üzerine, Lord Denning dikkatini, “Schmidt” davasında verdiği karardan bu yana, usulen hakkaniyet konusunda giderek bir önemli bir yere sahip olmaya başlayan haklı beklentiler konusuna çevirmiştir, **SCHÖNBERG**, s. 109; “Estoppel sürüncemede bırakılırsa, haklı beklentiler doktrini yetkisiz kişi tarafından verilen tavsiyeyi dikkate alan bireyi koruyacak mıdır? Şüphesiz eğer mahkeme yetkisiz bir beyanın haklı beklenti husule getirdiğini kabul etmişse, bu haklı beklentinin nasıl korunacağı sorusu gündeme gelecektir. Ancak bu aşamada, en başta birisinin özel hukuk ve diğerinin kamu hukukundan köken alması olmak üzere, estoppel ve haklı beklenti arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk menşeli estoppel öncelikle çekişmeden etkilenen iki tarafın menfaatlerine odaklanırken, haklı beklentiler doktrini bireysel menfaatler ile kamu yararını (kamu kurumunca temsil edilir) uzlaştırma ihtiyacının ışığında husule gelmiştir. Yetkisiz bir beyanın kamu kurumunu bağlayıp bağlamayacağı araştırırken mahkeme, kamu kurumunun takdir yetkisini kullanmasını veya kamu yararına olan görevlerini yerine getirmesini engellemesinde, bir yarar bulunup bulunmadığını göz önüne almak durumundadır. Kamu kurumunun önerilen veya güncel tasarruflarının yasal olduğu varsayıldığında, mahkemelerin sadece bireyin aşırı müşkül durumlarında ve müşküliyetin başkaca bir yolla giderilemeyeceği hallerde müdahale etmek isteyecekleri söylenebilir”, **LEYLAND, Peter - ANTHONY, Gordon**, Textbook on Administrative Law, 8th Edition, United Kingdom, 2016, s. 381-382.

³⁵ **GROVES**, s. 501; **ALTINDAĞ**, s. 24; Kamu hukukunda estoppel ilkesinin uygulanmasının

hukuka ait bir kavram olması sebebiyle kamu hukukunda uygulanmaması gerekir. Nitekim Hoffmann'a göre, "kamu hukuku özel hukuk kavramı olan estoppelin altında yatan ahlaki değerden yeterince yararlanmıştır ve artık kendi ayakları üzerinde durma zamanı gelmiştir"³⁶.

C. Estoppelin İdare Hukukunda Kabulü, İdarenin Takdir Yetkisini Kaldırarak Yetki Aşımı Yapılmasına Sebep Olabilir.

Bir taahhüdünün görev veya yetki alanı dışında kalan bir konuya ilişkin olması durumunda özel hukukta uygulama kabiliyeti bulunan estoppel ilkesinin kamu hukukunda devreden çıkması gerekir. Zira bu durumun korunması idarenin görev alanının kendi iradesiyle genişlemesine başka bir ifadeyle yetki aşımına yol açar ki bu durum kabullenilemez³⁷. Bir kamu kurumu, yasaların kendisine

tartışıldığı karar için bkz. "Western Fish Products v. Penwith DC", [1981], 2 All ER. 204, akt. **SCHÖNBERG**, s. 91; **ROBERTS**, s. 121, dn. 65; **MACPHERSON**, s. 9, dn. 17; Lord Hoffmann'a göre; «özel hukuk önermesi olan estoppel ile kamu otoritesi tarafından üretilen kamu hukuku konsepti olan haklı beklenti arasında bir benzerlik olduğu elbette doğrudur. Bunun inkârı yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelir. Ancak bu ilişki "benzerlikten [analogy]" öteye geçmez; çünkü kamu makamlarına karşı başvuru yolları, kamu yetkililerinin varlık sebebi olan genel kamu yararını hesaba katmak zorundadır", **PIEVSKY**, s. 145; **PANDYA**, s. 171; **FELIX**, s. 80; **BLUNDELL, David**, "Ultra Vires Legitimate Expectations", Judicial Review, 2005, s. 149; **IYENGAR, Harini**, "Legitimate Expectation: Promises by a Different Public Authority", Judicial Review, 2003, s. 217; **TAY KUAN SENG**, s. 634-635.

³⁶ "R. v. East Sussex County Council", [2003], 1 WLR. 348, akt. **CARTWRIGHT**, s. 6-7; **PIEVSKY**, s. 145; **GROVES**, s. 490; **REID**, s. 4, **IYENGAR**, s. 216; **CAMPBELL, John**, "Legitimate Expectations: Developments at Home and Abroad", The South African Law Journal, Vol. 121, 2004, s. 543; **FELIX**, s. 80; "Western Fish Products v. Penwith DC", [1981], 2 All ER. 204, akt. **LEYLAND - ANTHONY**, s. 381; Haklı beklentinin kabulü ile birlikte estoppel ilkesinin kamu hukukunda uygulanma olanağı kalmamıştır. Estoppel haklı beklenti ile birlikte kamu hukuku için artık geçmişte kalan bir ilkedir, **FELIX**, s. 81; "Estoppel haklı beklenti tarafından sindirilmiş görünüyor", **McGILVRAY**, s. 38; Joseph'e göre "Estoppel özel hukuktan köken alır ve kamu hukuku ihtiyaçlarının karşılanmasında yetersizdir", akt. **FLANAGAN**, s. 287.

³⁷ **MACPHERSON**, s. 4; **BAMFORTH**, s. 201; **FREEDMAN, Judith - VELLA, John**, "HMRC's Management of the U.K. Tax System: The Boundaries of Legitimate Discretion", Legal Research Paper Series, No. 73, November 2012, s. 103; "Haklı beklenti iddiasının ortaya konduğu pek çok durumda estoppel gereksizdir. Örnek olarak bir imar izni davası olan "Lever Finance Ltd v. Westminster (City) London Borough Council", [1971], 1 QB. 222 kararını ele alalım. İmar iznine başvuran bir kişi ilgili planları imar komisyonuna götürerek, önerilen bina gelişimini ortaya koyar. Plan, nehir kenarında bulunan özel mülkiyet altındaki arazide bir dizi kasaba evi inşa edilmesini öngörmektedir, ki bu eylem 1991 sayılı Kaynak Yönetimi Yasası uyarınca bir izni gerektirmektedir. Ancak imar başmüfettişi başvurucuya endişelenmemesini, bu arazi için büyük bir sıkıntı çıkarılmayacağını ve 1991 sayılı Kaynak Yönetimi Yasası uyarınca var olması gereken müsaade şartından vazgeçeceğini belirtir. Bu tavsiye yanlıştır ve başvurucu temel kazısına başlar başlamaz imar komisyonu kendisine çalışmaların durdurulması talimatını verir. Söz konusu arazi dinlenme ve park alanı olarak öngörülmüş olup, bu alan içinde yer alan evlerin yüksek piyasa değeri büyük oranda konumları ve nehir manzarası ile ilişkilidir. Eğer bu durumda taraflar iki özel kişilik olsaydı estoppel ile imar komisyonu, başvurucuyu inşaatı sürdürmekten men etmekten alıkonurdu.

tanıdığı sınırın dışında karar alırsa, bu “yetkinin aşılması doktrini [*doctrine of ultra vires*]”nin ihlali olur³⁸.

Ancak komisyonun bir kamu kurumu olması ve Kaynak Yönetimi Yasası uyarınca gerekli olan izinden vazgeçme yetkisi olmadığından, yetki aşımı anlamına gelecek bir eylemin hukuki kılınması için estoppel kullanılamaz. Haklı beklentinin saf bir usuli araç olduğu kabul edilirse bu başvurucuya sadece neden bir komisyon yetkilisinin verdiği beyan sonucu ortaya çıkan haklı beklentisinin iskat edilmemesi gerektiğini arz etmesine imkân veren bir duruşmaya hakkı olur. Bu bakımdan başvurucu en fazla, imar çalışmalarına neden devam etmesi gerektiğini ortaya koyma fırsatı bulur. Maddi tazminat olmaksızın bu sonuç açıkça görüleceği üzere arzulanmaz. Nitekim biçare müteahhit kaybedilmiş zaman ve masraflar açısından mağdurdur”, **POOLE, Melissa**, “Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety”, *New Zealand Law Review*, 1995, s. 432.

³⁸ Eğer bir beyan, beyanı yapan idari makamın yetkisi dışındaysa, “yetki aşımı [ultra vires]” meydana gelir, **TALAGALA, Chamila S.**, “The Scope of the Doctrine of Legitimate Expectation as a Ground of Judicial Review of Administrative Action”, *Bar Association Law Journal*, Vol. XV, 2009, s. 10; “Bu ilkenin amacı, halkı devlet kurumlarının güçlerini yasadışı olarak genişletmesinden korumaktır. Bu bağlamda yetki aşımı kavramı kanunilik prensibinin şekillenmesidir”, **ROBERTS**, s. 121; Bir kamu idaresinin yetkisi dâhilinde olmakla birlikte görevli olmayan kamu görevlisinin beyanı için de “ultra vires” kavramının kullanıldığı ve bu durumun karışıklığa yol açtığı ifade edilmektedir, **MOFFETT, Jonathan**, “Resiling From Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, 2008, s. 222, dn. 17; “Estoppel, kamu hukuku alanında bilinmeyen bir kavram değildir. Bir kamu yetkilisi, itimat edilerek mağduriyete neden olan beyanlarının geçerliliğini inkâr etmekten alıkonabilir. Ancak bu sadece, estoppelin yetkiyi hukuki sınırının ötesine taşıyamayacağı seviyeye kadar gerçekleştirilebilir. Estoppel, aksi takdirde yetki aşımı ifade edeceği için bir eylemin hukuki kabul edilmesi için kullanılamayacağı gibi, kamu kurumuna anayasal yetki ve görevlerini kısıtlama ya da kamu yararını baskılama hakkı vermez”, **POOLE**, s. 432; Estoppel ilkesi idarenin kanunen sahip olmadığı bir konuda karar vermesi durumunda uygulanmamaktadır, “*Norfolk County Council v. Secretary of State for the Environment*”, [1973], 1 WLR. 1400, akt. **PIEVSKY**, s. 145, dn. 2; **BAMFORTH**, s. 197; “Howell” davasında, bir şirkete gemi onarımı yapabileceğine dair sözlü olarak bir izin verilmiştir. Söz konusu işlemi tesis etmeye yetkili makam tarafından verilen bu iznin kanunda yazılı bir sözleşmeyle verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Lordlar Kamarası, ruhsatın bağlayıcı nitelikte olmadığını çünkü yasa dışı hiçbir eylemin, kararın veya beyanın bağlayıcı olamayacağını ve beyanın haklı beklentinin korunması veya estoppel ilkeleri çerçevesinde yerine getirilme zorunluluğunun bulunmadığına karar vermiştir. “*Howell v. Falmouth Boat Construction Co*”, [1951], AC. 837; Haklı beklenti hukuka aykırı kararların korunması durumunda estoppel ilkesine yakınladır. İngiliz estoppel ilkesiyle amaçlanan koruma Fransız hukukunda “fonctionnaire de fait [fili memur]” doktrini ile karşılanır. Bu doktrin şu iki tür durum için geçerli olabilir: i. Hukuka aykırı olarak atanmış veya seçilmiş bir kişi tarafından alınan bir karar nitelik itibarıyla hukuka uygun değildir. Ancak kararı tesis eden dışında kararın hukuka aykırı olmasını sağlayan başkaca unsurların bulunmaması bu kararın geçersiz sayılmasını engellemelidir. *Conseil d’État*, “*Commune de Moules*” davasında hukuka aykırı olarak seçilen bir belediye başkanı tarafından kamu çalışanının istihdam edilmesine yönelik kararın iptal edilemeyeceğini savunmuştur. ii. Bir kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak kendisine verilen yetkiler dâhilinde hareket etmesi sonucunda tesis edilen işlemlerin idareyi bağlaması gerekir. Nitekim makul olarak ihtiyatlı bir birey, kamu görevlisinin normal ve hukuk sınırları içinde hareket ettiğini varsayar. Ancak bu görüş Fransız yargısında destek bulmamıştır, “*Commune de Moules*”, D. 27/10-61, Rec.

Şayet yetki aşımı idareyi ileriye etkin bir şekilde bağlarsa, idarenin görev alanını kendi kendine belirleyebilmesi sorunuyla karşılaşılır. Ayrıca daha önceki kararlarla idareyi her zaman bağlı kılmak takdir yetkisinden peşinen vazgeçilmesi anlamına gelir³⁹. Başka bir ifadeyle, şayet idare daha önce almış olduğu hukuka aykırı bir kararla kendisini bağlı sayacak olursa, kanunla verilen takdir yetkisinden peşinen vazgeçtikleri anlamı çıkar⁴⁰.

SONUÇ

Birkaç önemsiz detayla diğer ilkelerden ayrılan estoppelin Türk idare hukukunda başlı başına bir ilke olarak kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira haklı beklentinin korunması ilkesi estoppeli de içine alacak biçimde genişlemiş ve idare hukukunun temel ilkeleriyle de uyumu yakalayarak kamu hukukuna has hukukun temel bir ilkesi olarak yerini almıştır. Bu sebeplerle haklı beklentinin

920, nkl. **SCHÖNBERG**, s. 94.

³⁹ **FORSYTH, C.F.**, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", Cambridge Law Journal, 47(2), July, 1988, s. 257; **CRAIG**, s. 615; **CRAIG, Paul**, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", LQR., 108 (Jan), 1992, s. 9.

⁴⁰ **CRAIG**, s. 625; **FORSYTH**, s. 239-240; Bu durumda, yetkili makamların gelecekteki faaliyetlerini sınırlamaksızın, bireylerin zararlı güvenlerini telafi etmek için maddi tazminat verebilirler, **BARAK - EREZ**, s. 594; **SALES - STEYN**, s. 572; Lord Denning'in çabaları bir kenara bırakılırsa idare hukukunda estoppelin uygulama alanı son derece küçük bir alana sahiptir, **FORSYTH**, s. 240; **SCHÖNBERG**, s. 109; **ALTINDAĞ**, s. 24; Örneğin "Western Fish" davasında bir şirket kendisine yapılan beyanları temel alarak bir iş kurmaya başlar ve bir memur tarafından kendilerine planlama izni konusundaki başvurunun sadece formalite olduğu bildirilir. Ancak daha sonra başvurusu reddedilir ve daha önceki beyan ve yazışmalar ışığında kamu kurumunun bunlardan dönüp dönemeyeceği meselesi gündeme gelir. Megaw L.J. kararında, kamu kurumlarının yetkilerini kullanması sırasında, önceden yaptıkları beyandan dönme yaşağına tabi tutulabilmeleri için sadece iki istisna öngörmüştür: i. Kamu kurumunun, işlevlerinden bazılarını bir memura aktarma yetkisine sahip olması ve beklenti sahibinin ilgili memur kararının kamu kurumunu bağladığına inanmasını haklı kılacak özel durumlarının bulunması gerekir. ii. Kamu kurumu, bu duruma ilişkin usuli bir gerekliliğe riayet etmemiş olması gerekir. Bu şartların varlığı durumunda estoppel uygulanabilir, "Western Fish Products v. Penwith DC", [1981], 2 All ER. 204, akt. **LEYLAND - ANTHONY**, s. 381; "Western Fish" davasında gerekli imar izninin alınabilmesi için yapılan başvuru sonucunda tesis edilen olumlu kararın daha sonradan yanlış başvuru formunun doldurulması sebebiyle geri alınamayacağına karar verilmiştir. Ancak formalite istisnası her zaman uygulamada geçerli olmamaktadır. Bireylerin; alakasız bir husus, yasa da yapılan bir hata veya durumdaki bir hata gibi şekle bağlı hataların hükümsüz bıraktığı kararlara veya beyanlara güvendiği durumları kapsamamaktadır, "Western Fish Products v. Penwith DC", [1981], 2 All ER. 204, akt. **SCHÖNBERG**, s. 91; **ROBERTS**, s. 121, dn. 65; **MACPHERSON**, s. 9, dn. 17; Hukuka aykırı beyanlardan kaynaklanan "Challis v. Destination Marlborough Trust Board Inc" davasında mahkeme kamu hukukunda mevcut herhangi bir estoppel kuralının bulunmadığına karar vermiştir. Ancak bir kamu kurumunun somut bir beklenti uyandıracak beyanlardan kurtulmasını engellemek için aslında haklı bir beklentinin ortaya çıkabileceği belirtilmiştir, "Challis v. Destination Marlborough Trust Board Inc", [2003], 2 NZLR. 107, akt. **McGILVRAY**, s. 15, dn. 41.

korunması ilkesine gereken değerin verilmesi ve zaten yıllardır uygulanan diğer ilkelerle estoppel kuramından beklenen hukuki himayelerin sağlanıyor olması bu ilkenin idare hukukunda uygulamasını gereksiz hale getirecektir. Nitekim kamu hukuku estoppeli için haklı beklenti kavramı kullanılabilir.

Haklı beklentinin korunması ilkesiyle amaçlanan hukuki menfaatlerden biri de idari makamların beyan ve taahhütlerinden kaynaklanan sorumluluğun giderilmesidir. Bu durumun özel hukuk ilişkilerindeki menfi yansıması estoppel ilkesiyle aşılmaya çalışılmaktadır. Estoppel ilkesinin kamu hukukunda uygulanması sadece haklı beklentinin korunması ilkesinden bir parça koparmaya yarayacaktır. Ana ilkelerin parçalara ayrılarak incelenmesinin birçok faydası bulunmaktadır. Ancak idare hukukunda henüz istenilen seviyeye çıkmamış olan haklı beklenti teorisinin şimdiden parçalara ayrılarak incelenmesi bütününe anlaşılmasına yol açar.

Haklı beklentinin korunması ilkesinin bir idealden ziyade, uygulanan hukuk olması durumunda, estoppel ilkesinin kamu hukukunda uygulanabilirliğinin tekrar tartışılması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ABBAS, Qaisar, “Doctrine of Legitimate Expectations: Prospects and Problems in Pakistan”, Pakistan Law Journal, 2008.

AHMED, Farrah - PERRY, Adam, “The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations”, The Cambridge Law Journal, Vol. 73, Iss. 1, March 2014.

AKBULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, İstanbul, 2013.

ALTINDAĞ, Halil, Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

BAMFORTH, Nicholas, “Legitimate Expectation and Estoppel”, Judicial Review, 1998.

BARAK - EREZ, Daphne, “The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction Between the Reliance and Expectation Interests”, European Public Law, Vol. 1, Iss. 4.

BEREKET, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996.

BLUNDELL, David, “Ultra Vires Legitimate Expectations”, Judicial Review, 2005.

BOZ, Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara, 2017.

BROWN, Alexander, “Justifying Compensation For Frustrated Legitimate Expectations”, Law and Philosophy Review, Vol. 30, No. 6, November 2011.

CALMES-BRUNET, Sylvia, “Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht Ein Vergleich Zwischen Deutschem und Französischem Recht”, Juristische Schulung, 2014 (12).

CAMPBELL, John, “Legitimate Expectations: Developments at Home and Abroad”, The South African Law Journal, Vol. 121, 2004.

CARTWRIGHT, John, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, (Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006), Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 10(3), December 2006.

COOKE, Elizabeth, The Modern Law of Estoppel, Oxford, 2000.

CRAIG, Paul, “Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis”, LQR., 108 (Jan), 1992.

CRAIG, Paul, Administrative Law, Fourth Edition, London, 1999.

ELLIOTT, Mark, “Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: the Rashid Case”, Judicial Review, 2005.

FELIX, Shivaji, “The Protection of Substantive Legitimate Expectations in Administrative Law”, Sri Lanka Journal of International Law, Vol. 18, 2006.

FLANAGAN, Richard, “Legitimate Expectation and Applications-An Outdated and Unneeded Distinction”, Canterbury Law Review, Vol. 17, Iss. 2, 2011.

FORSYTH, C.F., “Legitimate Expectations Revisited”, Judicial Review, 2011.

FORSYTH, C.F., “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, Cambridge Law Journal, 47(2), July, 1988.

FREEDMAN, Judith - VELLA, John, “HMRC’s Management of the U.K. Tax System: The Boundaries of Legitimate Discretion”, Legal Research Paper Series, No. 73, November 2012.

GÖKYURT, Fatih, İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

GROVES, Matthew, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, Melbourne University Law Review, Vol. 32, 2008.

HODGSON, D. C., “The Current Status of the Legitimate Expectation in Administrative Law”, Melbourne University Law Review, Vol. 14, December 1984.

IKHARIALE, M. A., “The Doctrine of Legitimate Expectations: Prospects and Problems in Constitutional Litigation in South Africa”, *Journal of African Law*, Vol. 45, No. 1, 2001.

IYENGAR, Harini, “Legitimate Expectation: Promises by a Different Public Authority”, *Judicial Review*, 2003.

JAYASINGHE, Chaminda, “Making Sense of the Concept of Substantive Legitimate Expectation”, School of Humanities, Peace Studies Department, UNE, Australia, 2010.

JOHNSON, Graeme, “Natural Justice and Legitimate Expectations in Australia”, *Federal Law Review*, Vol. 15, 1985.

KNIGHT, Dean R., Estoppel (principles?) in Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations, Master of Law, The University of British Columbia, Canada, 2004.

LEWIS, Clive, “Fairness, Legitimate Expectations and Estoppel”, *The Modern Law Review*, Vol. 49, No. 2, March 1986.

LEYLAND, Peter - ANTHONY, Gordon, Textbook on Administrative Law, 8th Edition, United Kingdom, 2016.

LI, Andrew S. Y. - LEUNG, Hester Wai-San, “The Doctrine of Substantive Legitimate Expectation: The Significance of Ng Siu Tung and Others v. Director of Immigration”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 2003.

MACPHERSON, Paula A., Legitimate Expectation and Its Application to Administrative Policy, LL.M Degree in Law, University of Ottawa, Canada, 1995.

MARTIN, Elizabeth, *Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford, 2002.

McGILVRAY, Stuart Angus, “Making Sense of Substantive Legitimate Expectations in New Zealand Administrative Law”, University of Otago, Dunedin-New Zealand, 2007.

MOFFETT, Jonathan, “Resiling From Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, 2008.

MUZAFAR, Seemeen, “Doctrine of Legitimate Expectation in India: An Analysis”, *International Journal of Advanced Research in Management and Social Sciences*, Vol. 2, No. 1, January 2013.

OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003.

ÖRÜCÜ, Esin, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 1-3, 1988.

ÖZCAN, **Nur**, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklenti İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

PANDYA, Abhijit PG. - MOODY, Andy, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future”, *Tilburg Law Review*, Vol. 15, Iss. 1, 2010.

PANDYA, Abhijit PG., “Legitimate Expectations in English Law: Too Deferential an Approach?”, *Judicial Review*, 2009.

PATERSON, Moira, “Legitimate Expectations and Fairness: New Directions In Australian Law”, *Monash University Law Review*, Vol. 18, No. 1, 1992.

PIEVSKY, David, “Legitimate Expectation as a Relevancy”, *Judicial Review*, Vol. 8(3), 2003.

POOLE, Melissa, “Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety”, *New Zealand Law Review*, 1995.

REID, Elspeth, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in Scots Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 10(3), December 2006.

ROBERTSON, John C., “Legitimate Expectations”, *SA Publiekreg/Public Law*, Vol. 6, Iss. 2, 1991.

SALES, Philip - STEYN, Karen, “Legitimate Expectations in English Law: An Analysis”, *Public Law*, 2004.

SCHØNBERG, Søren J., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, New York, 2000.

SEVER, D. Çiğdem, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

SNODGRASS, Elizabeth, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2004.

TALAAAT, Wan Izatul Asma Wan, “The Threats to The Limitations Outlining The Present Parameters of Promissory Estoppel: A Comparative Study”, *The Special Issue on Contemporary Research in Business and Economics*, Vol. 3, No. 6, [Special Issue-March 2012].

TALAGALA, Chamila S., “The Scope of the Doctrine of Legitimate Expectation as a Ground of Judicial Review of Administrayive Action”, *Bar Association Law Journal*, Vol. XV, 2009.

TAY KUAN SENG, Charles, “Substantive Legitimate Expectations-The Singapore Reception”, Singapore Academy of Law Journal, Vol. 26, 2014.

THOMAS, Robert, The Relationship Between English and European Community Administrative Law: The Principles of Legitimate Expectations and Proportionality, PhD Thesis, University of Nottingham, 1998.

THOMAS, Robert, Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, Oxford Portland Oregon, 2000.

WEISBROT, Marcin, “Application of the Principle of Protection of Legitimate Expectations in Recovery of Unduly Paid Subsidies in the Context of Judicial Coherence in the European Union”, Review of European Administrative Law, Vol. 8, No. 2, 2015.

YOST, Chris, “A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard”, Honours Thesis, The Australian National University, Australian, 2008.

SAĞLIK HİZMETLERİNDE REKLAMA YÖNELİK SINIRLANDIRMALAR VE HUKUKİ SONUÇLARI

Advertising Restrictions in the Field of Health Services and Their Legal Consequences

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR¹

Geliş Tarihi: 19.12.2017

Kabul Tarihi: 30.01.2018

ÖZET

Türk hukukunda, hekimlerin ve özel sağlık kuruluşlarının, ancak uzmanlık alanı ve adres gibi belirli bilgileri ilan etmelerine izin verilmektedir. Bu düzenlemeye rağmen, yanıltıcı reklamları ve bu hizmetleri ticarileştiren beyanları da içeren, çok sayıda ihlal örneği ile karşılaşmaktadır. Bu makalenin amacı, sağlık alanındaki reklamlara ilişkin düzenlemelerin ve başlıca ihlal örneklerinin incelenmesidir. Bu çalışma, aynı zamanda, Reklam Kurulu ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun ilgili reklamlara ilişkin kararlarını da değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmeti alanında reklamlar, reklama ilişkin sınırlandırmalar, sağlık hizmetlerinin ticarileştirilmesi, yanıltıcı reklamlar, reklam.

ABSTRACT

Under Turkish law, doctors and private hospitals are only allowed to announce specified information such as area of expertise and address. Despite this regulation, there are many examples of infringements including misleading advertisements and claims commercializing these services. The aim of this article is to examine regulations concerning advertising in the field of health services and main infringement examples. This study also analyses the Board of Advertisement and Radio and Television Supreme Council's decisions for concerning advertisements.

Keywords: Advertisements in the field of health services, restrictions on advertising, commercialization of health services, misleading advertisements, advertisement.

GİRİŞ

Hekimlik mesleğinde uzmanlaşma kendi içerisinde önemli bir ihtiyacı da beraberinde getirmektedir. Bu da, hedef kitlenin, sunulan hizmete ilişkin detaylar hakkında bilgilendirilmesidir. Uzmanlaşma düzeyi, sahip olunan deneyim, kullanılan tedavi yöntemleri, hizmetin sunulduğu yerin özellikleri, bu alanda sıklıkla üzerinde durulan konular arasında sayılabilir. Çalışmalarını kendi muayenehanesinde sürdüren bir hekim kadar, birçok uzmanlık alanına yönelik hizmeti bir arada sunan özel hastaneler de üçüncü kişileri bu kapsamda bilgilendirmeye ihtiyaç duymaktadır. İnsan kaynağına ve tıbbi ekipmanlara yönelik önemli miktarda yatırımı gerekli kılan ve bu yatırımın geri dönüşü için belirli düzeyde bir hasta sayısına erişmeyi hedefleyen özel hastaneler, kendi varlıklarını, sundukları hizmetleri ve hatta, diğer hastanelere göre olumlu yöndeki farklılıklarını hedef kitleye ulaştırmayı hedeflemektedirler.

Hekimlerin ve özel hastanelerin anılan ihtiyacı hekimlik mevzuatı tarafından da dikkate alınmış, bu kapsamda uzmanlık alanı ve iletişim bilgileri

¹ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: semihozdemir@hacettepe.edu.tr).

gibi temel nitelikteki duyuruların yapılması serbest bırakılmıştır. Buna karşılık, duyuruların sağlık hizmetinin ticarileşmesine ve hizmet için talep yaratmaya yönelik bir boyut kazanması yasaklanmıştır. Bu açıdan, bir hastanenin kullandığı tıbbi aletleri övmesi, hastalara belirli oranda indirim vaat etmesi veya kendi tedavi imkanlarını başka hastanelerle karşılaştırması gibi yaklaşımların ihlal oluşturduğu görülmektedir. Belirtilen ilke, sağlık alanındaki reklam serbestisi üzerinde önemli bir sınırlandırma meydana getirmekte ve karşılaşılan ihlallerin önemli bir kısmının temel nedenini oluşturmaktadır. İhlal karşısında, ilgililerin meslek birliklerinin iç disiplin yaptırımlarıyla olduğu kadar, Reklam Kurulu'nun reklamın durdurulması, yayınına son verilmesi veya idari para cezası kararları ile de karşılaşmaları mümkündür. Buna ek olarak, yayıncı kuruluşa, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından ceza uygulanması da ihtimal dahilindedir.

Bu konu kapsamında, çalışmanın ilk kısmında reklam kavramına, reklamın hukuki nitelik ve unsurlarına yer verilmektedir. İkinci kısımda ise, hekim ve özel sağlık kuruluşu kavramları, reklama ilişkin sınırlandırmanın yasal dayanakları ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan ihlal nedenleri üzerinde durulması hedeflenmektedir. Son bölümde ise, mesleki birlik ve Reklam Kurulu tarafından uygulanan yaptırımların değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

1. REKLAM KAVRAMI

A. TANIM

Tüketici ve üreticilerin karşılıklı gereksinimleri incelendiğinde, ürün veya hizmetleri sunan tarafın müşterileri ile arasında oluşan iletişim eksikliklerini gidererek, kendisini bu kimselere tanıtmaya ihtiyacı içinde bulunduğu görülmektedir². Bu açıdan reklam, belirli bir ürün veya hizmete ilişkin hedef kitlenin bilgilendirilmesi, hâlihazırda müşteri nezdinde var olan marka algısının güçlendirilmesi veya kamuoyuna ulaştırılmak istenilen mesajların iletilmesi gibi amaçlar taşımaktadır. Bir içecek firmasının piyasaya yeni çıkan ürününün içeriğine ilişkin reklamı, firmanın yüksek üretim standartlarını detaylarıyla açıklayan tanıtımı ve halka yönelik “bol sıvı tüketmenin faydalarını” vurgulayan afişleri, sırasıyla belirtilen amaçlara yönelik reklamlar arasında sayılabilir. Uygulamada reklamların çoğunluğu ticari amaç taşımakla birlikte³, reklamın ticari amaç taşımayan örnekleri ile de karşılaşılabilir⁴.

Reklamın amaç ve mecra açısından değişkenlik gösterebilen yapısı ile bağlantılı olarak, doktrinde reklam tanımına ilişkin farklı görüşlere yer verilmektedir. Bu açıdan incelenebilecek açıklamalardan birinde reklam, “*belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak amacı ile yapılan her türlü beyan*”

² Avşar, Z./ Elden, M.: **Reklam ve Reklam Mevzuatı**, Ankara 2004, s. 19.

³ Ürey, Y.: **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 22.

⁴ Longman, K. A.: **Advertising**, New York 1971, s. 121-125.

olarak tanımlanmaktadır⁵. Bir başka tanımda ise reklam, “mal/hizmetin veya işletmenin ya da maddi veya manevi gayelerle ilgili bir düşüncenin bir bedel karşılığında, rakiplerinden/benzerlerinden sıyrılarak, tüketicinin dikkatini çekmesi ve onu o mala/hizmete veya işletmeye ya da düşünceye yönlendirmesi” amacıyla yapılan duyurular şeklinde açıklanmaktadır⁶.

Buna benzer olarak ilgili mevzuatta da reklama ilişkin farklı tanımlarla karşılaşmaktadır. Bu kapsamda, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde ticari reklam, “ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular” olarak açıklanmaktadır (m. 4/1-n)⁷. Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun’da ise, reklam “satışı arttırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim ve çizgilerle yapılan ilanlar” şeklinde tanımlanmaktadır (m. 40/2)⁸.

Öğreti ve mevzuata ilişkin verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, reklama ilişkin tanımlar birbirinden farklılık göstermektedir. Reklama konu ürün ve hizmetler arasındaki çeşitlilik ve reklam mecralarında yaşanan gelişmelerin, reklamın genel bir tanımının yapılmasını zorlaştırmasının bu durumun nedenleri arasında olduğu savunulabilir. Bu açıdan, reklama ilişkin kapsayıcı bir hukuki tanımın yapılması için, öncelikle reklamın baskın unsurlarına yer veren ve değişkenlik taşıyabilecek unsurları dışarıda bırakan bir yöntemin izlenmesi faydalı olacaktır⁹.

B. REKLAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışmada yer verilen reklam tanımlarının da işaret ettiği üzere, reklamın öne çıkan unsuru beyanın hedef kitleye iletilmesidir. Reklamın hukuki niteliğinin belirlenmesi için de, bu beyanı içeren reklamın icap veya icaba davet niteliklerinden hangisini taşıdığına tespit edilmesi gerekmektedir. Reklamın amaçları ve içerdikleri açıklamalar nedeniyle, genellikle icap

⁵ Adak, A.: **Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet**, Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, S. 4, 1975, s. 361.

⁶ Dişbudak, A.: **Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 8.

⁷ RG. T. 10.01.2015, S. 29232.

⁸ RG. 02.02.1961, S. 10702, (195 Sayılı Kanun).

⁹ Özdemir, S. S.: **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul 2013, s. 39. Örnek olarak, American Marketing Association (Amerikan Pazarlama Birliği) tarafından yapılan tanım hakkında bkz. Mandell, M. I., **Advertising**, New Jersey 1974, s. 4.

niteliğinde oldukları görülmektedir¹⁰. Burada önem taşıyan husus, reklamın sözleşme kurulması için gereken ilgili unsurları içeriyor olmasıdır¹¹. Bir hazır giyim mağazasının hafta sonu indirimde olan kıyafetlerine dair bilgileri içeren bir broşür yayımlaması bu kapsamdadır.

Reklamın sözleşme için zorunlu olan unsurlardan bir veya daha çoğunu içermemesi halinde ise, icaba davet niteliği taşıyacağı sonucuna ulaşılabilir¹². Ülkemize kısa bir süre için gelmiş olan bir spor eğitmeninin, sadece faaliyet gösterdiği yeri içeren bir ilan vermesi, bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu ilanda, sözleşmenin kurulması için gerekli olan ücret, katılım için aranan şartlar, seansın içeriği ve katılımcı üst sınırı gibi bilgilere yer verilmemekte ve bunların karşılıklı olarak görüşülmesi hedeflenmektedir. Bazı durumlarda ise, reklamın ne icap ne de icaba davet olarak değerlendirilmesi mümkündür¹³. Bir bankanın, güçlü mali yapısına dair bilgileri ve bundan dolayı yabancı bir kuruluştan almış olduğu ödülün detaylarını açıklayan bir reklam vermesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu reklamda, mevcut veya potansiyel müşterilere yönelik doğrudan bir teklif sunulmamakta ve bankanın piyasadaki gücünün kamuoyu ile paylaşılması amacı öne çıkmaktadır.

C. REKLAMIN UNSURLARI

Reklamda belirli bir yöntem ve mecraanın kullanımı neticesinde, duyurunun amaçlanan kesime ulaştırılması hedeflenmektedir. Bu açıdan, reklamın ilk unsuru olarak, bir hususa ilişkin tanıtıcılık taşıması gösterilebilir¹⁴. Reklamın bu tanıtma işlevi, özellikle ticari nitelikli reklamlarda, genellikle reklam verenin kimliğinin de kamuya açıklanmasını gerektirmektedir¹⁵. Bu durum, reklam metninde reklama konu ürün veya hizmetin üretici veya pazarlayıcısının doğrudan veya dolaylı olarak anılmasıyla da gerçekleştirilebilir. Örneğin, köklü bir hazır gıda firmasının yeni ürününe ilişkin reklam filminde, sadece markanın halihazırda satışta bulunan ürünlerinin zikredilmesi dahi, reklam verenin kimliğinin anlaşılması için yeterli olacaktır¹⁶. Bununla birlikte, bir düşüncenin yayılması veya bir hayır kuruluşuna destek sağlanması gibi ticari olmayan amaç taşıyan reklamlarla da karşılaşılmaktadır¹⁷. Uygulamada ise, reklamların

¹⁰ Göle, C.: **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, (Aldatıcı Reklam), Ankara, 1983, s. 45; İnal, E.: **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, 2000, s. 16.

¹¹ İnal, s. 16.

¹² Göle, **Aldatıcı Reklam**, s. 45.

¹³ İnal, s. 47.

¹⁴ Göle, **Aldatıcı Reklam**, s. 36; İnal, s. 14-15; Dişbudak, s. 9-10.

¹⁵ Bu konuda bkz. Göle, **Aldatıcı Reklam**, s. 36; İnal, E./Baysal, B.: **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2008, s. 7, Dişbudak, s. 10-11; Ürey, s. 23;

¹⁶ Özdemir, s. 47.

¹⁷ İnal, s. 15.

büyük çoğunluğunun ticari amaçlı olduğu görülmektedir¹⁸. Televizyon veya radyolarda yayınlanan reklamlarda hakim olan genel içerik de, bu kanaati doğrulamaktadır.

Reklamın bir diğer unsuru, hedef kitleye mesajın iletilmesinin sağlandığı reklam mecrasıdır¹⁹. Reklamın çevrimiçi ağ kullanılarak, bir web sayfası veya e-posta iletilmesi kanalıyla iletilmesi mümkün olduğu gibi, televizyon veya radyo yayını gibi daha geleneksel mecraların da kullanılması tercih edilebilir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde mecra, "*reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçları*" olarak açıklanmaktadır (m. 4/1-ı). Reklam Kurulu kararlarında da, reklam mecrasının değerlendirilmesinde kapsayıcı bir bakış açısının benimsendiği görülmektedir²⁰.

Bu yaklaşımın, konumuz açısından, hekimler ve özel sağlık kuruluşları tarafından yapılan reklamlara ilişkin Reklam Kurulu denetiminin kapsamını genişlettiği sonucuna varılabilir. Yakın tarihli Kurul kararlarında, hekimler adına açılan web sayfaları ve bu kişilerin sosyal medya hesapları da reklam mecrası olarak kabul edilmektedir²¹. İletişim araçlarının ve reklam amacıyla kullanılan yöntemlerin giderek artan çeşitliliği karşısında, Reklam Kurulu'nun bu yaklaşımının ihlallerin etkin bir şekilde tespiti ve bunların yaptırma tabi tutulmasının sağlanması açısından yerinde olduğu savunulabilir. Bu yönüyle Reklam Kurulu tarafından yürütülen inceleme, sadece internet siteleriyle sınırlı tutulmamakta; bu sitelerin tanıtımına yönelik arama motorlarında yapılan reklamlar²² ve bu sitelerin arama motorları üzerinden kullanıcılar tarafından bulunabilmesi için yazılan açıklamalar dahi dikkate alınmaktadır²³.

¹⁸ Ürey, s. 22.

¹⁹ Göle, Aldatıcı Reklam, s. 35; Ürey, s. 23-24.

²⁰ İnal/ Baysal, s. 8.

²¹ Reklam Kurulu'nun 11/04/2017 tarihli oturumu örnek olarak incelendiğinde, hekimler ve özel sağlık kuruluşları tarafından yapılan reklamların önemli kısmında, "Facebook" ve "Instagram" gibi sosyal medya hesaplarının ve reklama özgü açılmış web sayfalarının kullanıldığı görülmektedir, (Bkz. Reklam Kurulu, Toplantı No: 259, 11/04/2017).

²² "İnceleme konusu internet sitesinin 17.01.2017 tarihinde "Google" arama sayfasında "Reklam" ibaresiyle "Uygun fiyatlar ve hijyenik kliniğimiz ile 7 gün 24 saat hizmetinizdeyiz" ifadesiyle ilk sıralarda yer alacak şekilde tanıtımının yapıldığı", (Reklam Kurulu Dosya No: 2016/4398, Toplantı Sayısı: 260, 09.05.2017).

²³ "...inceleme konusu internet sitesinin "Google" arama sayfasında kullandığı ifadeler ile internet sitesi içeriğinde yer alan ifade ve görüntülerin, tabip tarafından uygulanması gereken tıbbi işlemlerle ilgili olduğu...", (Reklam Kurulu, Dosya No: 2017/3, Toplantı Sayısı: 259, 11/04/2017); Anılan reklam yöntemi hakkında ayrıca bkz. Frank, C.: **Medienspezifische Regelungen**, (Harte-Bavendamm, H./Henning-Bodewig, F.: **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, 2016 içinde), s. 37-38.

II. HEKİMLİK MESLEĞİNDE REKLAMA İLİŞKİN SINIRLANDIRMALAR

A. SINIRLANDIRMANIN MUHATAPLARI

1. Hekim

Türk Hukuku açısından hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip olan, tabip odasına kayıtlı ve hekimlik mesleğini yürütmeye geçici veya sürekli engeli olmayan kişi olarak tanımlanabilir²⁴. Bu açıdan hekim, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra edebilme yetkisi tanınmış kişiyi ifade etmektedir²⁵. Tıbbın konusunu hasta olan, iyileştirilecek ve iyileşen insan oluşturmakta; hekimliğin temelinde ise, iyileştirme amacına yönelik olarak yürütülen özel yardım yer almaktadır²⁶.

Hekimlik, alana ilişkin teorik bilgi ve tecrübe sayesinde ortamı, olayları ve tehlikeleri tanımak ve kavramak gibi yetileri gerekli kılmaktadır²⁷. Hekimin mesleki faaliyetini yürütürken yerine getirmekle yükümlü olduğu sorumlulukları da mesleğin nitelikleri ile uyum içerisinde. Bunların genel olarak tedavinin şahsen yerine getirilmesi, ilgili şikayet veya hastalığın tam bir geçmişinin elde edilmesi, hastanın muayene edilmesi, hastalığın teşhis edilmesi, ilgili tedavinin uygulanması, reçete yazılması, tıbbi tekniğin kullanılması, gerekli hallerde tedavinin kesilmesi ve kayıt tutulması yükümlülükleri olarak sıralanması mümkündür²⁸. Hekimin bir diğer yükümlülüğü olan sır saklama sorumluluğu ise, sağlık hizmeti verilen hastayla veya bu kimsenin sağlığıyla ilgili bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmamasını gerekli kılmaktadır²⁹.

Hekimlik faaliyeti ile ilgili mevzuat incelendiğinde, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile tabiplik mesleğine ilişkin düzenlemelere iki farklı başlık altında yer verildiği görülmektedir³⁰. Düzenlemenin birinci bölümünde hekimlere, ikinci bölümünde ise dış hekimlerine dair hükümlere yer verilmektedir³¹. Çalışmada yürütülecek inceleme, tıp hekimleri ile sınırlı olup, ileriki bölümlerde kullanılan hekim kavramı, aksi belirtilmedikçe tıp hekimini işaret etmektedir.

2. Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları

²⁴ Demir, M.: **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, (Sorumluluk), AÜHF Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 233.

²⁵ Hakeri, H.: **Tıp Hukukunun Temel Kavramları** (Temel Kavramlar), Roche Sağlık Hukuku Günleri - Tebliğler, İstanbul 2007, s. 66.

²⁶ Hakeri, H.: **Tıp Hukuku** (Tıp), Ankara 2007, s. 196.

²⁷ Hakeri, Tıp, s. 197.

²⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hakeri, Temel Kavramlar, s. 81-93. Hasta ile hastane arasındaki hukuki ilişkinin niteliği hakkında bkz. Türkmen, A.: **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun 2009, s. 50-51.

²⁹ Özkan, H./ Akyıldız, S.: **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Ankara 2008, s. 66.

³⁰ RG. 11/04/1928, S. 863.

³¹ Dış hekimine ilişkin hükümler için bkz. m. 29 vd.

Hekimlerin mesleki faaliyetlerini yürütmelerinde akla ilk gelen yol, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 5'te de yer aldığı üzere, bir hekimin gerekli izinleri alarak hususi bir muayenehane açmasıdır. Bununla birlikte, tıbbi uzmanlaşma, kapsamlı tedavi sunumu gereklilikleri ve bunlar için ihtiyaç duyulan dikkate değer sermaye, hekimlik hizmetinin günümüzde çoğunlukla özel sağlık kuruluşları bünyesinde verilmesine neden olmaktadır. Özel Hastaneler Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde, gerçek veya tüzel kişiler tarafından özel hastane kurulmasının mümkün olduğu, bu faaliyette bulunulmasının ise kapsamlı bir izin ve denetim sürecini gerekli kıldığı görülmektedir (m. 2, 9, 15)³². Özel hastaneler hizmet birimlerine, yatak kapasitelerine, faaliyet alanlarına, teknolojik donanımlarına ve hizmet verilen uzmanlık dallarının nitelik ve sayısına göre, genel hastaneler ve özel dal hastaneleri olarak sınıflandırılmaktadır³³. Belirtilen özel hastanelerin yanı sıra, işlevlerine göre üç ayrı sağlık kurumu daha mevcuttur. Bunlar ilçe/belde hastanesi, gün hastanesi ve eğitim ve araştırma hastaneleridir³⁴. Çalışmanın konu bütünlüğünün korunması amacıyla, reklam yasağına ilişkin yapılacak inceleme hekimler ve özel hastanelerle sınırlı tutulacaktır.

B. SINIRLANDIRMANIN YASAL KAYNAK VE ÇERÇEVESİ

Hekimlere reklam açısından getirilen sınırlandırma iki ayrı başlıkta incelenebilir. Bunlardan ilki, mesleki birliğin ilkelerine aykırı davranılması nedeniyle, meslek birliği tarafından yaptırım uygulanmasıdır. İkincisi ise, yapılan reklamın reklam mevzuatına aykırılığı nedeniyle, Reklam Kurulu ve dolaylı yoldan olsa da, RTÜK yaptırımına konu olmasıdır. Bu başlık altında ilk olarak hekim ve özel sağlık kuruluşları için getirilen mesleki düzenlemeler ana esaslarıyla incelenecek; ikinci olarak ise, doğrudan reklama ilişkin mevzuattan kaynaklanan sınırlandırmalar değerlendirilecektir.

1. Hekimlere İlişkin Mesleki Sınırlandırma

Reklama ilişkin mesleki sınırlandırmanın temel kaynaklarından birisi, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 24'de yer alan, *"İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnudur."* hükmüdür. Konu açısından, reklam ve ilan kavramları değerlendirildiğinde, ilanın ticari nitelik taşıyıp taşımadığından

³² RG. T. 27.03.2002, S. 24708. Özel hastane kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, M.: **Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı**, (Ayrım), Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (ed. Ünal, M. vd.), Ankara 2009, s. 274-277.

³³ Bu konuda bkz. Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 6, 7.

³⁴ Bu konuda bkz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, m. 5, (RG. T. 03.01.1983, S.17927).

bağımsız olarak yapılan her türlü duyuru için bir üst kavram olarak kullanıldığı³⁵; reklamın yapısı gereği aynı zamanda bir ilan oluşturmasına rağmen, ilanların her zaman için reklam niteliği taşımayabileceği görülmektedir³⁶. Örneğin, bir muayenehanenin yer değişikliğinin açıklanmasında ilan işlevi öne çıkmakta iken; bu muayenehanede sunulan hizmetlerin açıklanmasında reklam vasfı ağır basmaktadır. Kanun'da yer verilen düzenlemenin, mesleğin yürütülmesi ve hastaların bilgilendirilmesi için zaruri görülen ve sınırlı sayı olarak sıralanan konulardaki ilanları serbest bıraktığı görülmektedir. Bunun dışında kalan ilan ve reklamlar ise yasaklanmaktadır.

Kanun tarafından getirilen bu sınırlandırma, genel bir bakışla, sağlık alanında reklamlara yönelik bir yasak getirildiğinin savunulmasına imkân tanımaktadır³⁷. Bununla birlikte, Reklam Kurulu kararlarında, reklam ve ilan arasındaki ayrımın daha geçişken bir şekilde uygulandığı ve şehirlerarası karayolunda yer alan bir tabela üzerinde bulunan isim ve telefon numarasının dahi reklam kapsamında sayıldığı görülmektedir³⁸. Bu yaklaşım ve özel sağlık kuruluşlarına ilişkin mevzuattan kaynaklanan farklılıklar da dikkate alınarak, konuya yönelik daha genel bir bakış sunulabilmesi amacıyla, çalışmamızda "reklama yönelik sınırlandırma" ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

Bu alanda incelenebilecek bir diğer düzenleme, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'dir³⁹. Hekimlerin uyum göstermesi beklenen mesleki etik kurallarını içeren bu düzenlemede hekimlik faaliyetine ticari bir görünüm verilmemesi gerektiği belirtilmektedir (m. 8/1)⁴⁰. Bunun yanı sıra, hekimin verebileceği ilanlara ilişkin de sınırlama getirilmekte ve hekimin ancak ad, soyad, adres, ihtisas şubesi, akademik unvan ve muayene gün ve saatlerini ilan edebileceği kabul edilmektedir. Hekimin kendi yazıları veya kendi adına medyada yayınlatılan teşekkür ilanları ile reklam yapması da yasaklanmıştır (m. 8/2-3)⁴¹. Hekimin teşekkür ilanının içeriğine müdahale etmesi ve kendi

³⁵ İnal, s. 14; Göle, C.: **Türk Hukukunda Reklamın Ön-Denetimi Sorunu**, (Ön-Denetim), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C.40, S.1, 1985, s. 255, dn. 1.

³⁶ Göle, Ön-Denetim, s. 255, dn. 1.

³⁷ Hakeri, Tıp, s. 544; Ersoy, V./Güler, M./Giritlioğlu, H.: **Sağlık Hizmeti Sunumunda Reklam ve Tanıtım**, Ankara 2008, s. 4. Sağlık hizmetleri açısından reklam ve bilgilendirme arasındaki sınır için bkz. Büyükkay, Y.: **Hekimin Reklam Yasağı**, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s. 212.

³⁸ Reklam Kurulu, 195 Sayılı Basın Bülteni, T. 12.12.2011, Dosya No: 2011/677.

³⁹ RG. T. 19.02.1960, S. 10436.

⁴⁰ "Tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez", (m. 8/1).

⁴¹ "Tabip ve dış tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamaz.

Tabip ve dış tabibi, gazetelerde ve diğer neşir vasıtalarında, reklam mahiyetinde teşekkür ilanları yazdıramaz.", (m. 8/2-3).

mesleki başarılarını, ücret tarifelerini ve muayenehane iletişim bilgilerini yayınlaması gibi durumlar buna örnek olarak verilebilir.

Reklam Kurulu'nun da, teşekkür ilanlarını sağlık hizmetinin ticarileşmesi olarak değerlendiren kararları bulunmaktadır⁴². Bununla birlikte, hayatın olağan akışı içinde karşılaşılabilecek ve tanıtıcılık yönü öne çıkmayan teşekkür ilanlarının, bu yasağın dışında tutulmasının daha yerinde olacağı savunulabilir. Aksinin kabulü, tedaviden veya hekimin bu süreçteki desteğinden gerçekten çok memnun kalan bir hastanın veya hasta yakınlarının, belki de hekimin haberi dahi olmaksızın verdiği ilanlar nedeniyle, hekimin sorumlu tutulması sonucunu doğurabilir. Burada yürütülecek değerlendirme açısından, hasta veya hasta yakınlarının yaptığı açıklamalarla hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşılma ihtimalinden yararlanılabilir. Bu kapsamda, hekimin mesleki başarı ve deneyimi ile kullanılan tedavi metodu gibi, ancak hekimden öğrenilebilecek bilgilere teşekkür ilanında yer verilmesinin, hekimin bu metnin içeriğine müdahalesine yönelik bir işaret olarak görülmesi mümkündür. Teşekkür metninin, hekime yeni müşteriler kazandırmayı amaçlayan bir dille hazırlanması veya diğer hekimlerle karşılaştırma yapması gibi durumlar da, aynı yönde değerlendirilebilir.

Hekimlerin reklam sınırlandırmasına ilişkin bir başka düzenleme, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nde yer almaktadır⁴³. Buna göre, hekimin tanıtım kurallarına aykırı davranması genel olarak yasaklanmaktadır (m. 4/1-b). Ayrıca, hekimin herhangi bir iletişim aracında reklam amacına yönelik olarak yazı yazması, dolaylı olarak bu içerikte yazı yayınlaması ve hekimlerin üye oldukları dernek veya çalıştıkları kuruluş vasıtasıyla ticari ürün tanıtım veya reklamına aracılık etmeleri de yasak kapsamında yer almaktadır⁴⁴. Reklam hukuku uygulamasında, hekimin dolaylı olarak reklam faaliyetinde bulunduğu

⁴² “...birkaç hekime gittiğim halde çare bulmadığım ...rahatsızlığımı tedavi ettiğiniz ve hastalarınıza gösterdiğiniz ilgiden sonsuz teşekkürler... Kendisi çok nazik ellere sahip şüphesiz ve kesinlikle hasta ilişkisi konusunda on numara bir hekim. Mükemmel cerrahlığının yanında harika bir insan dinamik, güler yüzlü, muhteşem insan. Ellerinize sağlık hocam. Gözünüz kapalı kendinizi doktor beye emanet edebilirsiniz...”, (Reklam Kurulu, Toplantı No: 258, 14/03/2017, Dosya No: 2016/1474)

⁴³ RG, T. 28.04.2004, S. 25446. Alman hukukunda hekimlerin yapabilecekleri reklamlara ilişkin meslek kuralları hakkında ayrıca bkz. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (Stand 2015), § 27. Konu hakkında bkz. Scholz, K: (Spickhoff, A.: **Medizinrecht**, 2. Auflage, 2014 içinde), MBO § 27.

⁴⁴ “Her türlü reklam mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamalarda bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak” (m. 4(1-c). “ Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari ürün veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek” (m. 4/1-d).

faaliyetlerle sıklıkla karşılaşılması, anılan hükmün önemini arttırmaktadır⁴⁵. Buna göre, ihtisas sahibi bir doktorun radyo yayınında, bu alanda karşılaşılan hastalık türleri ile ilgili yaptığı açıklamalar arasına kendi reklamını da dahil etmesi yasak kapsamında yer alacaktır. Bununla birlikte, uzmanlık alanına dair açıklama ve hekimin kendi reklamını yapması arasındaki sınırın her zaman için oldukça açık bir şekilde tespiti mümkün olmayabilir. Bu açıdan, kişinin makul sınırlar içinde kalarak, karşılaştığı önemli vakaları veya yazdığı makaleleri paylaşmasının bu kapsamda değerlendirilmemesi yerinde olacaktır⁴⁶. Ayrıca, yayımlanan yazının reklam oluşturma etkisinin yazarın mesleki konumuna göre değişiklik gösterebileceği de gözden kaçırılmamalıdır⁴⁷. Burada ölçü, hekimin yaptığı açıklamaların öğrenilmesine ilişkin kamu menfaati ile sağlık hizmetinin ticarileşmesinin engellenmesi arasındaki dengenin makul bir şekilde korunması olmalıdır. Anılan kuralın katı bir biçimde uygulanması, toplumun sağlık alanındaki güncel gelişmelerden haberdar olmasının önüne geçecek; göz ardı edilmesi ise, bu bilgilerin reklam aracı olarak kullanılmasına ve hekimlerin bu yöndeki açıklamalarının güvenilirliğinin azalmasına neden olacaktır.

Türk Tabipleri Birliği (TTB) tarafından yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, bu kapsamda incelenebilecek bir diğer başlığı oluşturmaktadır⁴⁸. Hekimin mesleki yaşamı süresince uyması beklenen kaideleri içeren ve ihlali halinde, tabip meslek odaları tarafından disiplin soruşturması yapılacağı

⁴⁵ Bu kapsamda değerlendirilebilecek bazı Reklam Kurulu kararları için bkz. Dosya No: 2012/253, 2012/254, 2012/255, 2012/258, 2012/250, 2012/488, 2012/489, 2012/489, 2012/490. Hekimlerin örtülü şekilde reklamının yapıldığı gerekçesini taşıyan anılan Reklam Kurulu kararlarının, Kurul'un sadece tek bir oturumunda verilmiş olması, bu faaliyetlerin uygulamadaki yoğunluğuna bir işaret olarak yorumlanabilir. Anılan Reklam Kurulu kararları için bkz. http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2.

⁴⁶ Reklam Kurulu kararlarında da, basına yapılan, yalnızca sağlık alanında bilgi verilmesi ile sınırlı açıklamaların örtülü reklam olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Örnek olarak bkz. *"Söz konusu yazı değerlendirildiğinde, tedavilerle ilgili herhangi bir fiyat bildiriminde bulunulmadığı, herhangi bir internet sitesine ya da sağlık kuruluşuna yönlendirme yapılmadığı, belirli bir markanın övülmediği, öne çıkarılmadığı ve söz konusu yazıda reklam yapma iradesinin varlığına dair somut herhangi bir bulgunun mevcut olmadığı, dolayısıyla inceleme konusu yazının örtülü reklam yönüyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 61 inci maddesine aykırı olmadığına karar verilmiştir."*, (Reklam Kurulu, Dosya No: 2016/1612, Toplantı Sayısı: 254, 08.11.2016).

⁴⁷ Bu açıdan, hekimin kamuoyundaki tanınırlığı, mesleki faaliyetleri ve ileri sürdüğü iddialar, konu açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, alana ilişkin çoğunlukla sadece teorik çalışmada bulunmakta yetinen bir hekimin mevcut tedavi yöntemlerinin etkisiz kaldığını ve yeni bir yöntemin daha etkili olduğunu savunması ile, bu yeni tedavi yöntemi üzerinde yoğunlaşan bir muayenehanesi olan bir hekimin aynı yöndeki bilgileri reklam içeriğiyle sunması arasında açık bir fark bulunmaktadır.

⁴⁸ İlgili Kurallar'a erişim için bkz. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 (erişim tarihi: 20.07.2017).

belirtilen düzenleme, reklama ilişkin genel ilkelere de yer vermektedir. Reklama ilişkin sınırlandırma düzenlemenin, “Ticari Amaç ve Reklam Yasağı” başlıklı 11. maddesinde bulunmaktadır⁴⁹. Bu kapsamda, genel bir ilke olarak, hekimin mesleğini uygularken reklam yapamayacağı, ticari reklamlara araç olamayacağı ve çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyeceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, sadece hekimin kendi mesleki faaliyetine yönelik reklam yapması değil; bir ticari ürün veya bu çerçevede değerlendirilebilecek hizmetler için hekimlik sıfatının reklam düzeyinde kullanılması da yasaklanmaktadır⁵⁰. Ayrıca, hekimlerin kamu nezdinde sahip oldukları güvenilirlikten yararlanarak, kişilerin paniklemesine neden olacak veya bu kişileri yanlış yönlendirecek açıklamalar yapmaktan da kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir. Kalıcı ve uzun vadeli etkileri bulunmayan bir sağlık sorununun olduğundan daha ağır bir şekilde gösterilmesi veya belirli bir ilacın tedavi etkilerinin abartılması suretiyle, hastaların bu ilacı tüketmeye yönlendirilmeleri anılan duruma örnek olarak verilebilir.

Buraya kadar yapılan değerlendirme neticesinde, hekimlerin tabi oldukları mesleki düzenlemelerin içerisinde reklam sınırlandırmasına ilişkin ilkelere de detaylı olarak yer verildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu açıdan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da, reklama ilişkin genel ilke sunulmaktadır (m. 24). Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 8/2’de ise, hekimler tarafından yapılacak tanıtım ile “*tababet mesleğinin şerefini üstün tutma*” yükümü arasında bir bağ kurulduğu görülmektedir. 1960 yılında yürürlüğe giren anılan düzenlemeden günümüze, alana ilişkin mevzuatta, tanıtımın mesleğin değerlerini yansıtmayı amaçlı doğrultusunda önlemlere yer verilmektedir. Bu yaklaşımda hekimlerin, mesleğe atfedilen bu üstün nitelikleri, talep oluşturmaya veya menfaat elde etmeye yönelik açıklamalarla zedelememesi gerektiği görüşünün etkili olduğu anlaşılmaktadır⁵¹.

Sağlık alanında reklama ilişkin sınırlamanın tam olarak değerlendirilebilmesi, birden çok düzenlemenin bir arada incelenmesini gerekli kılmaktadır. Genel

⁴⁹ “Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü’ne göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır.”, (m. 11).

⁵⁰ Bu duruma, hekimin, hastalar üzerinde olumlu etkisi olduğu iddiasında bulunduğu bir ürünün tanıtımında yer alması örnek gösterilebilir. Örnek bir Reklam Kurulu kararı için bkz. Karar no: 2012/418, 201 sayılı RK toplantısı.

⁵¹ Benzer bir yaklaşımın, bir ölçüde, avukatlar tarafından yapılabilecek tanıtım faaliyetlerine yönelik düzenlemelerde de gözlemlenmesi mümkündür. Bu konuda bkz. Avukatlık Kanunu, (RG. 07/04/1969, S. 1136), m. 55 ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği, (RG. 21/11/2003, S. 25296).

anlamda birbiri ile örtüştüğü görülen bu düzenlemeler arasında gerek ifade biçiminden, gerekse de içerikten kaynaklanan bazı farklılıkların bulunduğu tespit edilebilir. Bu durum, reklama ilişkin düzenlemelerin bütünlük oluşturmasını engellediği gibi, aynı fiilin ayrı düzenlemeler karşısında farklı şekillerde değerlendirilmesi ihtimalini de ortaya çıkarmaktadır⁵². Bu sorunun önlenmesi ve uygulama türü ve kullanılan mecra açısından her geçen gün daha da fazla gelişme gösteren reklam faaliyetlerinin kapsayıcı bir biçimde ele alınarak, hekimlerin reklam sınırlandırmasının etkin bir biçimde yürütülebilmesi için, hekimlerin reklamlarda uyması gereken ilkelere yönelik kapsamlı bir düzenlemenin hazırlanması ve mevzuattaki ilgili hükümlerde de dil ve ifade birliğini sağlayacak değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır.

2. Özel Sağlık Kuruluşlarına İlişkin Sınırlandırma

Özel sağlık kuruluşlarına ilişkin konumuzla ilgili başlıca düzenlemeler arasında ilk olarak, Özel Hastaneler Yönetmeliği yer almaktadır⁵³. Düzenlemede, halkı bilgilendirici faaliyetler ile reklamlar arasında ayırma gidildiği görülmektedir. Bu kapsamda, özel hastanelerin sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme yapmaları ile hizmet alanları ve sunulacak hizmetler hakkındaki tanıtımları serbest bırakılmıştır⁵⁴. Buna karşılık talep yaratmaya yönelik, kamuyu yanlış yönlendiren, uzmanlık alanlarından başka hastaların da tedavi edildiği izlenimini uyandıran ve diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet oluşturan tanıtım yapılması ise, yasak kapsamına alınmıştır⁵⁵. Hizmet alanlarına ilişkin açıklamaların serbest bırakılmasının, bu kuruluşların yapıları gereği, aynı anda birden fazla uzmanlık alanında hizmet sunmalarından ve kamuoyunun sunulan/sunulmayan hizmetler hakkında bilgilendirilme ihtiyacından kaynaklandığı düşünülebilir. Bu yaklaşımın, hekimler açısından ihtisas alanları hakkında ilan verilebilmesi yönündeki hükmün (Tababet ve

⁵² Örneğin, kendi adına reklam mahiyetinde teşekkür ilanı yayınlatan hekim hakkında, bu konuda açık hükme yer veren Tıbbî Deontoloji Tüzüğü (m. 8/3) gereğince yapılan soruşturma ve Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği m. 4/2-c hükmü çerçevesinde yürütülen soruşturma arasında, uygulanan yaptırım açısından farklılıkların oluşması muhtemeldir.

⁵³ RG. T. 27.03.2002, S. 24708.

⁵⁴ “*Özel hastaneler tarafından; sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.*” (m. 60/2); “*Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir.*” (m. 60/3).

⁵⁵ “*Özel hastaneler; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibainı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar.*” (m. 60/1).

Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 24), özel hastaneler açısından bir yansımasını oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Reklama ilişkin hükümlere yer veren bir diğer düzenleme, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'tir⁵⁶. Yönetmelik'te genel ilke olarak, özel sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamayacağı belirtilmektedir (m. 29/1). Özel Hastaneler Yönetmeliği hükümlerine benzer olarak, bu düzenleme de bilgilendirici düzeyde tanıtımı mümkün kılmakta; ancak, bu faaliyetler vasıtası ile talep yaratmaya yönelik açıklamalarda bulunulmasını yasaklamaktadır⁵⁷. Buna göre örneğin, bir sağlık kuruluşunun belirli bir bölgede ilk yardım tekniklerine dair kitapçık dağıtması, ihlal olarak görülmeyecektir. Ancak, bu kitapçıkta aynı zamanda, hastanenin hizmet kalitesinin ve ilgili ücret tarifelerini açıklanması, düzenlemeyi ihlal edecektir. Bunun temel gerekçesi, ikinci örnekte reklam işlevinin bilgilendirmenin önüne geçmesidir.

Sonuç olarak, hastanelerin ve diğer sağlık hizmeti sunan özel kuruluşların reklama ilişkin uymakla yükümlü oldukları ilkeler ikincil mevzuatta detaylı olarak düzenlenmektedir. Bu kuruluşlar tarafından yürütülen faaliyetin konusu gereği, alanla ilgili diğer düzenlemelere tabi olunması da mümkündür⁵⁸. Bu açıdan, genel olarak, ilgili kuruluşların bilgilendirme ile sınırlı olarak tanıtımda bulunmalarının, kendi uzmanlık alanlarının duyurusunu da kapsar biçimde serbest bırakıldığı; ancak, reklam ve talep yaratmaya yönelik açıklamaların yasaklandığı sonucuna varılmaktadır. Hekimlere ilişkin düzenlemeler ile karşılaştırıldığında, reklam ve talep oluşturmaya yönelik yasak açısından benzeri bir yaklaşımın benimsenmesine rağmen, hastane ve özel sağlık kuruluşları açısından kamuyu aydınlatmaya yönelik açıklamaların özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Her ne kadar, hekimlerin –reklam oluşturmamak kaydıyla– mesleki açıklamada bulunmalarına izin verilse de, hastaneler ve özel sağlık kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerde bu konunun ayrı olarak belirtilmesinin temel gerekçeleri arasında, bu kuruluşların aynı anda birden fazla uzmanlık alanında hizmet sunmaları, muayenehanelere göre daha kurumsal bir

⁵⁶ RG. T. 15.02.2008, S. 26788.

⁵⁷ “Sağlık kuruluşları, sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme yapabilir. Birinci fıkraya hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla açılışı, hizmet alanları ve sunduğu hizmetler ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. Ancak, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.” (m. 29/4).

⁵⁸ Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m. 36 ve Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 27’de reklama ilişkin yer verilen hükümler bu kapsamda değerlendirilebilir (İlgili düzenlemeler sırasıyla, 24480 ve 24879 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır).

yapıya ve genellikle daha yüksek sermayeye sahip olmaları gösterilebilir. Bu kuruluşların sağlık alanında bilgilendirici açıklamalarda bulunmalarına açık bir şekilde izin verilmiş olması, daha fazla teknik imkana sahip olması beklenen bu kuruluşların bu yöndeki olası girişimlerinin engellenmemesinin, kamu menfaatleri açısından daha yerinde olacağı kanaatine dayandırılabilir.

3. Reklama İlişkin Mevzuattan Kaynaklanan Sınırlandırmalar

Hekim ve özel sağlık kuruluşları tarafından yürütülen tanıtım ve reklam faaliyetlerinin kapsamı ve bu yöndeki sınırlandırmalar, ilgili mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra anılan reklamların, kullandıkları reklam mecraları açısından, çoğunlukla reklam hukukuna ilişkin mevzuatın da kapsamına dahil oldukları görülmektedir. Bir hekimin, sağlığa ilişkin bir televizyon programında yaptığı örtülü reklam buna örnek gösterilebilir. Bu durumda, hekim bir yandan meslek birliği tarafından yürütülecek soruşturma ile karşılaşacak; bir diğer yandan da, Reklam Kurulu tarafından uygulanan yaptırımlara tabi olabilecektir.

Reklam Kurulu kararlarında atıfta bulunulan düzenlemeler arasında öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) öne çıkmaktadır⁵⁹. Kanun'da, belirli bir meslekle bağlantılı olarak, hizmetlerin pazarlanması ve hedef kitlenin etkilenmesi için yapılan duyurular da, ticari reklam olarak sayılmaktadır (m. 61/1). Kanun'da ayrıca, anılan reklamların, Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkelere uyması, doğru ve dürüst olması gerektiği belirtilmekte (m. 61/2); reklamların denetimi ve ihlal oluşturan reklamlara yaptırım uygulama konusunda ise, Reklam Kurulu'nun yetkili olduğu ifade edilmektedir (m. 63). Bu Kanun'a dayalı olarak hazırlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ile de, reklamların kamu sağlığını bozucu nitelik taşıyamayacağı ve hastaların tedavi öncesi/sonrası görüntülerinin yayınlanamayacağı belirtilmektedir (m. 5/1-b,ğ). Bunun yanı sıra, genel olarak, reklamların aldatıcılık ve yanıltıcılık taşımamasına dair hükümlere de yer verilmiştir (m. 7). Buradan hareketle, hekimliğe ilişkin mevzuat tarafından konuya ilişkin olarak çizilen sınırın, reklamcılık faaliyetlerine dair düzenlemelere de genel olarak etki ettiği sonucuna ulaşılabilir. Bunun bir diğer sonucu ise, bu kapsamında oluşabilecek ihlallerin, ayrıca Reklam Kurulu yaptırımına da tabi olması ihtimalidir⁶⁰.

⁵⁹ RG, T. 07/11/2013, S. 28835.

⁶⁰ " Ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16 ncı madde hükümlerine aykırı reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Reklam Kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır." (m. 17/1).

Reklam alanında denetim, Reklam Kurulu'nun yanı sıra RTÜK tarafından da sağlanmaktadır. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (Üst Kurul) denetiminde önem taşıyan husus, yaptırımların doğrudan yayıncı kuruluşa uygulanmasıdır⁶¹. Bu nedenle, anılan denetimin, yayıncı kuruluşların kendi reklam politikalarını RTÜK uygulamasına göre belirlemelerini sağladığı; bunun ise, hekim ve özel sağlık kuruluşları üzerinde dolaylı bir önleyicilik etkisinin olduğu savunulabilir. Bir diğer ifadeyle, hekim, meslek birliği tarafından kendisine uygulanılabilecek yaptırımlardan çekinmese dahi, belirtilen düzenlemeler hakkında bilgisi bulunan yayıncı kuruluşun, bu konuda aykırılık taşıması ihtimali bulunan reklamları veya bu kapsamda görülen programları yayınlamak istemeyeceği öngörülebilir⁶².

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, konuya ilişkin genel esasları düzenlemekte ve genel sağlığa zarar verecek davranışların teşvik edilmesi ile tedaviye yönelik tele-alışveriş yasaklanmaktadır (m. 8/1-I ve 11/4). Ayrıca, reçeteye tabi olan ve olmayan ilaçlar arasında ayrıma gidilmekte ve ancak, reçeteye tabi olmayan ilaç ve tedavilerin reklamının yapılabileceği belirtilmektedir (m. 11/3)⁶³. Burada sınır, dürüstlük ilkesine uyum, gerçeklerin yansıtılması ve doğrulanabilir unsurlara yer verilmesidir⁶⁴. Bunlara ek olarak, Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik'te de, reklamın tüketicinin sağlığına zarar vermemesi (m. 9/6-c) ve gıda takviyesi benzeri ürünlerin ilaç olarak algılanmasına neden olabilecek açıklamalarda bulunulmaması gerektiği belirtilmektedir (m. 9/6-ç)⁶⁵.

⁶¹ Adli ve idari yaptırım hakkında bkz. 6112 sayılı Kanun, (RG. T. 15.02.2011, S. 27863), m. 32 ve 33. Konu hakkında ayrıca bkz. Dişbudak, s. 119.

⁶² Konu hakkında örnek bir karar için bkz. "Söz konusu yayında, bitkisel tedavinin sağlık sorunlarına çözüm olarak sunulduğu, telefon numarası verilmek suretiyle istenildiğinde danışma hizmeti alma ve ürüne ulaşmanın yolunun açık olarak gösterildiği anlaşılmıştır. Bu nedenle, ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla tanıtımın yapıldığı sabit olup, tedavide etkinliği ve emniyeti kanıtlanmamış olan ürünlerin sağlık beyanı ile tanıtılması ve bu tanıtımda yer alan ifadelerin, insanların hastanelere, tıp doktorlarına ve tıbbi tedavi yöntemlerine duydukları güvenin sarsılmasına neden olabileceği ve toplum sağlığını olumsuz yönde etkileyebileceği kanaatine varılmıştır.", (Üst Kurul Kararı (RTÜK), Toplantı No: 2017/28, Karar No: 8, 12.07.2017).

⁶³ "...söz konusu ürünün sağlık sorunlarına çözüm olarak sunulduğu ve ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla tanıtımının yapıldığı sabit olup, tedavide etkinliği ve emniyeti kanıtlanmamış olan ürünlerin sağlık beyanı ile tanıtılması ve bu tanıtımda yer alan ifadelerin, insanların hastanelere, tıp doktorlarına ve tıbbi tedavi yöntemlerine duydukları güvenin sarsılmasına neden olabileceği ve toplum sağlığını olumsuz yönde etkileyebileceği kanaatine varılmıştır.", (Üst Kurul Kararı (RTÜK), Toplantı no: 2017/29, Karar No: 23, 19.07.2017)

⁶⁴ "Reçeteye tabi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanır", (m. 11/3).

⁶⁵ RG T. 2.11.2011, S. 28103.

Üst Kurul denetiminin, toplumun sağlık hizmetlerine yönelik yanlış bilgilendirilmesinin ve bu hizmetlerin ticarileşmesinin önüne geçilmesinde de önemli bir katkı sunduğu görülmektedir. Modern tıp tekniklerinin yetersiz olduğu⁶⁶ veya “*tıbbi tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin çok da faydalı olmadığı*”⁶⁷ gibi açıklamalara ve takviye ürünlerin ilaç olarak satımına yönelik reklamlara uygulanan yaptırımlar⁶⁸, bu yönde değerlendirilebilir.

C. UYGULAMADA SIKLIKLA KARŞILAŞILAN İHLAL NEDENLERİ

Reklam nedeni ile hekim ve özel sağlık kuruluşlarının karşılaştığı yaptırımın iki temel kaynağının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, meslek birlikleri; ikincisi ise, Reklam Kurulu tarafından yürütülecek incelemedir. Uygulamada karşılaşılan ihlallerin kapsamı ve yoğunluğu nedeniyle, ihlal nedenlerine yönelik bu başlık altındaki değerlendirme doğrudan konuya ilişkin Reklam Kurulu kararları üzerinden yapılacaktır. İhlal nedenlerinin bazı durumlarda iç içe geçmesi nedeniyle, hekim ve özel sağlık kuruluşlarına uygulanan yaptırımların bir arada incelenmesi tercih edilmiştir.

1. Fiyat Tekliflerinin Sunulması

Reklam Kurulu tarafından yaptırıma konu olan reklamların, genellikle taşıdığı ortak özelliklerinden birisi, sağlık hizmetinin ticarileştirilmesi sonucunu doğuran tanıtımlara yer vermeleridir. Hastaların bir sağlık kuruluşunu veya hekimi tercihinde önemli rol oynayan, ücretlendirmeye yönelik ilanlar da bunlar arasında yer almaktadır. “*SGK hastalarından muayene farkı alınmamaktadır.*” ifadesine⁶⁹ ve sunulan hizmetlere yönelik yurtiçi ve yurtdışı karşılaştırmalı fiyat tablosuna yer veren reklamlar⁷⁰, bunlara örnek olarak verilebilir.

Hizmete yönelik fiyat bilgisi sunan bu gibi geleneksel reklamların yanı sıra, yenilikçi pazarlama yöntemleriyle de artan bir sıklıkla karşılaşılmaktadır. İnternetteki bir fırsat sitesi aracılığı ile indirim kuponlarını alan kimselere daha düşük fiyatlar sunulması⁷¹; bir perakende pastane zincirinin müşteri

⁶⁶ “...Programda her ne kadar ürün ismi kullanılmamış olsa da, telefonla programa katılan kişiler, sağlık sorunlarına farklı sağlık kuruluşlarında çözüm bulamadıklarını belirterek, Dr.’ın tavsiyeleri ve programlardaki yönlendirmeleri sayesinde kendilerinin ya da yakınlarının şifa bulduklarını ifade etmektedirler. Ayrıca, program esnasında no’lu telefon numarası sürekli ekranda görülmektedir. Söz konusu numara arandığında ise arayanların telefon numaraları alınmakta, Dr.’ın danışma hattından kendilerine dönüş yapılacağı söylenmektedir.” (Toplantı No: 2012/58, Karar No:26).

⁶⁷ Toplantı No: 2017/28, Karar No: 8.

⁶⁸ Bu konuda örnek olarak bkz. Toplantı No: 2017/28, Karar No: 9, 10, 11.

⁶⁹ “...söz konusu ifadelerin; kuruluşun çalışmalarına ticari bir görünüm verdiği, kuruluş lehine talep yaratıcı nitelikte olduğu ve diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabete yol açıcı nitelik taşıdığı...” (Reklam Kurulu, Dosya no: 2011/1129, 196 Sayılı Toplantı).

⁷⁰ Reklam Kurulu, Dosya No: 2010/1209, 196 Sayılı Toplantı.

⁷¹ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/196, 195 Sayılı Toplantı; Reklam Kurulu, Dosya No: 2015/1861, 256 Sayılı Toplantı.

kartına sahip olan hastalara %40 oranında indirim vaat edilmesi⁷² ve hastalara sunulan kredi hizmetlerinin açıklanması⁷³, Kurul yaptırımına konu olan ihaller arasında bulunmaktadır. Bu açıdan, hastalarla yenilikçi iletişim yolları üzerinden de iletişim kurulmaya çalışıldığı, kendilerinin tercih edilmesi için fiyat karşılaştırmaları veya üye kuruluş indirimleri gibi imkanların sağlandığı görülmekte ve Kurul tarafından bu yöndeki reklamları da kapsayan bir yaptırım politikasının uygulandığı anlaşılmaktadır.

2. Bilgilendirmenin Ticari Nitelik Taşınması

Reklam Kurulu kararlarında karşılaşılan bir diğer ihlal nedeni ise, özel sağlık kuruluşunun hizmetlerine yönelik tanıtımının bilgilendirme boyutunu aşarak, ticari nitelik kazanması veya talep oluşturmaya yönelik olmasıdır. Sağlık Bakanlığı tarafından 2013 yılında yayımlanan “Özel Sağlık Kuruluşlarının Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri” konulu Genelge’de de bu kapsamda açıklamalara yer verilmektedir⁷⁴. Genelge’nin amacı, “*insan sağlığının, ticari unsur haline dönüştürülmesinin engellenmesi ve temel bir kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmetinin görülmesi sırasında kamu yararının korunması*” olarak açıklanmakta ve örtülü veya açık reklam yapılamayacağı belirtilmektedir⁷⁵. Bu kapsamda, anılan ticari iletişimin önlenmesi amacıyla, -belirtilen istisnalar dışında- kişilerle iletişime geçilmesi⁷⁶ ve kampanya yapılması yasaklanmaktadır⁷⁷.

Uygulamada ihlal oluşturan reklamlar arasında, hedef kitlenin güvenini, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden açıklamalara sıklıkla yer

⁷² “Tüm Card sahiplerine,Sağlık Merkezi’nde sağlık hizmeti artık özel olanaklarla. Kampanyamızın geçerli olduğu şubeler: (telefon no....)”, Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/1804, 198 Sayılı Toplantı.

⁷³ Reklam Kurulu, Dosya No: 2012/1166, 204 Sayılı Toplantı.

⁷⁴ Sayı: 23824201/823/2013.5363.28019, Tarih: 15.08.2013.

⁷⁵ Genelge’de, Türkiye’deki özel sağlık kuruluşlarının sağlık turizmi alanında yürütecekleri tanıtım açısından ise, daha az kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsenmiştir. Anılan kapsamda, fiyat listesi gibi bilgilerin ve hasta hikayelerinin açıklanmasına izin verilmesi, bunun bir sonucu olarak görülebilir. (m. 9/b). Bununla birlikte, bu iletişimin ülke içinde talep oluşturmayacak şekilde yapılması şarttır (m. 9/a). İletişimin Türkçe yapılmaması ilkesinin, doğrudan bu amacı yansıttığı savunulabilir.

⁷⁶ “Sağlık kuruluşlarına başvuran kişilerin, hastalıkları ile ilgili olarak veya randevu tarihlerinin bildirilmesi dışında, kişilerin bilgi ve rızaları olmaksızın şahsi telefonları aranmaz, mektup, kısa mesaj ve elektronik posta gönderilemez.”, (m. 8).

⁷⁷ “Hasta Taşıma Hizmeti Alımı” konulu 2011/20 sayılı Genelge’de belirtilen esaslar dışında ücretsiz servis ile ücretsiz muayene, ücretsiz check up, ücretsiz sağlık taraması (göz, kemik, kanser vb.) kampanyaları düzenlenemez, benzeri faaliyetlerde bulunulamaz.”, (m. 7).

verilmektedir⁷⁸. “Güven”, “Kalite” gibi başlıklara yer verilmesi⁷⁹, “Karadeniz’in sağlık üssü...(Hastanesi)” ibaresinin kullanılması⁸⁰, “3’ü Profesör 20 uzman doktor kadrosu ile Türkiye’nin ilk, Avrupa’nın en büyük ve kapsamlı Kulak Burun Boğaz Hastanesi” ifadesi⁸¹, şehrin belirli bölgelerine servis düzenlendiğinin belirtilmesi⁸², Reklam Kurulu tarafından yaptırıma konu olmuştur. Ayrıca, katarakt hastalığına ilişkin açıklamalar sonrasında, “Ameliyatların başarısında hekimin deneyiminin, kullanılan teknolojilerin... önemi büyüktür...” ifadesine ve ilgili sağlık kuruluşunun şube ve telefon bilgilerine yer verilmesi nedeniyle yaptırım uygulanmıştır⁸³. Bu kapsamda, ticari nitelikli açıklamalar kadar, hasta üzerinde dolaylı yoldan güven telkin etmeye yönelik ifadelerin de, ihlal olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Buna ek olarak, hekimin akademik çalışmalarına yönelik başarısını ve aldığı teşekkürleri açıklamasının dahi, ihlal olarak değerlendirildiği görülmektedir⁸⁴. Bu karar çerçevesinde, genele hitap etmeyen ve hekimin doğrudan akademik alandaki çalışmalarına özgü nitelik taşıyan başarılarının üçüncü kişilerde güven tesis etme amacıyla paylaşılmasının, Kurul tarafından, bu kimseleri etkilemeye ve hekimlik mesleğini ticarileştirmeye yönelik bir beyan olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir.

3. Yanıltıcı Açıklamalara Yer Verilmesi

Sağlık hizmetlerinde kamuya yapılan açıklamalarda, sunulan bilginin doğru olmasının yanı sıra, alana ilişkin teknik ifadelerin hedef kitle tarafından doğru şekilde anlaşılabilmesine yönelik önlemlerin de alınması gereklidir. Açıklamaların yanıltıcılık taşımasının, hem TTK m. 55 çerçevesinde haksız rekabete⁸⁵, hem de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ile

⁷⁸ “...ilk”, “tek”, “deneyimli”, “üstün teknolojik yatırım”, “farklı bir anlayışla”, “güçlü ve uzman kadro”, “sağlıkta kalite”, “daha az komplikasyon, daha çok hasta konforu, daha erken taburcu olma imkanı”, “fark edilen güzelliğın fark yaratan adresi”, “bu hastalıkta uygulanması gereken en uygun metod”, “herkes en az bir defa yaptırmalı”, “çok kısa sürede ağrısız acısız bir şekilde kurtulabilirsiniz”... gibi hizmet veya kuruluşun diğer hizmet veya kuruluşlardan farklı olduğunu ifade eden, talep oluşturan ve verilen sağlık hizmetine ticari yön veren ifadelere yer verilmemesi” (Genelge, 1-b).

⁷⁹ Reklam Kurulu, Dosya No: 2012/659, 204 Sayılı Toplantı.

⁸⁰ Reklam Kurulu, Dosya No: 2012/658, 202 Sayılı Toplantı.

⁸¹ Reklam Kurulu, Dosya No: 2012/584, 202 Sayılı Toplantı.

⁸² Reklam Kurulu, Dosya No: 2012/582, 202 Sayılı Toplantı ve Dosya No: 2016/1075, 253 Sayılı Toplantı.

⁸³ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/533, 195 Sayılı Toplantı.

⁸⁴ “... sıralamasında Bilim insanı listesinde ilk ... bine girdiğim için akademik kadrosunda yer aldığım fakültem beni kutlamış. Çok memnunum...”, (Reklam Kurulu, Dosya No: 2016/3633, 258 Sayılı Toplantı).

⁸⁵ Bu konuda bkz. TTK m. 55/1-a(2).

belirlenen ilkelerin ihlaline neden olması mümkündür⁸⁶. Anılan Yönetmelik'te, reklamların doğru ve dürüst olması, haksız rekabete yol açılmaması ve tüketiciiyi yanıltabilecek ifadelere yer verilmemesi gerektiği belirtilmektedir (m. 7). Bu kapsamda, kullanılan reklam yöntemi veya yer verilen ifadeler nedeniyle, içeriği doğru olan bilgilerin dahi yanıltıcı olması ihtimal dahilindedir⁸⁷. Dikkate alınması gereken, iletinin hedef kitledeki ortalama muhatap üzerindeki etkisidir⁸⁸.

Reklam Kurulu tarafından, sağlık alanında yapılan reklamlara uygulanan yaptırımlar arasında, yanıltıcı beyanlara yer verilmesinden kaynaklanan ihlallerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Kullanılan ifadenin anlamlarından birinin yanıltıcı olması, beyanda eksik ifadelerin bulunması veya aslında gerçeğe dayanan beyanın ilan neticesinde oluşturulan algı nedeniyle yanıltıcılık taşıması, bu durumun nedenleri arasındadır⁸⁹. Gerçeği yansıtan bir beyanın yanıltıcılık oluşturmasına, bir özel hastanenin reklamında *"Artık ilimizde, Sağlık Bakanlığı'ndan izin belgelerini almış bir hastane var"* ifadesini kullanması örnek gösterilebilir. Burada yanıltıcılığın nedeni, faaliyet gösteren tüm hastaneler için alınması zorunlu olan iznin, anılan hastaneyi diğerlerinden daha ileride tutan bir yetkinlik göstergesi gibi sunulması ve bu nedenle hedef kitlenin yanıltılmasıdır. Yine, bir hekimin, edinilmesi mesleğin yürütülmesi için zorunlu olmayan bir sertifika hakkında, *"Bu sertifikayı almaya bugün itibariyle hak kazanmış bulunmaktayım. Hekiminize danıştığınızda, bu sertifikaya sahip olup olmadığını mutlaka sorgulayınız."* ifadesini kullanması da yanıltıcı olacaktır. Bunun nedeni, anılan ifadenin, sertifikanın niteliği ve buna sahip olunmasının hekimlik mesleğinin yürütülmesi üzerindeki etkileri hakkında hedef kitleyi yanıltmasıdır.

⁸⁶ "Reklamlar, aşağıda sayılan haller başta olmak üzere, hiçbir konuda tüketiciiyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüler içeremez: a) Malın; yapısı, bileşimi, tedariki, faydası, riski, aksesuarları, üretim yöntemi ve tarihi, amaca uygunluğu, kullanım şekli, kullanım ömrü ve alanları, teknik özellikleri, verim ve performansı, miktarı, menşei, çevreye etkisi gibi özellikleri; b) Hizmetin nitelikleri; c) Mal veya hizmet sunan kişi ya da kuruluşun ticaret unvanı, işletme adı, statüsü ve yetki alanları; ç) Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatı; d) Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartları; e) Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, satış sonrası hizmetleri, yedek parça veya bakım ve onarım şartları; f) Fikri ve sınai mülkiyet hakları; g) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller, diplomalar ve benzeri belgeler; ğ) Sosyal amaçlı yardımlar; h) Tüketicilerin yasal hakları veya karşılaşılabileceği riskler." (m. 7/5)

⁸⁷ Karasu, R. (Suluk, C./Nal, T.), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara 2017, s. 428.

⁸⁸ Karasu (Suluk/Nal), s. 428; Pınar, H.: **Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2 (Özel Sayı), 2012, s. 132.

⁸⁹ Aygün, E.: **Sağlık Sektöründe Reklam**, Ankara 2007, s. 136-137.

Tıp merkezi statüsünde faaliyet gösteren bir kuruluşun ilanlarında gerçekte bu vasıfta olmadığı halde “*Hastane*” ifadesini kullanması⁹⁰ veya bir muayenehanenin ilanlarında hastane ve klinik ifadelerine yer vermesi⁹¹ de yanıltıcılığa örnek gösterilebilir. Bunun yanı sıra, halkın sağlık hizmetlerine yönelik ihtiyaç ve talebinden haksız yere yararlanan reklamlara da yaptırım uygulandığı görülmektedir. Konut projesine ait bir reklamda, projenin yanında yer alan Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nin ismine açıkça atıfta bulunulması ve bu tesisin satılmakta olan evlerin hemen yanında olduğunun belirtilmesi, bu hastaneye ilişkin unvanın izin alınmadan kullanıldığı ve bu nedenle, bu kuruluşun ticari unvanından haksız şekilde yararlandığı gerekçesi ile yaptırıma konu olmuştur⁹². Belirtilen karar, aynı zamanda, sağlık alanında faaliyet göstermeyen kişilere de konuya ilişkin ihlallerden dolayı yaptırım uygulanmasının örneklerinden birisidir⁹³.

Bu açıdan, sağlık hizmetleri alanında yapılan reklam ve ilanların, gerçek bilgilere dayansa dahi yanıltıcılık taşıması ihtimalinin mevcut olduğu görülmektedir. Bunda, anılan alanda sunulan hizmetlerin ve bunların yürütülmesine ilişkin düzenlemelerin, teknik bilgiyi gerektirmesi ve ortalama hedef kitlenin genellikle bu konuda detaylı bilgi birikimine sahip olmaması etkindir. Belirtilen ihtimalin önüne geçilebilmesi için, yapılan açıklamaların ortalama hedef kitle tarafından nasıl anlaşılacağına önceden değerlendirilmesi ve ilanlarda yer verilen ifadelerin, alana ilişkin düzenlemelere aykırılık taşıyıp taşımadığının temin edilmesi yerinde olacaktır.

4. Hastalara İlişkin Bilgilerin İlanı

Doktorun hastalarına karşı yükümlü olduğu sır saklama sorumluluğu, bir özen ve sadakat borcudur⁹⁴. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 4’te de hekimin sır saklama sorumluluğuna yer verilerek, tabiplerin meslek ve sanatlarının icrası nedeni ile eriştikleri sırları, kanuni mecburiyet olmaksızın açıklayamayacakları belirtilmektedir.

⁹⁰ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/78, 195 Sayılı Toplantı.

⁹¹ Reklam Kurulu, Dosya No: 2010/1205, 195 Sayılı Toplantı.

⁹² “...Umarız hiç ihtiyacınız olmaz, ama Türkiye’nin en büyük hastanesi olan.....yeni evinizin tam karşısında”, Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/1117, 194 Sayılı Toplantı.

⁹³ Hekimlik yapma yetkisi bulunmayan kişilerin yaptığı sağlık alanındaki reklamlar da, bu kapsamdadır. Örnek olarak bkz. “...inceleme konusu internet sitesinde, sağlık alanında faaliyet göstermeye yetkisi bulunmayan şahsın “Bel fitiği, boyun fitiği, bel kireçlemesi, boyun kireçlemesi, diz kireçlemesi, kalça kireçlemesi” gibi tıp literatüründe hastalık olarak değerlendirilen sorunların tedavisini bilimsellikten uzak yöntemlerle yaptığı...”, (Reklam Kurulu, Dosya No: 2017/395, 260 Sayılı Toplantı, 09.05.2017).

⁹⁴ Özey, M: **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2006, s. 73.

Reklam açısından bakıldığında, hastalara ilişkin bilgilerin doktor tarafından kamuya paylaşılmasının temel nedenlerinden birisi olarak, tedavi sürecine dair sonuçların ve bu kapsamda iddia edilen mesleki başarı ve hünerin kanıtlanması amacı öne çıkmaktadır. Özellikle, tedavi sürecinin öncesi ve sonrasını karşılaştırmalı olarak aktaran fotoğraf veya tahlil sonuçlarıyla, hastaların tedavi sürecinden sağladıkları fayda delillendirilmeye çalışılmaktadır.

Konuya ilişkin Reklam Kurulu kararlarında, ihlal olduğu kanaatine genellikle, doğrudan sır saklama yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden değil de, faaliyete ticari görünüm kazandırılması ve talep yaratmaya yönelik açıklamada bulunulması nedenlerinden ulaşıldığı görülmektedir⁹⁵. Konuya ilişkin bir Reklam Kurulu kararında ise, bu görüntülerin yayınlanmasının yasak olduğu açıkça belirtilerek anılan reklamın durdurulmasına karar verilmiştir⁹⁶. Bu hali ile hasta görüntülerinin veya hastalara ilişkin bilgilerin kullanılmasının, tanıtımın içeriği ile de bağlantılı olarak, Kurul tarafından genellikle ticari iletişim olarak değerlendirildiği ve ihlal oluşturduğunun kabul edildiği görülmektedir.

III. HEKİMLİK MESLEĞİNDE REKLAMA İLİŞKİN DENETİM

Hekim ve özel sağlık kuruluşlarının ihlal oluşturan reklam faaliyetleri nedeniyle, somut olaya göre, meslek birliği ve/veya Reklam Kurulu tarafından uygulanacak yaptırımlarla karşılaşma ihtimalleri bulunmaktadır. Bu başlık altında Tabipler Odası tarafından reklam ihlallerine yönelik olarak yürütülen disiplin soruşturması ve Reklam Kurulu'nun karar alma süreci üzerinde durulacaktır.

A. DİSİPLİN YAPTIRIMI

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 7 gereğince, bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler, bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlü tutulmaktadır⁹⁷. Ayrıca, kamu kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine bağlı olarak çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen hekimlerin de tabip odalarına üye olabilecekleri belirtilmektedir.

Birlik üyesi olan hekimlere ilişkin disiplin sürecinin işleyişi ve her bir ihlal için uygulanabilecek yaptırıma ilişkin esaslar, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği ile düzenlenmektedir⁹⁸. Yönetmelik uyarınca, hekim hakkındaki

⁹⁵ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/2146, 198 Sayılı Toplantı; Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/14, 202 Sayılı Toplantı; Dosya No: 2015/1828, 250 Sayılı Toplantı.

⁹⁶ “...ayrıca her ne surette olursa olsun yayımlanması yasak olan hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ilişkin birçok görüntüleme ve ifadelere yer verildiği...”, Reklam Kurulu, Dosya No: 2010/1205, 194 Sayılı Toplantı.

⁹⁷ RG, T. 31.01.1951, S. 8323.

⁹⁸ RG. T. 28.04.2004, S. 25446.

soruşturmanın bir bildirim veya şikayet nedeniyle veya Merkez Konsej ya da oda yönetim kurulunun gerek görmesi üzerine re'sen başlatılabileceği belirtilmektedir (m. 12). Hekim hakkında ileri sürülen iddialar bir ay içinde oda yönetim kurulu tarafından incelenmekte ve iddialar temelsiz görülürse soruşturmaya yer olmadığına karar verilmektedir (m. 13). İddiaların soruşturma başlatılması için yeterli görülmesi halinde ise, durum ilgiliye yazılı olarak bildirilmekte ve en geç on beş gün içinde savunma ve (varsa) kanıtlarını sunması talep edilmektedir. Bunun üzerine, ilgili hakkında leh ve aleyhteki bilgilerin toplanması için yönetim kurulu tarafından bir soruşturmacı atanmakta ve soruşturmacı tarafından, kişinin beyanının değerlendirilmesi ve yürütülen araştırma sonucunda bir "fezleke" hazırlanmaktadır (m. 14). Bu fezleke sonrasında yapılan inceleme neticesinde, oda yönetim kurulu tarafından disiplin kovuşturmasının açılmasına veya açılmamasına (m. 15) ilişkin karar verilmektedir.

Yönetim kurulu tarafından disiplin kovuşturması açılması kararı alınması durumunda, disiplinle ilgili karar Onur Kurulu tarafından gerekli incelemenin yapılması neticesinde verilmektedir (m. 20)⁹⁹. Verilen disiplin cezalarına on beş gün içinde yazılı olarak itiraz edilmesi mümkündür. Bu itiraz üzerine dilekçe, Yüksek Onur Kurulu'na gönderilir; süresinde itiraz edilmeyen kararlar ise kesinleşir (m. 24/1-a ve m. 28/1)¹⁰⁰.

Reklam faaliyeti nedeni ile ihlalde bulunduğu kanaatine varılan hekim için uygulanabilecek yaptırım, öncelikli olarak, Yönetmelik'te yer alan "Para Cezası" başlığı altında düzenlenmiştir (m. 4). Buna göre, tanıtım kurallarına aykırı davranılması, her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik beyanlarda bulunulması veya üçüncü kişinin beyanda bulunmasının sağlanması, şahsen veya yöneticisi olunan dernekler ya da çalışılan kurumlar aracılığıyla ticari ürün/hizmet tanıtımı yapılması veya meslektaşları aleyhine haksız rekabet teşkil edecek duyurulara yer verilmesi para cezası uygulanmasına neden olacaktır. Hekime verilen para cezası, o yılki en yüksek üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olamayacaktır¹⁰¹. Bununla birlikte, ihlalin diğer meslektaşları küçük düşürmeye veya kötülemeye yönelik olması, hasta haklarına saygı gösterilmemesi sonucunu doğurması veya yapısı nedeniyle, düzenlemede yer verilen diğer yaptırımların kapsamına dahil edilemeyen ağırlıkta sonuçlara neden olması durumunda, uyarı cezasının da verilebileceği belirtilmektedir (m. 3). Ayrıca, hastalığın tanı ve tedavisinde, henüz kanıtlanmamış veya bilim dışı yöntemlerin önerilmesi durumunda, geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verilmektedir (m. 5/3-l). Bu yönüyle, Yönetmelik açısından, tanıtım ve

⁹⁹ Bu karar için, beş üye ile toplanan kurulun en az üç üyesinin oyu aranır (m. 21).

¹⁰⁰ Er, Ü.: **Sağlık Hukuku**, Ankara 2008, s. 404.

¹⁰¹ Bu konuda bkz. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu m. 39/1-b.

reklama ilişkin ilkelerin ihlaline yönelik öncelikli olarak uygulanacak yaptırımın para cezası olduğu; bunlar arasında, sonuçları itibariyle, sayılan ihlallere sebep olanlar nedeniyle ise uyarma ve geçici olarak meslekten alıkoyma cezalarının verilebileceği görülmektedir.

Konuya dair örnekler incelendiğinde, “120 kişilik medikal kadro”, “Özel eğitilmiş 800 sağlık personeli” gibi ifadeleri içeren ve bir gazeteye dört tam sayfa olarak verilen bir reklam nedeniyle meslek birliği tarafından alınan yaptırım kararına karşılık açılan iptal davasında, ilk derece mahkemesinin ilanın talep yaratmaya yönelik olduğu kanaatine vardığını ve bu kararın da, Danıştay tarafından onandığı görülmektedir¹⁰². Bir başka örnek olayda ise, “... yöntemleri ile (hastalığın)...şekilde tedavi edilebileceğini biliyor muydunuz” başlıklı reklam neticesinde disiplin cezası verilmesine ilişkin işlemin, ilk derece mahkemesi tarafından reklamın halkı bilgilendirici nitelikte olduğu gerekçesi ile iptal edildiği; ancak, kararın Danıştay tarafından bu ilan neticesinde hastaların hastaneye yönlendirildiği gerekçesi ile bozulduğu anlaşılmaktadır¹⁰³. Bu yönüyle, konuya ilişkin Danıştay kararlarında, meslek birliği tarafından alınan kararın çoğunlukla sağlık alanında reklam yapılması ve sunulan hizmetin ticarileştirilmesi iddiaları üzerinden incelendiği görülmektedir. Ödeme yöntemlerine, üyelik indirimlerine, taksit imkanlarına ilişkin açıklamalar ve sunulan hizmetin ticarileştirilmesine neden olan beyanlar da, bu kapsamda sayılmaktadır¹⁰⁴.

B. REKLAM KURULU YAPTIRIMI

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da, Reklam Kurulu’nun görevleri arasında, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkelerin belirlenmesi ve bu ilkeler çerçevesinde yürütülecek incelemeler sonucunda, gerekli hallerde yaptırıma karar verilmesi sayılmaktadır (m. 63). Konumuz açısından, bir hekim veya özel sağlık kuruluşunun yayınladığı reklam ve ilanların da, Kurul’un yetki alanına girdiği görülmektedir.

Reklam Kurulu Yönetmeliği uyarınca, Kurul reklam ve ilanları, re’sen veya başvuru üzerine incelemeye almaktadır (m. 8, 15/1-b)¹⁰⁵. Bu açıdan, ihlal oluşturduğu düşünülen sağlık alanındaki bir reklamın gündeme alınması için mutlaka Kurul’a başvuru yapılmış olması aranmamakta, inceleme kendiliğinden de başlatılabilmektedir. İhlal iddiası üzerine yapılacak

¹⁰² Danıştay 8. Daire, E. 2006/5389, K. 2007/7175, (Ersoy/Güler/Giritlioğlu, s. 30-31).

¹⁰³ Danıştay 8. Daire, E. 2005/3197, K. 2006/4119, (Ersoy/Güler/Giritlioğlu, s. 32-33).

¹⁰⁴ “İmplant ve lazerle diş beyazlatma hizmetlerinde ödeme kolaylığı, card ile ailesinin seçkin üyelerinden biri olarak size hizmet vermekten onur duyuyoruz, kredi kartına vade farksız 12 taksit, online randevu”, (Danıştay, 8. Daire, E. 2012/7088, K. 2012/7438, T. 11.10.2012-Kazancı).

¹⁰⁵ RG. T. 03.07.2014, S. 29049.

incelemede, ilgili kişi veya kurumlardan yazılı olarak bilgi ve görüş talep edilebilir (m. 12/3). Örneğin, bir reklamın kamu sağlığını bozucu veya hastaları istismar edici nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde şüpheye düşülen hallerde (TKHK m. 61/3), konu hakkında ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi talebinde bulunulması mümkündür. İnceleme sonucuna göre Kurul, ilgili reklamın üç aya kadar tedbiren durdurulmasına, yayına süresiz son verilmesine, yayının düzeltilmesine veya idari para ceza verilmesine karar verebilir (TKHK m. 61/1). Bu yaptırımların, reklam verenlerin yanı sıra, somut olaya göre reklam ajansı ve mecra kuruluşları hakkında da uygulanması mümkündür (TKHK m. 77/12).

Yaptırımların nasıl uygulanacağıının belirlenmesinde ihlalin niteliği dikkate alınır. Önemli düzeydeki bir ihlal için yaptırımların birden çoğunun bir arada uygulanması mümkündür (TKHK m. 77/12). Kurul tarafından verilecek idari para cezalarının Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da detaylı olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁰⁶. Yayının yerel veya ülke düzeyinde olması ve radyo veya televizyonda yapılması durumları arasında, tercih edilen iletişimin etki alanı ile de bağlantılı olarak cezaların ağırlığı açısından ayrıma gidilmiştir. Ayrıca, günümüzde artan bir sıklıkla kullanılan internet ve kısa mesaj yolu ile iletişim de, düzenlemenin kapsamına dahil edilmiştir.

Yapılan düzenlemenin, ihlale konu reklamın etki alanı ve idari para cezası arasındaki dengenin korunması amacını taşıdığı görülmektedir. Bununla birlikte, gelecekte yapılacak düzenlemelerde, cezanın belirlenmesi açısından reklamın yayın süresi ve sıklığının da dikkate alınmasının, ihlallerin etkin bir şekilde yaptırıma tabi tutulmaları yönünde yerinde bir yaklaşım olacağı savunulabilir. Reklamın mecrası, ulaşılan hedef kitlenin büyüklüğünü ve bununla bağlantılı olarak reklamın etki alanını belirleyen öncelikli etmenlerden birisi olmakla birlikte, anılan unsurların da, ihlalin oluşturduğu etki açısından önem taşıdığı vurgulanmalıdır¹⁰⁷. Reklamın bir yıl içinde tekrarına bağlanan artan oranda ceza uygulanması imkanı da (TKHK m 77/12), bunun reklamın idari işlemi takiben tekrar yayınına gerektirmesi nedeniyle, belirli bir zaman diliminde yoğun bir şekilde yayınlandığı Reklam Kurulu'nca ilk defa tespit edilen reklamlar açısından anılan etkiyi doğurmamaktadır.

¹⁰⁶ 2017 yılında uygulanacak idari para cezaları için ayrıca bkz. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 77 nci Maddesine Göre 2017 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ", m.3, (RG. T. 03.12.2016, S. 29907). Bu eği endişesini ortaya çıkardığı, her zaman için ihlalin kapsamı ve ağırlığı ile örtüşmeyebileceği endişesini ortaya çıkardı

¹⁰⁷ Bu açıdan, İstanbul gibi yoğun bir nüfusa sahip bir ilde yerel yayın yapan bir televizyon kanalında belirli aralıklarla yoğun bir süreklilik içinde sunulan sağlık alanındaki reklamların, ulusal bir radyo kanalında yapılan sağlık alanındaki bir programda bir kere yer verilen kısa süreli bir tanıtımdan daha sınırlı bir hedef kitleye ulaşmaması, ihtimal dahilindedir.

Kısa mesaj yolu ile yapılan iletişimin de idari para cezasına konu olabileceğinin açık olarak düzenlenmesi, özellikle bu iletişim yönteminin sıklıkla kullanılması karşısında, yerinde bir yaklaşım olarak görülmelidir. Kendisine onayı ve rızası olmaksızın iletilen bu mesajlar karşısında, kişi talep etmediği bir iletişime maruz bırakılmaktadır. Bu iletişim yöntemi aynı zamanda reklam verene, hedef kitlesinde yer alan kişilere özelleştirilmiş reklamları, diğer iletişim mecralarının ulaştıkları hedef kitlenin genişliği nedeniyle zorunlu kıldığı özdenetime dahi gerek duymaksızın, iletme imkanı sağlamaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin idari para cezasının (yirmi beş bin Türk Lirası), yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanallarına ilişkin olanın (on bin Türk Lirası) dahi ötesinde belirlenmesi, düzenlemede bu yöndeki çekincelerin de dikkate alındığının öngörülmesini mümkün kılmaktadır. Kanun'da, internet ve kısa mesaj yolu yapılan iletişim dışında kalan mecralarda yapılan reklamlar için de beş bin Türk Lirası idari para cezasının uygulanacağı belirtilmektedir (TKHK m. 77/12-g). Her ne kadar, günümüzde iletişim açısından sayılan alanlar dışındaki mecraların kullanımı azalsa da, önceden kaydedilmiş olan sesli reklamların, hedef kitleye, bu kişilerin telefonlarının bilgisayar sistemi üzerinden aranarak dinletilmesi gibi reklam yöntemleriyle de uygulamada hala sıklıkla karşılaşıldığı görülmektedir. Belirtilen reklam yöntemleri, Kanun'da diğer mecralara yönelik olarak öngörülen idari para cezasının (beş bin Türk Lirası), her zaman için ihlalin kapsamı ve ağırlığı ile örtüşmeyebileceği çekincesini güçlendirmektedir.

Konuya ilişkin Reklam Kurulu kararları değerlendirildiğinde, reklam mecrasına yönelik geniş ve kapsayıcı bir yaklaşımın uygulandığı görülmektedir. Bu, Kurul'un gelenekselleşen reklam mecralarının dışında yürütülen reklam faaliyetleri hakkında da yaptırım uygulamasına imkan sağlamaktadır. Bu açıdan, bir sosyal paylaşım sitesinde tanıtıma yönelik olarak kullanılan ifadelerin dahi yaptırıma konu edildiği görülmektedir¹⁰⁸. Doğrudan bir hekime veya özel sağlık kuruluşuna ait olmayan bir internet sitesine de, alana ilişkin doktorları sıralayan ve kullanıcılara, belirli kriterlere göre doktor arama, randevu alma ve yorum yapma olanağı sağlayan bir veri tabanı oluşturduğu gerekçesiyle, yayın durdurma cezası verilmiştir¹⁰⁹. Bazı kararlarda ise, reklama konu ilanın mutlaka ilgili sağlık kuruluşu tarafından yayımlanan bir belge üzerinde olmasının aranmadığı anlaşılmaktadır. Bir kamu kurumu tarafından

¹⁰⁸ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/2028, Toplantı Sayısı: 198.

¹⁰⁹ "...Diğer taraftan, söz konusu internet sitesinde yer alan doktor profillerinde; " Randevu Talep Et" butonu ve " Anahtar Kelimeler" gibi uygulamaların da, söz konusu kuruluşlar ve doktorlar lehine talep oluşturduğu... tespit edilmiştir... bu sektörde tanı ve tedavi amaçlı görüşler alınmasının ve reklam teknikleri kullanılarak bu hizmetlerin pazarlanmasının ilgili mevzuata aykırılık teşkil ettiği, diğer taraftan, söz konusu internet sitesinin kayıtlı üyeleri lehine aracılık faaliyetinde bulunduğu...", (Reklam Kurulu, Dosya No: 2015/1151, Toplantı Sayısı: 260, 09.05.2017).

kamuoyunun bilgilendirmesi amacıyla bastırılan “*Hırsızlık Olaylarına Karşı Güvenlik Önlemleri*” başlıklı broşürler hakkında, bu broşürde sağlık kuruluşuna ilişkin olarak yer verilen reklamın, anılan kuruluşa yönlendirme amacı taşıdığı ve sağlık alanındaki bilgilendirme sınırını aştığı gerekçesi ile durdurma kararı verilmiştir¹¹⁰. Belirtilen karar, tamamen sosyal amaç taşıyan ilanların da, baskı ve dağıtım maliyetini karşılamak gibi amaçlarla yer verdikleri reklamlar nedeniyle yaptırma konu olmalarının mümkün olduğuna işaret etmektedir.

Konuya yönelik yargı kararlarının da, reklamın ticari görünüm kazanmaması ve talep yaratılmaması gibi ilkeler açısından Reklam Kurulu ile genel bir görüş birliği içinde olduğu sonucuna ulaşılabilir¹¹¹. Bir hastanenin mesleki dergide yayımladığı makaleler vasıtasıyla hastaların kendisine yönelmesini sağlamaya çalışması¹¹² veya “...*Exsimer laser&lasik tedavisiyle gözlük ve lenslerden kurtulmayı hayal ediyorsanız şimdi tam zamanı*” açıklamasını içeren bir reklam yayınlaması, sunulan hizmete ticari bir görünüm kazandırılması olarak değerlendirilmiştir¹¹³. Bunun yanı sıra, Reklam Kurulu tarafından da, konuya ilişkin yargı kararlarının dikkatle takip edildiği anlaşılmaktadır. Gerekli ruhsat veya eğitimleri olmaksızın sağlık hizmetleri alanında faaliyet gösteren kişilerin reklamlarına ilişkin Reklam Kurulu kararlarında, sıklıkla konuya ilişkin Danıştay

¹¹⁰ Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/1078, 194 Sayılı Toplantı.

¹¹¹ Bu yönde bir kararda şu ifadeler yer verilmektedir: “*Mevzuat hükümlerine göre, sanatını serbest olarak icra eden tabipler ile sağlık kurum ve kuruluşlarının gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacakları ilanlara, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene gün ve saatleri ile ihtisaslarını ve akademik unvanlarını yazabilecekleri, belirtilen hususlar dışında ilan ve reklam veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda ve talep yaratmaya yönelik faaliyetlerde bulunmayacakları, çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.*” (Danıştay 10. Daire, T. 27.3.2009, K. 2009/2340-Kazancı).

¹¹² “... bir mecra kuruluşu olan davacı şirkete ait ... Dergisi ile birlikte ek olarak verilen ve Kanun’a göre reklam veren statüsünde bulunan ... Sağlık Hizmetleri Tic. A. Ş.’ne ait ... Dergisinin 2003 yılı Mart-Haziran sayısında, ... Hastanesi’ne ilişkin olarak, “... Sağlık Grubu yurt dışından hasta transferini yaptı” ve “Anne karnında genetik tanı” başlıklı yazılarda ve derginin tamamına yakın bölümünde yer alan buna benzer yazılarda, hastanede görev yapan doktorların isimlerine ve görüşlerine yer verilmek suretiyle hastaneye ve doktorlara yönlendirme yapıldığı, bazı tıbbi uygulamaların ilk defa bu hastane ve bu hastanedeki doktorlar tarafından gerçekleştirildiği şeklinde ifadeler yer verildiğinden...” (Danıştay, 15. Daire, T. 21.11.2011, K.2011/4167- Kazancı).

¹¹³ “Sağlık hizmeti sunan doktor ve hastanelerin reklam niteliğinde ilan vermelerinin mümkün olmadığı; verecekleri ilanlarda, yaptıkları işe ticari bir nitelik yüklemelerinin de yasaklandığı anlaşılmaktadır. Davacı şirketin, idari para cezası verilmesi ve ticaret unvanının değiştirilmesinden önce, sahip olmadığı bir unvanı kullandığı ve tüketiciyi yanıltıcı reklam yaptığı yazılarda ve derginin tamamına yakın bölümünde yer alan buna benzer yazılarda, hastanede görev yapan doktorların isimlerine ve görüşlerine yer verilmek suretiyle hastaneye ve doktorlara yönlendirme yapıldığı, bazı tıbbi uygulamaların ilk defa bu hastane ve bu hastanedeki doktorlar tarafından gerçekleştirildiği şeklinde ifadeler yer verildiğinden...” (Danıştay, 10. Daire, T. 11.7.2008, K.2008/5696).

içtihadına da atıfta bulunulduğu görülmektedir¹¹⁴.

SONUÇ

Hekimlik mesleğine geçmişten günümüze, haklı olarak atfedilen değer ve bundan kaynaklanan güvenilirliğe bağlı olarak, meslek mensuplarının açıklamalarının toplumun sağlık algısı üzerindeki doğrudan ve yoğun etkisi, alana yönelik ilan ve reklamların önemli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur. 1928 yılında yayımlanan Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dan bu yana, yapılan birçok düzenlemede de, bu sınırlandırmalar etkisini sürdürmüştür.

İlgili mevzuat kapsamında, hekimlerin ve özel sağlık kuruluşlarının yapabilecekleri açıklamalar belirli başlıklarla sınırlandırılmış ve bunun dışında kalan her türlü ilan ve reklam yasaklanmıştır. Hekimler açısından getirilen sınırlandırma, yasa koyucunun temel amacının, hekimin ancak ulaşılabilir/bulunabilir olunmaya yönelik açıklamalarına izin verilmesi olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Bu ölçüt, toplumu bilgilendirici ilanlar yapılması konusunda verilen izin dışında, genel olarak özel sağlık kuruluşları açısından da uygulanmaktadır. Bu yönüyle, hekim veya özel sağlık kuruluşunun, ancak hastalar tarafından kendisine ulaşılabilmesi için zaruri olan bazı temel bilgileri sunmasına izin verilmekte; talep oluşturmaya veya mevcut talebi kendisine yönlendirmeye yönelik açıklamalar yasaklanmaktadır.

Uygulamadaki birçok örnekte, bu sınırın farklı şekillerde aşıldığı tespit edilmektedir. Özellikle, internet siteleri, sosyal medya hesapları veya diğer kanallarda yapılan paylaşımların, son yıllardaki Reklam Kurulu kararlarında ağırlık kazanmaya başladığı görülmektedir. Doğrudan reklama yönelik açıklamaların yanı sıra, teşekkür metinleri veya bilgilendirici açıklamalara da, ihlal oluşturan içerikleri nedeniyle uygulanan yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Reklam Kurulu kararlarında, hizmete ticari görünüm kazandırılması ve mevzuatın izin verdiği sınırların dışına çıkılması, öne çıkan yaptırım nedenleri arasındadır.

Sağlık hizmetlerinde reklama yönelik sınırlandırmanın neticesi, hekimler veya hastaneler arasındaki tercih sürecinde, bunların karşılaştırılmasının ve sunulan hizmetin niteliğin tespitinin, sağlık hizmetini alacak kişiye bırakılmasıdır.

¹¹⁴ "...hükümünün yürütülmesi durdurulmuş olup, daha sonra söz konusu düzenleme Danıştay Onyedinci Dairesinin 28/1/2016 tarihli ve E.2015/12196, K.2016/440 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.... Bu bağlamda; sağlık alanında faaliyeti olmayan kuruluşun inceleme konusu internet sitesinde yapılan tanıtımlar aracılığıyla sağlık alanında faaliyet gösterdiği ve tabip tarafından yapılması gereken ve güzellik salonlarında uygulanmasına izin verilmeyen tıbbi işlemleri uyguladığı yönünde bir algı oluşturduğu...", (Reklam Kurulu, Toplantı No: 257, 14.02.2017).

Kişinin sunulacak hizmete ve tedavi sürecine ilişkin gereksinimlerinin, ancak hekim muayenesi ve ilgili tetkikler neticesinde anlaşılabilir olması, belirtilen sınırlandırılmasının nedenleri arasında gösterilebilir. Hekimlerin yetkinlik ve mesleki hünelerine ilişkin ticari iletişimin yapılamaması, hedef kitlenin konuya ilişkin olarak çevresinden edindiği bilgilerin bu tercih sürecindeki önemini arttırmakta¹¹⁵ ve reklam verenlerin, yaptırım uygulanma ihtimalinin daha az olduğu yeni reklam yöntem ve mecraları arayışı içinde olmaları sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

Adak, Agah: **Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet**, Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, S. 4, 1975.

Aygün, Ezgi: **Sağlık Sektöründe Reklam**, Ankara 2007.

Avşar, Zakir/ Elden, Müge: **Reklam ve Reklam Mevzuatı**, Ankara 2004.

Büyükcay, Yusuf: **Hekimin Reklam Yasağı**, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007.

Demir, Mehmet: **Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı**, (Ayrım), Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (ed. Ünal, Mehmet vd.), Ankara 2009.

Demir, Mehmet: **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, (Sorumluluk), AÜHF Dergisi, C. 57, S. 3, 2008.

Demir, Mehmet: **Sağlık ve Tıp Hukuku Uluslararası Kaynaklar**, (Kaynaklar) Ankara 2006.

Dişbudak, Aylin: **Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Er, Ünal : **Sağlık Hukuku**, Ankara 2008.

Ersoy, Verda/ Güler, Mustafa/ Giritlioğlu, Hakan: **Sağlık Hizmeti Sunumunda Reklam ve Tanıtım**, Ankara, 2008.

Göle, Celal: **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, (Aldatıcı Reklam), Ankara, 1983.

Göle, Celal: **Türk Hukukunda Reklamların Ön-Denetimi Sorunu**, (Ön-Denetim), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C.40, S.1, 1985.

¹¹⁵ Bu konuda bkz. Uzunal, B./Uydacı, M.: **Sağlık Kurumlarında Ağızdan Ağıza Pazarlama ve Bir Pilot Çalışma**, Öneri Dergisi, C. 9, S. 34, Temmuz 2010, s. 87-95.

Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku** (Tıp), Ankara 2007.

Hakeri, Hakan: **Tıp Hukukunun Temel Kavramları** (Temel Kavramlar), Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler, İstanbul 2007.

Harte-Bavendamm, Henning/ Henning-Bodewig, Frauke: **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, 4. Baskı, 2016.

İnal, Emrehan: **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, 2000.

İnal, Emrehan/ Başak, Baysal: **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2008.

Longman, K. A.: **Advertising**, New York 1971.

Mandell, Maurice I.: **Advertising**, New Jersey 1974.

Özay, Merter: **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2006.

Özdemir, Semih S.: **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul 2013.

Özkan, Hasan/Akyıldız, Sunay: **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Ankara, 2008.

Pınar, Hamdi: **Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2 (Özel Sayı), 2012,

Spickhoff, A.: **Medizinrecht**, 2. Baskı, 2014.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara 2017.

Türkmen, Ali: **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun 2009.

Uzunal, Beyza/Uydacı, Mert: **Sağlık Kurumlarında Ağızdan Ağıza Pazarlama ve Bir Pilot Çalışma**, Öneri Dergisi, C. 9, S. 34, Temmuz 2010.

Ürey, Yelda: **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Kurul Kararları:

-Reklam Kurulu: http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2

<http://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>

-RTÜK: <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari>

KUMAR OYNAMAMA VE KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA FİİLLERİ

Acts of Gambling and Providing Place and Facility for Gambling

Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT¹

Geliş Tarihi: 15.01.2018

Kabul Tarihi: 22.03.2018

ÖZET

Kumar oynanması 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde kabahat olarak; kumar oynanması için yer ve imkân sağlama ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Kumar kabahatinin fiil unsurunu kumar oynamak oluşturmaktadır. Suçun ise yer sağlama ve imkân sağlama olmak üzere iki hareketi bulunmaktadır. Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlama, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi şeklinde suçun üç farklı nitelikli hali bulunmaktadır. Çalışmada bu fiiller, kumar kavramı ile birlikte ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kumar, kumar oynama, kumar kabahati, kumar için yer ve imkân sağlama, internet ortamında kumar, örgütün faaliyeti çerçevesinde kumar.

ABSTRACT

Gambling is regulated as misdemeanor in Article 34 of the Misdemeanors Code No. 5326. The providing place and facility for gambling have been accepted as a crime in Article 228 of the Turkish Criminal Code No. 5237. The act of gambling misdemeanor is to gamble. Crime, on the other hand, have two actions: providing place and providing facility. There are three different qualities of crime in the form of the providing place and facility for children to gamble, committing this crime by using information systems and committing it within the framework of an organizational activity. In this study, these acts were examined together with the concept of gambling.

Keywords: Gamble, gambling, gambling misdemeanor, providing place and facility for gambling, gambling on the internet, gambling in the framework of an organization

GİRİŞ

Kumar; psikoloji, sosyoloji, tıp ve hukukun inceleme alanında yer alan çok yönlü bir kavramdır. Ahlaka aykırı bir davranış olarak telakki edilen kumarın, sosyal hayat açısından zarar verici nitelikte bir fiil teşkil ettiği açıktır. Nitekim kumarda bir taraf kazanırken diğer taraf kaybetmektedir. Kaybeden taraf, yaşadığı maddi kayıp dolayısıyla psikolojik, ailevi ve sosyolojik açıdan sorunlar yaşamakta; çoğu zaman borç altına girerek toplumsal açıdan da bir zarar ortaya çıkarmaktadır. Kazanan taraf ise yaşadığı hazdan ve maddi getiriden dolayı kumara yönelik bir bağımlılık geliştirebilmekte ve başka oyunlarda kaybedebilmeyi göze alarak maddi kayıplar yaşayabilmektedir. Bu sebeple kumarın nihayetinde bir yarar sağlamadığı ortadadır.

¹ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, bbabayigit@ybu.edu.tr

Kanun koyucu, kumarın bu zararlarının önüne geçebilmek ve genel ahlakı koruyabilmek için 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34'te kumar oynama fiiline kabahat olarak yer vermiş; kumar oynanması için yer ve imkân sağlamanın yarattığı tehlikenin daha fazla haksızlık içermesi sebebiyle ise bu fiilleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 228'de suç olarak düzenlemiştir.

Çalışmada kumar oynama ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiillerinin sınırları ve mahiyetine ilişkin tespitlerde bulunmak amaçlanmıştır. Bunun için ilk önce kumar kavramı ceza hukuku bakımından irdelenmiştir. Bu bağlamda kumar kavramı, doktrinde yer alan farklı görüşler çerçevesinde değerlendirilerek ele alınmıştır. Ardından ceza hukuku kapsamında kumar oynama fiili ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra; kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun yer sağlama ve imkân sağlama fiilleri incelenmiştir. Devamında 7258, 6132 ve 1072 sayılı kanunlarda yer alan fiiller inceleme konusu yapılmıştır. Nihayet kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun nitelikli halleri ele alınmıştır. Konu kumarın sadece ilgili fiiller kapsamında incelenmesiyle sınırlı tutulup bu kapsamda suçun diğer unsurları, kusurluluk ve suçun özel görünüş şekilleri, konunun genişliği dikkate alınarak çalışmamızda irdelenmemiştir.

1. GENEL OLARAK KUMAR KAVRAMI

Kumar, sözlükte “*ortaya para koyarak oynanan talih oyunu*”² ve “*para üzerine oynanan talih oyunu*”³ şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Kumar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinin 6. fıkrasında⁵ da sözlük anlamına

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts, Erişim Tarihi 31.10.2017.

³ “*Kazanç amacıyla oynanan oyun olup, bütün kâğıt oyunları buraya girdiği gibi, rulet şeklinde oyunlar, hatta at koşuları da girer. İng. Gambling; Fr. Le jeu*” **Tuğlacı, Pars** (1971) 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, 2. Cilt, İstanbul, Pars Yayınevi, s. 1700.

⁴ Ceza hukuku bağlamında kumar kavramıyla tam olarak uyumluluk arz etmemesine karşın buraya aktarmakta fayda gördüğümüz bir tanımi de Akev yapmıştır: “*Kanaatimizce kumarı şu şekilde tarif etmek kabildir: müteaddit şahısların, eğlenmek, fikrî veya bedenî mahareti inkişaf ettirmek veya kazanç temin etmek maksadiyle, müteakiblen ve az veya çok nispette maharet, tertip veya talihe bağlı makûs şartlar dahilinde, aralarından kazanacak olanlara bir edim vadettikleri akittir.*” **Akev, Sahir Talat** (1964) Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 44.

⁵ **Karakehya, Hakan** (2013) ‘Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 700; **Altıparmak, Cüneyd** (2008) ‘Kumar Kabahati’ Terazi Hukuk Dergisi, S. 19, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 135; **Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumuna Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 362; **Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 562; **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2014) Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 6843, 6845; **Gören, Sami** (2012) En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, s. 1264; **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer** (2008) Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza

benzer şekilde tanımlanmıştır: “Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır”. Yine benzer şekilde 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 569. maddesinde kumar şu şekilde tanımlanmaktadır⁶: “Ceza kanununun tatbikinde kumar, kazanç kasdiyle icra kılınıp kar ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır”. Mülga ceza kanunumuzdaki kumar tanımının neredeyse birebir alınarak yürürlükteki ceza kanununda da kabul edildiği görülmektedir⁷.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cürümler ile kabahatlere yer verilmişti ve kumar oynamak, niteliği itibarıyla kanunda kabahat olarak yer almaktaydı (765 sayılı TCK m. 567, 568)⁸. 765 sayılı TCK dönemindekiyle uyumlu bir şekilde yürürlükteki Kabahatler Kanunu’nda kumar oynamak kabahat olarak⁹ (KK m. 34), diğer yandan kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak ise Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 228).

Kumar kabahati KK m. 34’te şu şekilde düzenlenmiştir¹⁰: “(1) Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir karar verir”.

Kanunu Yorumu, C. 4, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 3387, 3388; Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin (2004) Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayınevi, s. 947, 948; Gündel, Ahmet (2009) Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara, s. 4533; Şahbaz, İbrahim (2016) Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 2571; Donay’ın “Yeni yasa bir yenilik olarak “kumarı” tanımlamıştır” şeklindeki ifadesi 765 sayılı TCK’da da tanımının yapılması dolayısıyla tutarsızlık arz etmektedir. Bkz. Donay, Süheyl (2007) Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 331.

⁶ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin (1958) ‘Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis’ Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, s. 137; Özker, Nihat (1946) Suç-Ceza ve Sosyete Bakımlarından Kumar, İzmir, Ticaret Basımevi, s. 11, 15; Erem, Faruk (1993) Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 3, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 2632, 2633; Özek, Çetin (1963) ‘Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 1-2, s. 123, 124; Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık (1998) Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 6284; Çağlayan, M. Muhtar (1970) En Son Tâdilleriyle Birlikte Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, s. 1240; Arslan/Azizağaoğlu, s. 949.

⁷ Arslan/Azizağaoğlu, s. 948.

⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 361; Özker, s. 12; Özek, s. 124; Karakehya, Hakan (2013) ‘Kumar Kabahati (Kabahatler K. m. 34)’ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 229-242; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6282.

⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 362.

¹⁰ Altıparmak, s. 134, 135.

2. KUMAR OYNAMA FİİLİ

Yukarıda sözü edilen düzenlemelerin lafzından da anlaşıldığı üzere ceza hukuku bağlamında kumarın iki temel özelliğe sahip olması gerekmektedir¹¹: Bunlardan ilki kazanç sağlama amacı, ikincisiyse kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır¹².

Kazanç sağlama amacıyla, oyun oynayan kişi veya kişilerin oyun sonucunda maddi bir kazanç elde etmeyi hedeflemesi; kâr ve zararın talihe bağlı olmasında ise oyun oynayan kişi veya kişilerin kişisel yetenek, deneyim ve zekasından ziyade rastlantısal faktörlerin oyun üzerinde etkili olması ifade edilmektedir.

2.1. Kazanç Sağlama Amacı

Kazanç sağlama amacının kapsamı maddi bir kazanç olarak kabul edilmektedir¹³. Bu sebeple kumar, oynanırken ekonomik açıdan bir gelir elde edilmesi amacıyla oynanmalıdır; manevi kazançlar bu kapsamda bir kazanç olarak kabul edilmemektedir¹⁴. Kumarda oyunu kazanan maddi bir kazanç elde ederken kaybeden de maddi bir kayıp yaşamaktadır¹⁵.

Suçun oluşması için kazanç amacıyla oynanması yeterli olup ayrıca bir kazanç elde edilmiş olmasına gerek yoktur¹⁶. Sırf eğlenmek amacıyla, kazanç amacı olmaksızın oyun oynanması kumar olarak değerlendirilemez¹⁷.

¹¹ Feyzioğlu, s. 137; Özek, s. 125-129; Erem, s. 2633; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 700; Altıparmak, s. 135; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6843, 6845; Gören, s. 1264; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6285; Arslan/Azizağaoğlu, s. 948, 949; Şahbaz, s. 2571.

¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6843.

TCK m. 228'in madde gerekçesinde bu hususla ilgili şu ifadeler yer almaktadır: “Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz”.

¹³ Özek, s. 128; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 701; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6846; Gören, s. 1264; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6285; Özker, s. 16, 17; Feyzioğlu, s. 58; Gündel, s. 4533.

¹⁴ Erem, Şerh, s. 2633; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6846; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 701; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6285.

¹⁵ Gören, s. 1264.

¹⁶ Özek, s. 128; Özker aksi görüşte olup bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Burada şunu da ilâve edebiliriz ki, fiilin mahiyeti ile beraber menfaat zaviyesinden de umumî bir menfaat gaye düşünülmüş ve sağlanmış olmalıdır.” Özker, s. 16; Oysa fiil neticesinde kâr elde edilememiş olması ve hatta zarar edilmiş olması kazanç amacını ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. Gündel, s. 4533.

¹⁷ TCK m. 228 gerekçesi; Feyzioğlu, s. 145; Hafizoğulları/Özen, s. 362; Özek, s. 128; Gören, s. 1264; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6846; Parlar/Hatipoğlu, s. 3388; Arslan/Azizağaoğlu, s. 948, 949; Altıparmak, s. 135; Şahbaz, s. 2571.

“Sanığın tombalay her hangi bir ücret almadan, talep eden müşterilerine oynamak için vermekten ibaret eyleminde, haklarında ön ödeme nedeniyle takipsizlik kararı verilen

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kazancın mutlaka para cinsinden olması gerekmez. Önemli olan, kazanç amacının konusunun maddi değeri haiz bir eşya olmasıdır¹⁸. Bu kapsamda, kumarda kazanç amacı olarak masanın hesabının ödenmesi¹⁹ gibi kaybedene borç yükleyici haller ile araba, arsa, ev, altın yüzük, bilgisayar, cep telefonu, sigara²⁰, yemek²¹ gibi maddi değeri haiz eşyaların ortaya konulması halinde de kazanç amacı bulunmaktadır²².

kişilerin kumar oynadıklarını gösteren somut delil elde edilemediği cihetle unsurları oluşmayan atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” Yargıtay 2. CD, E./K. 4068/7787, Kar. Tar. 03.06.1999 (**Meran, Necati** (2007) Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 1131).

“Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, sanık ve tanıkların aşamalarda, olay günü eğlence amacıyla tombala oynadıklarını beyan etmeleri ve masada para bulunmadığının anlaşılması karşısında; sanığın atılı suçu işlediğine dair mahkumiyete yeterli şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi” Yargıtay 8. CD, E. 2015/4381, K. 2016/1825, Kar. Tar. 18.02.2016 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 12.01.2018).

¹⁸ **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 701; **Gören**, s. 1264.

¹⁹ **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 701. *Yaşar/Gökcan/Artuç* aksi görüştedir: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6846.

²⁰ Yargıtay sigara kazanma amacına yönelik oynanan oyunların kumar niteliğini haiz olduğu yönünde kararlar vermiştir:

“Sanık, torbadan çektiği numaralara göre bir paket sigara verdiği ve boş numaralar çekildiği takdirde oynayanlardan para aldığını ikrar etmesine nazaran, kumar oynatmak suçu unsurlarının tekevvün ettiği gözetilmeden beraet kararı verilmesi yolsuzdur.” Yargıtay 2. CD, E./K. 3419, Kar. Tar. 11.04.1946 (**Çağlayan**, s. 1237).

“... sanığın işlettiği kahvehanede sigarasına yanık tabir edilen kumar oyununu oynattığı sabit olmasına rağmen, atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” Yargıtay 2. CD, E. 2010/23408, K. 2012/13462, Kar. Tar. 10.05.2012 (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6859).

“Olay günü kolluk görevlilerince saat 21.20’de ihbar üzerine yapılan denetimde, sanığın işlettiği lokalde poker tabir edilen kumar oyununun oynandığının tespit edilerek masadaki iskambil kağıtları ile para yerine kullanılan değişik renklerdeki 60 adet oyun puluna el konulduğunun anlaşılması ve sanık ile oyun oynayan tanıkların sigarasına oyun oynandığını söylemeleri karşısında; sanığın işletmeciliğini yaptığı lokalde kumar oynanmasına yer ve imkan sağladığı sabit olduğu halde, dosya kapsamına uygun düşmeyen soyut nitelikteki gerekçelerle sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” Yargıtay 8. CD, E. 2015/4196, K. 2015/23945, Kar. Tar. 04.11.2015 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 20.12.2017).

²¹ *“... kahvehanenin dip masası üzerinde 5 yazılı 16 adet pul ve oyun kağıtların bulunduğu tespit edilmesi ve masada oturan kişilerin soruşturmadaki beyanlarında sigara ve yemek karşılığı oynadıklarını beyan etmeleri karşısında, kovuşturma evresinde oyun oynayan tanıklar ile tutanak düzenleyen polis memurları dinlendikten sonra, sanığın sorumluluğunda bulunan kahvehanede kazanç amacıyla oyun oynandığına dair deliller irdelenip değerlendirilmeden, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde sanığın beraatine karar verilmesi”* Yargıtay 2. CD, E. 2011/16611, K. 2012/47188, Kar. Tar. 29.11.2012 (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6859).

²² Benzer doğrultuda bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6846; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3388; Normalde kumar niteliğinde olmamasına karşın belli bir kazanç amacıyla oynanırsa kâğıt oyunları ve

Karakehya, amaçlanan kazancın çok az miktarda ekonomik değere sahip olması halinde oynanan oyunun ceza hukuku anlamında kumar olarak kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir²³. Ancak yazar, devamında CMK m. 223/4-d hükmüne²⁴ atıfta bulunarak kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu hallerin kumar olarak kabul edilmemesi durumunda kumar kabahatinin gerçekleşmesi için gereken unsurların yerine gelmediği kabul edilmiş olunur. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun oluşması açısından ise kumarın oynanmasının şart olmaması sebebiyle, amaçlanan kazancın çok az miktarda olmasından bahisle bu suçun oluşmayacağını söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Böyle bir durumda kanuni tanımdaki kumarın gerçekleşmediği kabulünde kumar kabahati oluşmaz. Eğer bir şekilde kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu açısından da kumarın yokluğu sebebiyle suçun oluşmadığı sonucuna varılırsa CMK m. 223/2-a hükmü²⁵ gereği beraat kararının verilmesi gerekir. Nitekim CMK m. 223/4-d hükmü, bir suç meydana gelmesine karşın o suçun haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde uygulama alanı bulur.

Kanaatimizce amaçlanan kazancın çok az miktarda ekonomik değere sahip olması halinde kumar oynama fiili hukuka aykırı ve haksız bir fiil olma vasfını devam ettirmektedir; ancak bu fiil toplum açısından hoşgörüle karşılanan, müsamaha (tolerans) gösterilen bir davranış olarak karşılık bulmakta ve bu sebeple haksızlık içeriği itibarıyla cezaya layık olmamaktadır²⁶. İleride

okey oynamak da kumar niteliğini haiz olur. Bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6846.

²³ **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 701; *Erem, Yaşar/Gökcan/Artuç, Savaş/Mollamahmutoğlu, Parlar/Hatipoğlu ve Feyzioğlu*'nun kazancın az veya çok olmasının önemli olmadığı yönündeki görüşleri için bkz. **Erem**, s. 2633; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6846; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 6285; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3388; **Feyzioğlu**, s. 147; **Özek**, İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin az miktarda kazançla oynanan oyunların kumar teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Özek**, s. 128.

²⁴ CMK m. 223/4: "İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) Etkin pişmanlık,

b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,

c) Karşılıklı hakaret,

d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,

Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir."

²⁵ CMK m. 223/2: "Beraat kararı;

a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,

b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,

c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,

e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

Hallerinde verilir."

²⁶ *Hakeri*, suçun kanuni tanımında yer verilmesine rağmen gerçekleştirildiğinde cezaya layık görülme fiiller için "ceza hukukunda önemsiz hareketler" tabirini kullanmış ve "kumara konu paranın miktarının azlığından kaynaklanan önemsizlik" dolayısıyla ceza verilmeyeceği

açıklanacağı üzere, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun oluşabilmesi için ise kumarın oynanması gerekmemektedir. Bu sebeple, amaçlanan kazancın çok az miktarda değere sahip olması halinde bile gereken şartlar sağlanmışsa bu suç oluşur²⁷. Zira hem KK m. 34'teki kumar kabahati hem de TCK m. 228'deki suçun oluşabilmesi için kazancın az veya çok olması bir önemi haiz değildir. Hatta kumarın oynanıp oynanmaması fark etmeksizin kumar oynanması için yer ve imkânın sağlanması, suçun oluşması bakımından gerekli ve yeterlidir. Kumar kabahati açısından haksızlık içeriğinin azlığından dolayı ceza verilmemesine ilişkin hükmün uygulanması değerlendirildiğinde görülmektedir ki, CMK m. 223/4-d hükmünün sadece suçlar hakkında uygulama alanına sahip olması sebebiyle bu hüküm kumar kabahati açısından uygulama alanı bulamaz. Sonuç olarak, kumarda amaçlanan kazancın çok az miktarda ekonomik değere sahip olması KK m. 34 bakımından CMK m. 223/4-

durumlardan bahsetmiştir. Bkz. **Hakeri, Hakan** (2007) 'Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 69, s. 84, 86. **Önder**, örf ve adet hukukunun ceza hukukuna etkisinden bahsederken Yargıtay 2. CD'nin E./K. 8132/8403 numaralı 30.12.1981 tarihli kararını "kumar suçunun bütün unsurları gerçekleşmiş olsa dahi, ortadaki paranın önemsizliği ve oyuna iştirak edenlerin bu oyunu eğlence amacı ile oynamaları halinde, fiil suç teşkil etmeyecektir" ifadeleriyle aktarmış ve eğlenmek amacı ile önemsiz para ile oynanan kumarın örf ve adet niteliğini kazanması sebebiyle suçun yorumunda daraltıcı bir etki yarattığını ifade etmiştir. Bkz. **Önder, Ayhan** (1991) Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 117.

Ancak **Özgenç**, suçun kanuni tanımında yer verilmesine rağmen gerçekleştirildiğinde cezaya layık görülmeden fiiller ile örf ve adetlere ilişkin bizim de katıldığımız şu belirlemelerde bulunmaktadır: "Örf ve adetler, hukuka uygunluk sebebi oluşturmazlar. Örf ve adetlere dayalı olarak gerçekleştirilen fiiller, toplumda hoşgörülle, müsamahayla, toleransla karşılanabilirler. Bir davranışın toplumda hoşgörülle karşılanması bunun hukuka uygun olduğunu kabule gereğe teşkil etmez. Hoşgörü (müsamaha, tolerans), esasen bir tasvip edilemezlik ifade etmektedir. Başkasına ait bir davranışın hoş görülmesi, bu davranışla ilgili bir tasvipsizlik yargısına işaret etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, kişi kendi telakkilerine göre tasvip etmediği, doğru bulmadığı bir davranışın başkası tarafından gerçekleştirilmesini hoş görmektedir; bu davranışı müsamaha ile, toleransla karşılamaktadır. ... Başlı başına hoşgörü, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Bir davranışın salt hoş görülmesi, bunun hukuka uygun olduğunu kabulün gerekçesi olamaz. ... Hoşgörü ile karşılanan fiil ve davranışlar, kişilerin tahammül sınırını zorlamadığı sürece, hukuki yaptırım uygulanmasını gerektirmez. Bir fiil ve davranışın hoşgörülle karşılanması halinde, hukuki yaptırım uygulanmasını gerektirecek boyutta bir haksızlığın varlığından söz edilemez." **Özgenç, İzzet** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 297, dn. 407.

²⁷ Yargıtay kaybeden oyuncunun çay paralarını ödediği bir "poker" oyununun kumar niteliğini haiz olduğu ve yer ve imkân sağlayanların TCK m. 228'den sorumluluğuna gidilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir: "Tanıklar; Resul Ç., Atılğan T., Yalçın B. ve Hasan Ö.'in ifadelerinde saniğin işlettiği kahvehanede poker oyunu tabir edilen kumar oyunu oynadıklarını ve oyunu kaybeden oyuncunun çay paralarını ödediğini beyan etmeleri karşısında, saniğin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu işlediği anlaşılmasına rağmen yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi" Yargıtay 2. CD, E. 2010/18160, K. 2012/8472, Kar. Tar. 04.04.2012 (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6858).

d hükmünün uygulanmasını gerektirecek bir sonuç doğurmamaktadır. TCK m. 228'deki suç bakımından ise suçun oluşabilmesi için kumarın oynanması gerekmediğinden, oynanan kumarda kazancın az olması sebep gösterilip suçun haksızlık içerinin azlığı sonucuna ulaşarak CMK m. 223/4-d hükmünün uygulanması yoluna gidilemez.

Kazanma hırsının tatmini²⁸ gibi, sırf içsel hazzın karşılandığı ve maddi bir kazancın söz konusu olmadığı durumlarda, ceza hukuku anlamında kumardan bahsedilemez. Yine kaybedenin camdan dışarı bağırmasının veya özür dilemesinin kararlaştırılması gibi, kaybedenin davranışta bulunmakla yükümlendirilmesi hallerinde de ceza hukuku anlamında kumar söz konusu olmamaktadır. Nitekim bu hallerde kararlaştırılan davranışın yaptırılması ve bu sebeple kazananda bir üstünlük hissini söz konusu olması sebebiyle manevi bir kazançtan bahsedilebilirse de oyun neticesinde elde edilmesi amaçlanan maddi bir kazanç söz konusu olmadığından bu tür oyunlar kumar niteliğini haiz değildir.

2.2. Kâr ve Zararın Talihe Bağlı Olması

Kumarın içermesi gereken bir diğer özellik, kazancın talihe bağlı olmasıdır²⁹. Kazancın talihe bağlı olmasından anlaşılması gereken; kumar oynanırken kişisel yetenek, deneyim, zeka gibi faktörlerin oyunun sonucu üzerinde ya az etkili olması veya hiç etkili olmaması; talihin ise oyunun sonucu üzerinde ya büyük oranda ya da tamamen etkili olması gerekliliğidir³⁰. Talihe bağlı oyunlarda sonuç ihtimallere bağlıdır³¹ ve rastlantısal faktörler etkilidir³²; yani kâr ve zararın nedeni belli değildir³³. Bu oyunlarda kişi neden ile sonuç arasındaki sürece müdahale ederek sonucu kendi yetenekleriyle değiştiremez. Sonuç tamamen veya büyük oranda şansa bağlıdır.

Yeteneğin, deneyimin ve zekanın yarıştırdığı oyunlar kumar kapsamında değerlendirilmez³⁴. Örneğin spor müsabakaları bu kapsamdadır. Basketbol,

²⁸ Karakehya, Kumar Oynanması, s. 701.

²⁹ Özek, s. 125; "Saniğin kahvehanesinde şans ve talihe dayalı kumar niteliğinde oyun oynattığı ..." Yargıtay 2. CD, E. 2006/7050, K. 2006/15699, Kar. Tar. 02.10.2006 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

³⁰ Erem, s. 2633; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 701; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6847; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6285; Feyzioğlu, s. 144; "Fırıldak çevirmek suretiyle oynanan oyun, tamamen baht ve talihe bağlı oyunlardan olup, bütün anâsiriyle kumar mahiyetinde bulunduğu nazara alınmaksızın bilirkişinin kanunî mesnetten âri mütalâasına müsteniden beraet kararı verilmesi yolsuzdur." Yargıtay 2. CD, E./K. 19224/8778, Kar. Tar. 30.11.1954 (Çağlayan, s. 1236).

³¹ Gören, s. 1264.

³² Karakehya, Kumar Oynanması, s. 702.

³³ Özek, s. 125; Erem, s. 2634.

³⁴ Özker, s. 15; Erem, s. 2633; Özek, s. 125-127; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6847; Parlar/Hatipoğlu, s. 3388; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 6273, 6285; Altıparmak, s. 137; Feyzioğlu,

futbol, voleybol, yüzme, koşu gibi oyunların spor müsabakasını oynayacak kişilerce sonucunda kazanç amaçlanarak oynanması halinde kumardan bahsedilemez. Nitekim bu oyunlarda oyuncular kendi yetenek, deneyim ve zekalarına göre sonuç üzerinde etkili olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, eğer üçüncü kişilerce bir müsabakanın neticesinin tahmini üzerine ortaya maddi bir kazanç vaadi koyulursa bu vaadi koyanların fiili, ceza hukuku anlamında kumar teşkil eder³⁵. Çünkü her ne kadar spor müsabakası içindeki oyuncular kendi yetenek, deneyim ve zekalarını ortaya koyarak bir rekabet içinde olsalar da üçüncü kişiler oyunun gidişatına müdahale edemediklerinden sonucu tamamen talihe bağlı bir faaliyet üzerinde maddi kazanç amaçlamaktadırlar. Bu da TCK m. 228/6'daki kumar tanımına uymaktadır.

Yine örneğin silahla bir hedefi tutturmaya çalışmak, basket potasına atış yaparak topu çemberden geçirmeye çalışmak, atılan halkaları şişelere geçirmeye çalışmak³⁶, satranç oynamak³⁷, yeteneğe ve zekaya dayalı bilgisayar oyunları oynamak, en çok içkiyi içmeye çalışmak³⁸, üç su şişesini tek atışta devirmeye çalışmak gibi oyunlarda kişisel yetenekler, deneyim ve zeka ön planda olduğundan bu oyunlar kumar olarak değerlendirilmez. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, oyunun sonucu üzerine bu oyunları oynayan oyuncular dışındaki kişilerce maddi bir kazanç elde edilmesi amaçlanırsa, amaçlanan maddi kazanç talihe bağlı olduğundan bu kazanç amacıyla hareket edenlerin fiili kumar teşkil edecektir.

Talihle bağlantılı olarak ele alınması gereken bir diğer husus da kişilerin fiilinin kumarı değil, dolandırıcılık suçunu (TCK m. 157) oluşturacağı hallerdir³⁹. Karşılıklı kumar oynamayı kararlaştıran taraflardan birinin hileli zar gibi bir kumar aleti kullanarak veya başka hileli davranışlarda bulunarak oyun oynaması halinde, kumar için aranan talih unsuru ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda kumar kabahati değil, dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilir. Hilesiz oynayan diğer oyuncular ise kumar kabahatinden sorumludur⁴⁰.

s. 139; Çağlayan, s. 1229.

³⁵ Özek, s. 142.

³⁶ "Atılan halkaların şişelere geçirilmesi baht ve talihten ziyade atanın maharetine bağlı bulunmasına göre, fiilin kumar mahiyetinde olup olmadığının düşünülmemesi yolsuzdur." Yargıtay 2. CD, E./K. 3114/3535, Kar. Tar. 11.02.1937 (Çağlayan, s. 1237).

³⁷ Feyzioğlu, s. 139. Benzer örnekler için bkz. Karakehya, Kumar Oynanması, s. 702; Feyzioğlu, s. 139, 140.

³⁸ Erem, s. 2633; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 6285.

³⁹ Özek, s. 126, 153; Erem, s. 2633; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6847; Parlar/Hatipoğlu, s. 3388; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 708; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 6285.

⁴⁰ Özek, s. 126.

3. KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA SUÇUNA GENEL BAKIŞ

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiillerini incelemeye geçmeden önce bu fiilleri suç olarak düzenleyen TCK m. 228'deki suç hakkında genel bilgilerin ve suçun özelliklerinin ortaya koyulmasında yarar görülmektedir.

3.1. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçuna İlişkin Genel Bilgiler

Bu suç, 765 sayılı TCK'da "Kumar" başlığıyla düzenlenmişti⁴¹. 5237 sayılı TCK'da ise "Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama" başlığıyla TCK m. 228'de düzenlenmiştir:

"Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama

Madde 228- (1) Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

(3) Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(4) Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(6) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır."

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde üç ve dördüncü fıkralarda yer alan hükümler bulunmaktaydı ve suç dört fıkra olarak düzenlenmişti. Üç ve dördüncü fıkra hükümleri 15.08.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 139. maddesi ile TCK'ya

⁴¹ 765 sayılı TCK m. 567: "Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterirse bir aydan altı aya kadar hafif hapis ve 250 liradan 500 liraya kadar hafif para cezasına ve tekrürü halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve 500 liradan 1.000 liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur.

Kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarıyan veya kumar oynamaya tahsis olunan mevat ve alat ile ortada bulunan eşya ve para zapt ve müsadere olunur.

Fail:

1. Bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu;

2. Birinci fıkrafta beyan olunan kabahatin irtikabında kumar oynayanlara karşı banko tutan olduğu takdirde yukardaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükmolunur ve bu son halde üç aya kadar meslek ve sanatın tatili cezası da ilave edilir."

eklenmiştir. Bu fıkralar öncesi gerek suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi gerekse örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde birinci fıkrada yazılı cezalarla failerin cezalandırılması yoluna gidiliyordu. Ancak yeni fıkra hükümleriyle artık suçun bu kapsamda işlenmesi halinde farklı cezalar uygulanacaktır. TCK'nın 228. maddesine eklenen fıkra hükümleri suçun cezasını artıran nitelikli hallerdir⁴².

3.2. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçunun Özellikleri

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunda fiil, kumar oynanması için yer ve imkân sağlamaktır⁴³. Suçlar, suçun kanuni tarifindeki fiilin niteliğine göre tasnif edilebilmektedir⁴⁴. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu fiilin niteliğine göre çok⁴⁵, birleşmiş⁴⁶, serbest⁴⁷ hareketli ve kesintisiz (mütemadi)⁴⁸ bir suçtur. Yer ve imkân sağlama şeklinde iki hareket içermesi sebebiyle çok hareketli; suçun meydana gelebilmesi için iki hareketin de

⁴² Suçun nitelikli halinde, suçun temel halindeki bütün unsurlar yer almakla birlikte, suçun cezasını artıran veya azaltan “*nitelikli unsurlara*” da yer verilmektedir. Bu nitelikli haller fiilin işleniş tarzı, fiilin işlendiği yer veya zaman, fiilin niteliği, mağdurun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilin işlenişleriyle güdülen amaç veya saike göre tasnif edilebilmektedir. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 210-213; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 139-143.

⁴³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 363; **Özen, Mustafa** (2007) ‘Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu’ Terazi Hukuk Dergisi, S. 15, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 73; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 706; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6845; **Gören**, s. 1264; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3387; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 949.

⁴⁴ **Artuk, M. Emin/Gökcan, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 253.

⁴⁵ Çok hareketli suçlar hakkında açıklama ve örnekler için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 171; **Koca/Üzülmez**, s. 121; **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, s. 254-256.

⁴⁶ Birleşmiş hareketli suçlar hakkında açıklama ve örnekler için bkz. **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, s. 254.

⁴⁷ **Özen**, s. 73. TCK m. 228'deki suçun kanuni tanımında yer verilen fiilin “*ne tarz bir fiil olduğu*”, yani “*hareketin şekli, suçun nasıl bir hareketle işlenebileceği hususunda bir özelleştirme*” yapılmamıştır. Böyle bir özelleştirme yapılması halinde “*o suçu oluşturan hareketlerin somutlaştırılması*” söz konusu olur. Suçun kanuni tanımında böyle bir somutlaştırma yapılmışsa bu suçlara bağlı hareketli suçlar denir. Aksi halde serbest hareketli suç gündeme gelir. Ayrıca suçun temel şekli serbest hareketli bir suç olmasına karşın nitelikli hali bağlı hareketli olabilir. Serbest ve bağlı hareketli suçlar hakkında açıklama ve örnekler için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 171-172; **Koca/Üzülmez**, s. 121-122; **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, s. 265, 266. TCK m. 228'deki yer ve imkân sağlama fiillerinin tarzı, yani bu fiillerin “*nasıl, ne şekilde*” gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda kanunda bir belirleme yapılmadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur. Nitekim yer ve imkân sağlama fiilleri her suretteki yer ve imkân sağlama şeklinde gerçekleştirilebilir. Ayrıca TCK m. 228'deki suçun temel şekli serbest hareketli olsa da TCK m. 228/3'te yer alan “*suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi*” nitelikli hali bağlı hareketlidir.

⁴⁸ Kesintisiz suçlar hakkında açıklama ve örnekler için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 176, 177; **Koca/Üzülmez**, s. 123-126, **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, s. 266-269.

yapılmasının gerekmesi sebebiyle birleşmiş hareketli; söz konusu hareketlerin işleniş tarzının belirlenmemesi sebebiyle de serbest hareketlidir. Ayrıca fiilin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlansa da suçun işlenmesi sona ermediğinden kesintisiz suçtur⁴⁹. Gerçekten de yer ve imkân sağlanmaya devam edildiği müddetçe⁵⁰ suç işlenmeye devam etmektedir.

TCK m. 228'in gerekçesinde suçun fiil unsuru şu şekilde açıklanmaktadır: “Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkân sağlamakta oluşur”. Bu ifadeye göre, yer sağlama ve imkân sağlama fiilleri seçimlik hareket arz etmektedir. Buna göre bir kişinin, başkasının kumar oynaması için kumar oynama imkânı sunmayan bir yeri kumar oynanması amacıyla sağlaması halinde de bu suçun oluştuğu sonucu doğmaktadır. Belirtmek gerekir ki, kumar oynanması için yer sağlamak da esasen imkân sağlamaktır. Bu husus, gerekçede geçen “veya başka surette imkân sağlamakta” ifadesinden de anlaşılmalıdır. Nitekim bir kişi yer sağlayarak kumar oynanmasını mümkün hale getirmektedir. Ancak yer sağlamak, her ne kadar imkân sağlamayı bünyesinde barındıran bir fiil olsa da kumar oynanması imkânını tek başına her zaman karşılamaz. Ancak gerekçe dikkate alındığında, yer sağlamanın seçimlik hareket olarak kabulünün gerekmesi dolayısıyla kumar oynanmasına imkân sağlanmasa da kumar oynanması için salt yer sağlanması bu suçu oluşturur. Yer ve imkân sağlama arasındaki ilişki ileride açıklanacaktır.

Gerekçedeki ifadeler ile kanun metninde bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Kanun metninde “yer ve imkân sağlayan” ifadesinde fiiller arasında “ve” bağlacı kullanılmakta, böylece bu iki hareketin birlikte gerçekleştirilmesi aranmaktadır⁵¹. Gerekçelerin kanun metnine dahil olmaması ve bu sebeple suçun unsurlarını ortaya koyarken bağlayıcı biçimde dikkate alınamaması söz konusu olduğundan, suçun fiil unsuruna ilişkin açıklamaların kanuni tanımına göre yapılması gerekir. Bu kapsamda, bu suç hem yer hem de imkân sağlama fiillerinin gerçekleştirilmesi halinde oluşur. Sadece yer sağlanması halinde salt yer sağlama fiili, suçun oluşması için aranan diğer fiil olan imkân sağlamayı içermemesi durumunda suç oluşmamış olur ve böylece kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun tamamlanmış halinden kişilerin sorumluluğu

⁴⁹ Karakehya, Kumar Oynanması, s. 708; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848; Özek, s. 140; Soyaslan, s. 563.

⁵⁰ Soyaslan ve Yaşar/Gökcan/Artuç'un “kumar oyunu bitinceye kadar suç devam eder”, yani “oyun bitince suç da sona erer” şeklindeki görüşüne (Soyaslan, s. 563; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848) katılmamaktayız. Nitekim TCK m. 228'deki suç kumar oynanması değil, kumar oynanması için yer ve imkân sağlamadır. Bu sebeple ancak yer veya imkân artk sağlanamaması halinde suç sona erer. Kumar oyunu bitse de kumar oynanması için yer ve imkân sağlanmaya devam edilebilir.

⁵¹ Özen, s. 73; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 706, 707; Arslan/Azizağaoğlu, s. 949; Şahbaz, s. 2572.

söz konusu olmaz⁵². İki hareketin birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olması sebebiyle bu suç birleşmiş hareketli bir suçtur⁵³.

Suç, kumar için yer ve imkân sağlanmasıyla tamamlanır; ayrıca kumarın oynanmasına gerek yoktur⁵⁴. Suçun kanuni tanımında bir neticeye yer verilmemiştir. Fiilin gerçekleştirilmesiyle suçun tamamlanması ve ayrıca bir unsur olarak neticenin aranmaması sebebiyle sırf hareket suçudur⁵⁵. Örneğin kumar oynanması için evini veya kahvehanesini tahsis edip gerekli malzemeleri alıp yerleştiren, ardından kumar oynanacağını duyurarak ya da oynayacak kişilere ulaşarak kumar oynanması imkânını sağlayan kişinin fiili gerçekleştirildiği anda suç tamamlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, suçun kanuni tanımında bir zararın ortaya çıkmasının aranmaması ve somut bir tehlikeye yer verilmemesi sebebiyle bu suç soyut tehlike suçudur.

Suç, yeri temin edip kişileri o mekâna götürmek şeklinde icrai olarak işlenebileceği gibi evinde kumar oynadıklarını gören ev sahibinin buna müsaade göstermesi şeklinde ihmali şekilde de işlenebilir. Ayrıca kanunen suçü önlemekle yükümlü kamu görevlilerinin kumar için yer ve imkân sağlanmasına kayıtsız kalması halinde onlar için de ihmali fiillerinden sorumluluk söz konusu olabilir⁵⁶. Ancak bu kişilerin sorumluluğu TCK m. 228'den değil, TCK m. 257 görevi kötüye kullanma suçü bakımından gündeme gelebilir⁵⁷.

Kumar için yer ve imkânın belli bir para karşılığında sağlanması şart değildir. Ücretsiz olarak yer ve imkân sağlanması da bu suçü vücut verir⁵⁸.

⁵² Özen, s. 74; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 707.

⁵³ Hafizoğulları/Özen, bu suçun seçimlik hareketli olduğu görüşündedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 363.

⁵⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 363; Özen, s. 75; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 708; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848; Ancak Soyaslan ve Şahbaz, kumar oynanmaya başlanınca suçun tamamlanacağı görüşündedir. Bkz. Soyaslan, s. 563; Şahbaz, s. 2572; 765 sayılı TCK'daki düzenleme açısından suçun oluşabilmesi için ayrıca kumarın da oynanmasının gerekmesi hususunda bkz. Özek, s. 130; 144.

⁵⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6850.

⁵⁶ 765 sayılı TCK zamanında bu sorumluluğun kumar suçü açısından gündeme geleceği hususundaki kabul için bkz. Özek, s. 136, 137, 139, 140.

⁵⁷ Görünüşte (garantörsel-gerçek olmayan) ihmali suçlardan sorumluluk için kişilerin kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli hareketten kaynaklı icrai bir davranışla neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunmaları gerekir. Görünüşte ihmali suçlara ilişkin TCK'nın genel hükümler kısmında bir belirlemeye gidilmemiş ve bazı suçların görünüşte ihmali suç şeklinde işlenebilmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Sırf hareket suçları, görünüşte ihmali suç şeklinde işlenemez. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 219-224; Koca/Üzülmez, s. 390-402. TCK m. 228'deki suç için özel bir düzenleme yapılmaması ve neticeli bir suç olmaması sebebiyle bu suçtan dolayı kişilerin garantörsel sorumluluğu söz konusu olmaz. Kanunen suçü önlemekle yükümlü kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma veya rüşvet gibi suçlardan sorumluluğu doğabilir.

⁵⁸ Özek, s. 136, 144, 145; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 708; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848;

Dikkat edilmelidir ki, kumar için yer ve imkân sağlama görünümünde dolandırıcılık suçunun işlendiği de söz konusu olabilmektedir⁵⁹. Yukarıda kumar oynayanlarca dolandırıcılık suçunun işlenebilmesinden bahsedilmişti. Burada ise kumar oynanması için yer ve imkân sağlayanlarca gerçekleştirilen bir dolandırıcılık söz konusudur. Talihe bağlı bir oyun oynandığı izlenimi verilmesine karşın yer ve imkân sağlayanlarca oyunda hile kullanılıyor olabilir. Hileli zar gibi hileli kumar aletleri kullanılarak oynayanların talihe bağlı bir oyun oynadığı izlenimi verilip kişiler dolandırılıyor olabilir. Böyle bir durumda yer ve imkân, kumar oynanması için değil, kişilerin dolandırılması için sağlanmaktadır. Bu sebeple kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun değil, dolandırıcılık suçunun (TCK m. 157) olduğu kabul edilmelidir⁶⁰. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu ile

Ancak *Soyaslan*, failin kâr amacıyla bir yer tahsis ettiğini belirtmektedir. Bkz. *Soyaslan*, s. 562.

⁵⁹ **Özek**, s. 126, 153; **Erem**, s. 2633; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 708; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3388; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 6285.

“Kumar oynatan üç kâğıttan jokey bulana para verip bulmıyanlardan para aldığına göre, oyunun bir nevi “bul kararı, al parayı” tâbir edilen üçlü iskambil kâğıdı oynamaktan ibaret bulunduğu düşünülmeden ve oyunda hile ve aldatma olup olmadığı araştırılarak fiilde dolandırıcılık suçunun unsurları bulunup bulunmadığı incelenmeden sanığa yazılı (M. 567) madde ile ceza verilmesi yolsuzdur.” Yargıtay 2. CD, E./K. 8252/9106, Kar. Tar. 02.09.1949 (**Gözübüyük, Abdullah Pulat** (1988) Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. 4, 5. Bası, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 957).

“Oyunun niteliği ve oynanma tarzı hakkında bilirkişiye başvurularak (bul kararı al parayı) oyununa uyan ve hileye dayalı bir oyun tarzı olduğunun anlaşılması halinde, sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturacağına düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. CD, E./K. 3235/3928, Kar. Tar. 10.04.1985 (**Erdurak, Yılmaz Güngör** (1991) Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 1236).

“... halk arasında “üç kağıt” tabir edilen oyunu oynatan sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde hataya düşülerek kumar oynatmak suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 11. CD, E. 2004/6135, K. 2006/1244, Kar. Tar. 23.02.2006 (**Yalvaç, Gürsel** (2008) Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1342).

“Sanıklara atılı kumar oynatmak eyleminin ne şekilde oynanan bir oyun olduğu açıkça belli olmadığından, müşteki ve sanıklardan oynanan oyunun oynanış şekli sorulup açıklığa kavuşturularak sonucuna göre sanıkların eyleminin dolandırıcılık veya kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu oluşturup oluşturmayacağı görev hususuyla birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve tesbiti gerekirken bu hususlar araştırılmadan eksik kovuşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi” Yargıtay 2. CD, E. 2010/11942, K. 2012/8261, Kar. Tar. 02.04.2012 (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6858).

⁶⁰ *“Sanığın niyet çekirtme adı altında çekiliş yaptığı, şikayetçinin 50 TL vererek buna katıldığı, mağdur adına yapılan üç çekilişte kazandığı söylendiği, dördüncü çekilişte kaybettiği söylenerek parasının alındığı, sanığın hileli davranışlarla mağduru aldatıp parasını alarak kendisine yarar sağladığı eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 157. maddesindeki dolandırıcılık suçunu oluşturduğu halde kumar oynatmaktan hüküm kurulması”* Yargıtay 13. CD, E.

dolandırıcılık suçu arasındaki ilişkiyi ortaya koyarken 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 52’de “*talih oyunları*⁶¹ ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun hile yapmak” şeklinde seçimlik hareket içeren suç ile dolandırıcılık suçu ilişkisine de değinmekte yarar görülmektedir⁶². Suçun kanuni tanımında, dolandırıcılık suçunda yer alan “*onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlama*” şartı aranmamış ve sadece “*hile yapmak*” şeklindeki seçimlik harekete yer verilmiştir. Bir fiile uygulanacak normun belirlenmesinde özel-genel norm ilişkisinden bahsedebilmek için özel normun, hem genel normun tüm unsurlarını kapsamaması hem de başka bazı özel unsurları da bünyesinde taşıması gerekir⁶³. Ayrıca bir suçun kanuni tanımında unsur veya nitelikli hal olarak açık bir şekilde belirtilmeyen suçlar bağımsızlığını koruduğundan bileşik suça vücut vermezler⁶⁴. Bu sebeplerle dolandırıcılık suçu ile 320 sayılı KHK m. 52’deki suç arasında özel-genel norm ve bileşik suç ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim 320 sayılı KHK m. 52, dolandırıcılık suçunun tüm

2011/7459, K. 2011/1022, Kar. Tar. 19.09.2011 (Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6860).

“Sanıkların “*bu kararı al parayı*” tabir edilen oyunu oynattığı sırada, durumu fark eden emniyet görevlilerince yakalanarak oyun kağıtlarına el konduğu, ortaya konulmuş herhangi bir paranın henüz bulunmadığı ve kolluk görevlileri tarafından olaya el konuncaya kadar geçen süre içinde haksız yarar sağlandığı konusunda dosyaya yansıyan herhangi bir kanıt bulunmadığı, sanıklar yakalandıklarında olayın mağduru olan herhangi bir kimsenin tespit edilemediği gözetilerek ve oyunun niteliği itibarıyla kar ve zararın talihe bağlı olmayıp oyunu oynayanların kazanma şanslarının bulunmaması değerlendirildiğinde, sanıkların eyleminin kumar oynatmak için yer ve imkan sağlama olmayıp dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketi olarak nitelendirilmesi gerektiği, bu sebeple sanıkların kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçundan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi” Yargıtay 13. CD, E. 2011/16170, K. 2011/3880, Kar. Tar. 26.10.2011 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

⁶¹ 320 sayılı KHK m. 2’ye göre talih oyunları, “*beceri veya şansa dayanan fiş, jeton veya para ile oyun araç ve gereçleriyle bir kasaya karşı veya oyun makinalarında oynanan oyunları*” ifade etmektedir.

⁶² 320 sayılı KHK m. 52: “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 41’ nci maddesinde tertip ve çekiliş düzenleme hakkı münhasıran İdareye tanınmış olan oyunları tertipleyenlerle, aynı maddenin ikinci fıkrası hükmünü ihlal edenler veya bu fıkra hükmüne göre gerekli izni almakla birlikte çekilişleri yapmayanlar veya çekiliş sonuçlarını ilan etmeyenler veya taahhütlerini yerine getirmeyenler ile talih oyunlarının oynanmasına mahsus oyun makina, araç ve gereçlerini bozanlar veya bunları bozuk olmasına rağmen kullandıranlar veya talih oyunları ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun hile yapanlar hakkında yüz bin liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ve iki aydan iki seneye kadar hapis cezası hükmolunur. Biletlerin üzerinde yazılı kıymetlerden daha yüksek fiyatla satılması yasaktır. Bu hükme aykırı hareket edenler yüksek fiyatla sattıkları beher bilet için bilet bedelinin on katı tutarında para cezasına mahkum edilirler.*”

⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 636; Koca/Üzülmez, s. 542; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 704.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 544; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 710.

unsurlarını barındırmadığı gibi açık bir şekilde bir unsurunu veya nitelikli halini de oluşturmamaktadır. Eğer “*talih oyunları ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun hile yapmak*” suretiyle kişi, “*onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar*” sağlarsa tek fiille⁶⁵ birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet vermiş olur. Böylece dolandırıcılık suçu ile 320 sayılı KHK m. 52’deki suç arasında farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) gündeme gelir.

4. KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA FİİLLERİ

4.1. Yer Sağlama

Yer sağlamaktan kumar oynanması için gereken uygun ortamın sağlanması, anlaşılır⁶⁶. Bu uygun ortam her türlü mekân olabilir; sağlanan yerin neresi olduğunun bir önemi yoktur. Yer sağlama bir sokakta, sokak arasında, parkta bile söz konusu olabilir. Hatta kişi gezici olarak, yani etrafı belirli bir sınırla çevrilmemiş bir yerde de kumar oynanmasına imkân sağlıyor olabilir⁶⁷.

⁶⁵ Fikri içtimada, gerçekleştirilen fiilin hukuken tek olması aranmaktadır. Fiil tekliği için “*kısmi ayniyet*” yeterli görülmektedir. Yani gerçekleştirilen fiilin mutlaka her iki suç tanımındaki fiille birebir örtüşmesi gerekmez. Birlik arz eden hareketin bir kısmının her iki suçun işlenmesinde birlikte etkili olması yeterlidir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 528, 529; aksi görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 732. İcra hareketlerinin kısmi ayniyeti hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Göktürk, Neslihan** (2013) Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), Ankara, Adalet Yayınevi, s. 156 vd.

⁶⁶ **Hafizoğulları/Özen**, s. 363; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 706; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6847; Yer sağlama ifadesi için “*... kumarın oynandığı bir mekan oluşturmak*” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **Şahbaz**, s. 2572.

“*Saniğin kendi işlettiği kahvehanede haklarında idari işlem yapılan N.B. ve S.T. ile birlikte para karşılığı yanık tabir edilen oyunu oynadıkları sırada polis memurları tarafından yakalandıkları saniğin hazırlık soruşturması aşamasındaki savunma beyanı ile 12.12.2005 tarihli olay ve yakalama tutanağından anlaşıldığı halde, saniğin atlı kumar oynatmak için yer temin etme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, tutanak düzenleyici polis memurları ile N.B. ve S.T. dinlenmeden duruşmada suçlamayı inkar eden saniğin mahkemedeki savunmasına itibar edilerek eksik soruşturma ile saniğin beraatına karar verilmesi ... dolay istem gibi bozulmasına*”: Yargıtay 2. CD, E. 2006/9379, K. 2007/1692, Kar. Tar. 08.02.2007 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

⁶⁷ **Özen**, s. 74; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6848; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 949. Yargıtay’ın 01.10.2012 ve 23.11.2012 tarihli kararları sağlanan yerin herhangi bir yer olabilmesi bakımından önem arz etmektedir: “*... saniğin olay gecesi kahvehaneden çıktıktan sonra, kahvehanenin karşısında bulunan parkta oynadıkları kumar neticesi 130 TL para kazandığı ...*” Yargıtay 13. CD, E. 2011/14329, K. 2012/20251, Kar. Tar. 01.10.2012 (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6856).

“*Saniğin olay tarihinde elinde tombala malzemeleri olduğu halde “tombala, tombala” diye bağırdığı ve kumar oynatacak kişi aradığı sırada devriye görevi yapan polis ekibinin saniği görmesi üzerine elindeki tombala malzemelerine el koyup saniği yakaladıklarının anlaşılması karşısında; saniğin eyleminin kumar oynanması için imkan sağlama suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı ve saniğin teşebbüs hükümleri gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında yazılı şekilde beraat kararı verilmesi*” Yargıtay 14. CD, E. 2012/5534, K. 2012/11843, Kar. Tar. 23.11.2012 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

Önemli olan, ortamın sağlanması olduğuna göre bu ortama konu mekân veya bölgenin özel mülkiyete konu bir yer olmasına gerek yoktur⁶⁸. Nitekim suçun kanuni tanımında bu hususta bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Söz gelimi, kumar oynanması için tahsis edilen mekân bir derneğe, vakfa veya herhangi başka bir özel hukuk tüzel kişisine ait olabilir⁶⁹. Yer, özel mülkiyete konu bir yer de olabilir. Söz gelimi, kişi sahibi olduğu evi kumar oynanması için tahsis etmiş olabilir. Sağlanan yerin failin mülkiyetinde olmasına gerek yoktur⁷⁰. Dikkat edilmelidir ki, sağlanan yerin kumar oynanması için sürekli tahsisi gerekmez. Bir seferlik de olsa uygun ortam oluşturulmuşsa yer sağlanmış demektir. Örneğin, kişinin evine gelen arkadaşlarının doğaçlama bir şekilde gelişen kumar oynama isteklerine sadece o günlük izin vermesi halinde de suç oluşur.

Sağlanan yerin aleni olması gerekmez. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi kişilerin aleni olmayan şekilde kendi evinde kumar oynanması için yer sağlaması halinde de bu suç oluşur. Oysa 765 sayılı TCK m. 567'deki suçun oluşabilmesi için oynanan yerin aleni (umuma mahsus veya umuma açık yerler⁷¹) olması aranmaktaydı. Yürürlükteki TCK'da bu şarttan vazgeçilmiştir⁷². Aleniyet şartının 765 sayılı TCK'da aranması hususu Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve mahkeme "*eşitlik ilkesine aykırılığın bulunmaması, ceza kanunlarının yalnızca toplumun düzenini, huzurunu ve güvenliğini bozucu nitelikteki fiillerin cezalandırılmasını öngörmesi, özel nitelikteki yerler ile konutların da bu suç kapsamına alınması halinde bu yerlerin dokunulmazlıklarının sık sık tehlikeye düşmesinin söz konusu olacağı*" sebebiyle iptal istemini reddetmiştir⁷³.

⁶⁸ Benzer doğrultuda açıklamalar için bkz. **Özek**, s. 139.

⁶⁹ "*Saniğin başkanı olduğu M... Sokak Sakinleri Yardımlaşma ve Dayanışma Derneğine ait binada yapılan aramada, tombala makinesi, 90 adet üzeri numaralandırılmış pinpon topu ve 245 adet pulun ele geçirildiği olayda, dernek başkanı olan saniğin dernek binasında kumar oynanmasına izin vermekten ibaret eyleminin 5253 sayılı Dernekler Kanununun 30/a maddesi yollamasıyla anılan Kanunun 32/o maddesinde yazılı suçu oluşturmayıp TCK'nın 228/1. maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde dernekler kanununa muhalefet suçundan hüküm kurulması*" Yargıtay 9. CD, E. 2012/3134, K. 2014/4978, Kar. Tar. 24.04.2014 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

⁷⁰ **Soyaslan**, s. 562.

⁷¹ 765 sayılı TCK m. 570: "*Yukarıdaki maddelerde beyan olunan kabahatler için hususi içtimalara mahsus olsa bile kumar alat ve edevatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle oyun oynamak mutlak olan yerler ve duhuliyeye verilmese bile oyun oynamak isteyen herkesin girebileceği mahaller, umuma açık yerlerden sayılır.*"

⁷² Bkz. TCK m. 228 gerekçesi; **Gören**, s. 1264; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 708; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6843, 6844, 6848; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3387, 3388; **Soyaslan**, s. 562; **Gündel**, s. 4533. 765 sayılı TCK dönemindeki düzenleme ve uygulama hakkında açıklamalar için bkz. **Özek**, s. 130-134; **Özker**, s. 13-15; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 6273 vd.; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 948; **Donay**, s. 331; **Erem**, s. 2635, 2636; **Feyzioğlu**, s. 147-155; **Akev**, s. 22; **Çağlayan**, s. 1230; **Şahbaz**, s. 2571.

⁷³ Anayasa Mahkemesi E. 1975/152, K. 1975/202, Kar. Tar. 21/10/1975, Resmi Gaz. Tar./Sayı

Aleniyetin 5237 sayılı TCK'da da kabul edilmesi halinde, kişilerin aleni olmayan yerlerde kumar oynaması bir bakıma teşvik edilmiş olacağından ve dokunulmazlıkların kanunla, hukuka uygun bir biçimde kısıtlanmasının söz konusu olduğu bir durumda bunun “*dokunulmazlıkların sık sık tehlikeye düşmesi*” olarak ifade edilmesi hukuken doğru bir tasvir olmadığından⁷⁴ Anayasa Mahkemesi'nin kararı kanaatimizce isabetli değildir.

Yer sağlayan kişinin oynanan kumara katılması TCK m. 228'deki suçun oluşması bakımından bir önemi haiz değildir. Nitekim hiçbir katılım olmasa dahi suç oluşur⁷⁵. Ancak böyle bir durumda yer sağlayan kişinin hem kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçundan hem de kumar kabahatinden sorumluluğu gündeme gelir.

Kumar oynanması için sağlanan yerin genellikle fiziki bir yer olması söz konusu olsa da internette kumar oynanması için sağlanan sanal ortam da bu suç bakımından yer olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Gelişen teknolojiyle internet ortamında kumar oynanmasının yaygınlaşması ve kolaylaşması gibi sebeplerle kanun koyucu 15.08.2017 tarihinde suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesini daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kanunda düzenlemiştir. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

4.2. İmkân Sağlama

İmkân, anlamı itibarıyla geniş bir kelimedir. Sadece kumar oynanmasını sağlayan aletlerin imkân sağlama olarak değerlendirilmesi anlamın daralmasına sebep olur⁷⁷. Kumar oynanması için sağlanan bütün imkânların, yani kumar oynanmasını kolaylaştırıcı bütün aletler ve davranışların imkân sağlama kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁷⁸. Kumar oynayacak kişilere borç para bulunması ve kolluğun baskınlarına karşı önlemler alınması⁷⁹, kumar oynanması için salt kumar oynamakta kullanılan araçların temin edilmesi⁸⁰, oyun kurallarının belirlenmesi, oyuncuların tanıştırılması, oyunun başlatılması, borç para temini⁸¹, duyuru yapılması, kumar oynanacak yere kişileri taşıma⁸² veya kişilere o yerde konaklama hizmeti sunulması gibi durumlarda imkân sağlandığı kabul edilir.

9.4.1976/15554, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f1bf61e4-9c31-49de-b819-e1c85dab5183?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi 21.11.2017.

⁷⁴ Donay, s. 331.

⁷⁵ Karakehya, Kumar Oynanması, s. 708.

⁷⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 363; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 707; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848; Altıparmak, s. 138.

⁷⁷ Özen, s. 74; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 706.

⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 363; Özen, s. 74; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848.

⁷⁹ Karakehya, Kumar Oynanması, s. 706; Özen, s. 74.

⁸⁰ Şahbaz, s. 2572; Gündel, s. 4533.

⁸¹ Şahbaz, s. 2572.

⁸² Özen, s. 74.

Öncesinde de değinildiği üzere, yer sağlamak esasen imkân sağlamanın kapsamında değerlendirilebilir. Ancak her yer sağlamakla kumar oynama imkânının elde edildiğinden bahsedilemez. İmkân sağlamanın yer sağlama ile ilişkisini ortaya koyarken ikili bir ayırım yapmak gerekir.

İlk olarak, kumar oynanması imkânı ile yer sağlamanın bir arada gerçekleşerek iç içe girdiği haller ele alınmalıdır. Bu ihtimalde yer sağlama fiili, imkân sağlama fiiline mündemictir. Sağlanan yerin belirli bir sınırla çevrelenmiş olmasına gerek yoktur. Bu durum için sokakta gezici olarak kumar oynanmasına imkân sağlanması örneğini verebiliriz. Gerçekten sokakta gezici olarak kumar oynanması imkânının sunulması halinde yerin belli bir sınırı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, kumar oynanması için imkânın sağlandığı anda yer sağlama fiili de gerçekleşmiş olur. Nitekim suçun kanuni tanımında yer sağlama için belli bir kıstas getirilmediğinden her mekân, imkân unsurundan bağımsız olarak, suçun yer unsurunu karşılayabilmektedir.

İkinci olarak, kumar oynanması imkânı ile yer sağlamanın birbirinden ayrılabilirdiği durumlar ele alınmalıdır. Böyle durumlarda, yer sağlama ile imkân sağlama fiilleri birbirinden ayrılabilir. Sağlanan yer kumar oynanması imkânına elverişli olmayabilir veya henüz o imkân elde edilememiş olabilir. Nitekim sağlanan yerin oynanacak kumara göre elverişli olması gerekir ve bu husus her somut olayda ayrıca değerlendirilir⁸³. Yerin kumara elverişli olmaması halinde yer sağlama unsuru imkân unsurundan bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Örneğin, somut olayın özellikleri de dikkate alındığında, çöplükte çöplerin içi, atık borusunun delik olup çok fazla pis ve sağlıksız kokuların salındığı bir ev, oksijen tüpleriyle yapılan bir dalışta denizin altı kumar oynanması için imkâna elverişli olmayabilir. Diğer husus, sağlanan yer henüz kumar oynanma imkânını haiz olmayabilir. Örneğin kumar oynanması için tahsis edilen bir evin kapısının kilitli tutulması veya tahsis edilen yerin temizlik ve yapı işlerinin bitmemesi sebebiyle kumar oynanmasına imkân sağlanamıyor olabilir. Hem kumar oynanması imkânının hiç bulunmaması hem de imkânın bir süreliğine sağlanamaması durumlarında yer sağlama ile imkân sağlama fiilleri ayrı olarak değerlendirilmelidir.

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun oluşabilmesi hem yer hem de imkânın sağlanması ile mümkündür. Yer sağlanmasına karşın imkân sağlanmazsa veya imkân sağlanmasına karşın yer sağlanmazsa bu suçun oluştuğundan bahsedilemez.

⁸³ Özen, s. 74.

4.3. 7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Yer Alan Fiiller

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 5 hükmünde yer alan fiiller de çalışma konumuzu ilgilendirmektedir. Madde metninde futbol ve diğer spor müsabakalarına özgü bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre;

1. Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar (m. 5/1-a),
2. Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler (m. 5/1-b),
3. Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler (m. 5/1-c),
4. Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler (m. 5/1-ç) cezalandırılmaktadır.

Müşterek bahis oyunları kavramı, 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtılması Hakkında Kanun m. 2/1-h'de tanımlanmıştır. Buna göre müşterek bahis oyunları, yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların tahmin edilmesi üzerine oynatılan, hasılatın önceden belirlenen ikramiye yüzdesinin, doğru sonucu tahmin eden iştirakçiler arasında paylaştırıldığı bahis oyunlarını ifade etmektedir.

Sabit ihtimalli oyun kavramı, 5738 sayılı kanun m. 2/1-n'de tanımlanmıştır. Buna göre sabit ihtimalli bahis oyunları, yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların veya etkinliklerin tahmin edilmesi esasına göre oynatılan ve iştirak edenler arasından doğru tahmin edenlere, önceden belirlenen bahis oranlarıyla ikramiye kazandıran oyunları ifade etmektedir.

Spor müsabakası kavramı, 5738 sayılı kanun m. 2/1-ö'de tanımlanmıştır. Buna göre spor müsabakası, yurt içinde ve yurt dışında ilgili kurum ve kuruluşlarca tertiplenen resmi, özel, temsili, ulusal veya uluslararası spor karşılaşmalarını ifade etmektedir.

Şans oyunları kavramı, 320 sayılı KHK m. 2'de tanımlanmıştır. Buna göre şans oyunları, karşılığı nakit olmak üzere oynatılan piyango, sayısal oyunlar, hemen-kazan ve benzeri oyunları ifade etmektedir.

Tüm bu kavramlardan çıkarılan sonuç şudur ki; 7258 sayılı kanun m. 5'te düzenlenen suçun kanuni tanımında yer alan bahis ve şans oyunları, kazanç amacıyla oynanması ve kazanç ve kaybın talihe bağlı olması sebebiyle ceza hukuku anlamında kumar niteliğini haizdir. Ancak kanun koyucu belirlediği ceza siyaseti düşünceleriyle TCK m. 228 genel hükmü ile yetinmemiş ve bu hususlarda özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri, TCK m. 228 hükmü açısından özel norm teşkil etmektedir. Nitekim iki düzenleme arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, 7258 sayılı kanun m. 5/1-b hükmünde her ne kadar “*imkân sağlayan*” ifadesi kullanılıp yer sağlamaktan bahsedilmese de imkân sağlamak “*yer ve imkân sağlamak*” ifadesinden daha geniş bir anlamı içermektedir. Bu sebeple, hem genel norm olan TCK m. 228'in bütün unsurlarını hem de bu unsurlara ilave olarak özel unsurları içermesi sebebiyle 7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri TCK m. 228 açısından özel normdur. Dolayısıyla spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar ile yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayanların TCK m. 228'den değil, 7258 sayılı kanun m. 5 hükmünce cezalandırılması yoluna gidilir⁸⁵.

7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenen “*para nakline aracılık etme*” ve ç bendinde düzenlenen “*reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etme*” fiilleri esasen kumar oynanması için imkân sağlama fiili kapsamında değerlendirilebilir nitelikte fiillerdir. Ancak 7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının c ve ç bentleri, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun tüm unsurlarını bünyesinde barındırmamakta ve açık bir şekilde bir unsurunu veya nitelikli halini de oluşturmamaktadır. Bu sebeple, bu bentler ile TCK m. 228 arasında özel-genel norm ve bileşik suç ilişkisi

⁸⁴ 7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerindeki suçlar ile TCK m. 228'deki suç arasında özel-genel norm ilişkisinin sadece “*şans oyunları*” bakımından geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Şen, Ersan** (2017) ‘Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Oynatma Suçu’ Yorumluyorum-16, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 192.

⁸⁵ “*Saniğin, işletmekte olduğu çay ocağında yasadışı şekilde futbol bahsi oynattığının iddia ve kabul edildiği olayda; saniğin suçlamayı kabul etmeyerek ele geçen belgelerin daha önce oynadığı eski tarihli bahislere ait olduğunu savunduğu, tanık olarak dinlenen tutanak mümziinin de olay tarihinde işyerinde müşteri bulunmadığını ve bahis oynatılma şeklinin bilgisayar üzerinden olmadığını tespit ettiklerini beyan etmesi karşısında; saniğin eyleminin (7258 sayılı) Yasanın 5/1. maddesinde gösterilen suçu oluşturduğu dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi*” Yargıtay 19. CD, E. 2015/12028, K. 2016/2099, Kar. Tar. 17.02.2016 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 12.01.2018).

bulunmamaktadır. TCK m. 228'deki suçun oluşabilmesi için imkân sağlama yeterli olmayıp yerin de sağlanması gerekmektedir. Eğer bu bentlerdeki fiiller ile kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu işlenirse, tek fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verileceğinden farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) gündeme gelir⁸⁶.

4.4. 6132 Sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'da Yer Alan Fiiller

6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun m. 7'de yer alan fiiller de çalışma konumuzu ilgilendirmektedir. Madde metninde at yarışlarına özgü bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre 6132 sayılı kanun hükümlerine aykırı olarak her şekil ve surette müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim edenler ve bunlara ait her türlü evrakı matbaa, teksir, daktilo, fotokopi ve sair suretlerde düzenleyenler ve düzenletenler, satanlar, dağıtanlar, sattıranlar veya dağıttıranlar (m. 7/1) cezalandırılmaktadır.

6132 sayılı kanun m. 7'de düzenlenen suçun kanuni tanımında yer alan bahis ve yarış piyangosu kazanç amacıyla oynanmaktadır. Ayrıca bu oyunlarda kazanç ve kayıp talihe bağlıdır. Görülmektedir ki, bu oyunlar ceza hukuku anlamında kumar niteliğini haizdir. Suçun kanuni tanımında yer alan müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim etmek fiilleri, TCK m. 228 bağlamında kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçuna vücut vermektedir. Ancak bu fiiller 6132 sayılı kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, 6132 sayılı kanunun 7. maddesindeki müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim etmek fiilleri, TCK m. 228 hükmü açısından özel norm teşkil etmektedir. Dolayısıyla 6132 sayılı kanun hükümlerine aykırı olarak her şekil ve surette müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim edenlerin TCK m. 228 hükmünce değil, 6132 sayılı kanun m. 7 hükmünce cezalandırılması yoluna gidilir.

Bahis ve piyango ile ilgili her türlü evrakı düzenlemek, düzenletmek, satmak, dağıtmak, sattırmak veya dağıttırmak fiilleri ise TCK m. 228 bağlamında kumar oynanması için imkân sağlama fiili kapsamında değerlendirilebilir nitelikte fiillerdir. Ancak bu fiiller, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun tüm unsurlarını bünyesinde barındırmadığından TCK m. 228 hükmü ile özel-genel norm ilişkisi içerisinde bulunmamaktadır. Ayrıca bu fiiller, açık bir şekilde TCK m. 228'deki suçun bir unsurunu veya nitelikli halini oluşturmaması sebebiyle TCK m. 228 hükmü bileşik suç özelliği göstermemektedir. Nitekim TCK m. 228'deki suçun oluşabilmesi için hem imkânın hem de yerin sağlanması

⁸⁶ TCK m. 228 bağlamında, 7258 sayılı kanunun 5. maddesinde a ve b fıkralarındaki "bahis" ile bağlantılı fiiller ile c ve ç fıkrasında düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesiyle birden fazla farklı suçun ortaya çıkması halinde farklı neviden fikri içtimanın uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Şen, s. 195, 196, 199.

gerekir. Dikkat edilmelidir ki, bahis ve piyango ile ilgili her türlü evraki düzenlemek, düzenletmek, satmak, dağıtmak, sattırmak veya dağıtıtmak suretiyle kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu işlenebilir. Böyle bir durumda tek fiille birden fazla farklı suç meydana geleceğinden farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) gündeme gelir.

Belirtmek gerekir ki, at yarışlarının spor müsabakası olarak kabul edildiği sonucuna 5738 sayılı kanunun 1 ve 2/1-ö maddelerinden ulaşılmaktadır⁸⁷. Ancak 5738 sayılı kanun m. 1’de hüküm altına alındığı üzere bu kanunda “at yarışları hariç olmak üzere” spor müsabakaları hakkında düzenleme yapılmıştır. 7258 sayılı kanun m. 1’de de 6132 sayılı kanun hükümleri saklı tutulmuştur⁸⁸. Görülmektedir ki, at yarışları ile ilgili hükümler 6132 sayılı kanunda ayrı olarak düzenlenmiştir. 6132 sayılı kanun m. 7’deki suçun sırf at yarışlarına özgü bir kanunda özel olarak düzenlenmesi ve sadece “bu kanun hükümlerine aykırı olarak” işlenebilmesi sebepleriyle, 7258 sayılı kanun m. 5’teki suçlar at yarışları dışındaki spor müsabakaları için geçerli iken 6132 sayılı kanun m. 7’deki suç sadece at yarışları için geçerlidir. Sonuç olarak, 7258 ile 6132 sayılı kanunlardaki suçlar, arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmayan birbirinden bağımsız suçlardır.

4.5. 1072 Sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun’da Yer Alan Fiiller

1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun m.1’de yer alan fiiller de çalışma konumuzu ilgilendirmektedir. Madde metninde rulet, tilt ve benzeri oyun alet ve makinelerine özgü bir düzenleme yapılmıştır: “Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi rulet, tilt, ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet

⁸⁷ 5738 sayılı kanun m. 2/1-ö’ye göre “Spor müsabakası: Yurt içinde ve yurt dışında ilgili kurum ve kuruluşlarca tertiplenen resmî, özel, temsilî, ulusal veya uluslararası spor karşılaşmalarını” ifade eder. Ancak 5738 sayılı kanun m. 1, kanunun kapsamını ortaya koyarken at yarışlarını kanun kapsamında tutmuştur: “Bu Kanunun amacı; uzmanlık, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren, at yarışları hariç olmak üzere, spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını düzenleme işine ilişkin merkezî bahis sistemi ve risk yönetim merkezinin kurulması ve işletilmesi ile başbayilik iş ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile hâsıllattan pay verilmesi modeliyle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.”

⁸⁸ 7258 sayılı kanun m. 1: “Yurtiçinde ve yurtdışında spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını oynatmak üzere, Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği haiz Spor Toto Teşkilat Başkanlığı kurulmuştur. 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun, 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ile bu kuruluşlara verilen müşterek bahis ile şans oyunları oynatma hak ve yetkileri saklıdır.”

veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır”.

Ceza hukukunda hukuk devleti ilkesini somutlaştıran ilke suçta ve cezada kanunilik ilkesidir⁸⁹. Suçta kanunilik ilkesi, kanun koyucunun suç teşkil eden fiili bütün unsurlarıyla kanunda tanımlamasını gerekli kılar⁹⁰. Kanunda suç teşkil eden fiilin alelade tanımlanması kanunilik ilkesinin gereğini sağlamaz. Bir fiil suç olarak tanımlanırken onun bütün unsurlarının kanunda tarif edilmesi, açıkça ve herkesin anlayabileceği şekilde belirtilmesi gerekir (belirlilik ilkesi)⁹¹. Suç teşkil eden fiilin koşullarının belirlenmesinin idari makamlara bırakılması (beyaz hüküm-açık ceza normu) ile suçun kanuni tanımında farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanmak belirlilik ilkesine aykırılık oluşturur⁹². 1072 sayılı kanun m. 1 düzenlemesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Zira madde metninde tadadi olarak bazı alet ve makineler sayıldıktan sonra “benzeri” ve “benzerlerini” ifadeleri kullanılarak suç kapsamındaki alet ve makineler bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Bu da hangi alet ve makinelerin suç kapsamında olduğu hususunda belirsizlik oluşturmaktadır⁹³.

⁸⁹ “Nulla poena sine lege”, “nullum crimen sine lege” Koca/Üzülmez, s. 55; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 93.

⁹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 110; Koca/Üzülmez, s. 57.

⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 110, 118; Koca/Üzülmez, s. 60; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 109.

⁹² Koca/Üzülmez, s. 60, 61; Özgenç, Genel Hükümler, s. 111.

⁹³ Yargıtay bir kararında “sigaramatik” tabir edilen makinenin 1072 sayılı kanunda sayılan makineler kapsamında olduğunu belirtmiştir: “*sanığın sigaramatik olarak tabir edilen makine ile kumar oynatmaktan ibaret eyleminin uyduğu kabul edilen 1072 sayılı Kanun’un 2. maddesinde öngörülen cezanın tür ve süresine göre, bu suçla ilgili davaya bakmanın ve delilleri değerlendirmenin Asliye Ceza Mahkemesinin görevi dahilinde olduğundan görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş*” Yargıtay 2. CD, E. 2008/14696, K. 2009/1101, Kar. Tar. 26.01.2009 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 12.01.2018).

Yargıtay başka bir kararında somut olayda ele geçirilen “*tombala kartı, numarator ve fişlerin*” 1072 sayılı kanunda sayılan alet ve makinelerden olmadığı yönünde karar vermiştir: “*... sanığın işyerinde ele geçen 16 adet tombala kartı, muhtelif sayıdaki numarator ve fişlerin, 1072 sayılı Yasa kapsamında sayılan alet ve makinalardan olmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde aynı Yasanın 2. maddesi ile mahkumiyet kararı verilmesi*” Yargıtay 2. CD, E. 2010/11619, K. 2012/4570, Kar. Tar. 28/02/2012 (Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 6858).

Yargıtay bir kararında somut olayda ele geçirilen “*iskambil kağıdı*”nın 1072 sayılı kanunda sayılan alet ve makinelerden olmadığı yönünde karar vermiştir: “*... ele geçirilen suç eşyasının iskambil kağıdından ibaret olması, tespit tutanağı, iddianamedeki anlatım, mahkemenin kabulü ve hükmolunan ceza miktarı dikkate alınarak, 1072 Sayılı Yasa ile ilgisi bulunmayan eylemin, TCK.nun 228/1.maddesi kapsamında kaldığında tereddüt bulunmadığı*” Yargıtay 2. CD, E. 2012/8359, K. 2012/15484 (Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 6858).

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri kapsamında değerlendirilmese bile 1072 sayılı kanun m.1'de sayılan alet ve makineleri bulunduran, çalıştıran, yurda sokan veya imal eden kişiler bu suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Suçun kanuni tanımında bir unsur olarak neticeye yer verilmemesi sebebiyle bu suç sırf hareket suçudur. Bu sebeple sayılan alet ve makineleri bulundurma, çalıştırma, yurda sokma veya imal etme anında suç tamamlanmaktadır. Bu suçta yer alan alet ve makineleri bulundurma, çalıştırma, yurda sokma veya imal etme fiilleri ile TCK m. 228 kapsamında kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri birbirinden ayrı fiillerdir. Öyle ki çoğu zaman 1072 sayılı kanun m. 1'deki fiiller, TCK m. 228'deki suç açısından hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak bu hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller 1072 sayılı kanun m. 1'de suç olarak düzenlendiğinden cezalandırılabilir hale gelmiştir. Sonuç olarak, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, 1072 sayılı kanun m. 1'de yer alan suç ile TCK m. 228'de yer alan suç birbirinden bağımsız suçlardır⁹⁴.

⁹⁴ Karakehya'nın "Dolayısıyla bu kanun kapsamına giren makinelerle kumar oynatılıyorsa TCK'nın 228. maddesi değil, 1072 s. Kanununun 2. maddesi uygulama alanı bulacaktır." (Karakehya, Kumar Oynanması, s. 712) ile Parlar/Hatipoğlu'nun "Müşterilere para ile satılan jetonlarla çalışan otomatik makinelerle oynanan oyunlarda, kâr ve zarar talihe bağlı ise YTCK'nın 44. maddesi (fikri içtima kuralı) gözetilerek eylemin 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Aletleri ve Makineleri Hakkında Kanununun 2. maddesinin uygulanması gerekir." (Parlar/Hatipoğlu, s. 3389) yönündeki görüşüne katılmamaktayız. Zira eğer bu sayılan makinelerle kumar oynanıyorsa sayılan makineler kumar oynanması imkânını sağlasa bile, bu imkândan önce bulundurma, yurda sokma ve imal etme sebebiyle 1072 sayılı kanun m. 1'deki suç oluşmaktadır. Üstelik iki suçtaki fiiller birbirinden bağımsız fiillerdir. Bu sebeple tek fiille birden fazla suçun gerçekleştirilmesi de söz konusu olmamaktadır. İki suç arasında gerçek içtima söz konusudur.

Açıklamalarımızla aynı doğrultuda Yargıtay, 1072 sayılı kanundaki suç ile TCK m. 228'deki suçun birbirinden bağımsız olduğu ve ikisinden ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği yönünde kararlar vermiştir:

"Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu ile 1072 sayılı Kanuna aykırılık suçlarının birbirinden bağımsız suçlar olduğu gözetilmeden yazılı biçimde tek suçtan hüküm kurulması, karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamış" Yargıtay 19. CD, E. 2015/7226, K. 2015/7582, Kar. Tar. 23.11.2015 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 12.01.2018).

"Birbirinden bağımsız olan 1072 sayılı Kanun'a aykırılık ve 5237 sayılı Kanun'un 228/1. maddesinde düzenlenen Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde uygulama yapılması ve tekerrüre esas sabıkası bulunan sanık hakkında TCK'nın 58. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Yargıtay 19. CD, E. 2015/7213, K. 2015/7590, Kar. Tar. 23.11.2015 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 20.12.2017).

"Birbirinden bağımsız olan 1072 sayılı Kanuna aykırılık ve 5237 sayılı Kanun'un 228/1. maddesinde düzenlenen Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde bir suçtan hüküm kurulması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Yargıtay 19. CD, E. 2015/4726, K. 2015/7860, Kar. Tar. 30.11.2015 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi

5. Suçun Nitelikli Halleri

TCK m. 228'deki suç bakımından üç tane nitelikli hal öngörülmüştür. Bunlar, çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlama, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Bu nitelikli haller daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerdir. Söz konusu suç için daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal kanunda düzenlenmemiştir⁹⁵.

5.1. Çocukların Kumar Oynaması İçin Yer ve İmkân Sağlanması

Çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır (TCK m. 6/1-b)⁹⁶. TCK'nın kişilerin çocuk olarak kabulü için getirdiği tek kriterin yaş olduğu görülmektedir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) da aynı doğrultuda bir düzenleme yapmış ve kişilerin daha erken yaşta reşit olsa bile on sekiz yaşını doldurmamışsa çocuk olarak kabul edildiği düzenlenmiştir (ÇKK m. 3/1-a)⁹⁷.

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunda eğer çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması söz konusu ise daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal gündeme gelir⁹⁸ ve belirlenen temel ceza yarı oranında

20.12.2017).

"Birbirinden bağımsız olan 1072 sayılı Kanuna aykırılık ve 5237 sayılı TCK'nın 228/1. maddesinde düzenlenen Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde yalnızca bir suçtan hüküm kurulması" Yargıtay 19. CD, E. 2016/715, K. 2016/20790, Kar. Tar. 26.09.2016 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 20.12.2017).

⁹⁵ **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3389; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 950.

⁹⁶ **Soyaslan**, s. 563; **Hafizoğulları/Özen**, s. 364; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6849; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 710; **Gündel**, s. 4533; **Akbulut, Berrin** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 496.

⁹⁷ **Koca/Üzülmüş**, s. 632; **Akbulut**, s. 497. TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde *"Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, "Çocuk" deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verilmiştir."* ifadeleri yer almaktadır. 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin (ÇHS) 1. maddesinde *"Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."* şeklinde çocuk tanımına yer verildiği görülmektedir. 14 Aralık 1990 tarihli Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kurallarının (Havana Kuralları) 11. maddesinin a bendinde *"On sekiz yaşın altındaki herkes çocuk sayılır."* şeklinde çocuk tanımı yapılmıştır. ÇHS, kişinin çocuk sayılmasında ülkelerin kanunlarına göre reşit olma halini hariç tutmuştur. Ancak görüldüğü üzere, her ne kadar ÇHS'nin çocuk tanımında *"reşit olma"* hali bir istisna olarak yer alsada da hem Havana Kurallarında hem TCK ve ÇKK'da kişilerin çocuk sayılmasına ilişkin *"reşit olma"* haline bir önem atfedilmemiştir. Böylece çocuk kavramı, mevzuatımızda ÇHS'den daha geniş kapsamda yer almaktadır. Bkz. **Akbulut**, s. 495-497.

⁹⁸ **Soyaslan**, s. 563; **Hafizoğulları/Özen**, s. 364; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6843, 6849; **Gören**,

artırılır (TCK m. 228/2)⁹⁹.

5.2. Suçun Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenmesi

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi söz konusu ise suçun nitelikli hali gündeme gelir (TCK m. 228/3). Suçun bu nitelikli halinde, temel halindeki ceza üzerinden oransal bir artırım öngörülmemiştir. Kanun koyucu cezanın alt ve üst sınırını ayrıca belirleme yoluna gitmiştir. Cezanın hem alt hem üst sınırı suçun temel hali için öngörülen cezanın alt ve üst sınırından fazla olarak belirlenmesi sebebiyle bu nitelikli hal, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halidir.

Kanunda bu nitelikli hal “*suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi*” şeklinde ifade edilerek fiilin tarzı belirlenmiş, bir özelleştirme yapılmış ve böylece fiil somutlaştırılmıştır. Bu somutlaştırma sonucunda suçun bu nitelikli hali bağlı hareketli suç özelliği göstermektedir¹⁰⁰. Zira söz konusu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için yer ve imkân sağlamanın ancak bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir.

Nitelikli hal olarak düzenlenmeden önce de bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle kumar oynanması için yer ve imkân sağlandığında TCK m. 228/1'deki suçun olduğu kabul edilmekteydi. Nitekim sanal ortam da kanunun aradığı yer sağlama şartını sağlamaktadır. Ayrıca 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 8'de hangi suçlar açısından erişimin engellenebileceği belirtilirken bu suçlar arasında kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu da sayılmıştır. Bu da kumar oynanması için yer

s. 1264, 1265; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 3389; **Karakehya**, Kumar Oynanması, s. 710; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 950.

⁹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki suça fail, azmettiren veya yardım eden olarak çocuğun katılması bu nitelikli hali oluşturmaz. Nitekim bu nitelikli halde aranan nitelikli unsur failin vasfına ilişkin değildir. Suçun faili herkes olabilmektedir ve failin vasfı hem temel hal hem nitelikli halin oluşumu bakımından bir önemi haiz değildir. Dolayısıyla bu nitelikli hal, suça iştirak edenlerin değil, kumar oynaması için yer ve imkân sağlanan kişilerin çocuk olması halinde söz konusu olur. Bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6849. Yargıtay'ın bir kararında kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan suça sürüklenen çocukların suçun nitelikli halinden değil, temel halinden cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır: “*Suçun işlendiği tarihte 15-18 yaş grubunda olan suça sürüklenen çocuk hakkında, 5237 sayılı TCK.nun 228/1. maddesinden kurulan mahkumiyet hükmünde TCK.nun 31/3. madde ve fıkrası uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeden fazla ceza tayini ... yasaya aykırı, ...*” Yargıtay 8. CD, E. 2015/4470, K. 2016/1655, Kar. Tar. 17.02.2016 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi 20.12.2017).

¹⁰⁰ Bağlı hareketli suçlar hakkında açıklama ve örnekler için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 172; **Koca/Üzülmüş**, s. 122; **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, s. 265, 266.

ve imkân sağlama suçunun sanal ortamda işlenebildiğini göstermektedir¹⁰¹.

Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle suçun işlenmesi bahsinde 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 5/1-b hükmü de ele alınmalıdır. Nitekim bu fıkra düzenlemesine göre; yurt dışında oynatılan her türlü bahis ve şans oyunlarının internet yoluyla veya sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişiler cezalandırılmaktadır. Böyle bir durumda eğer bu madde hükmüne giren bir fiil gerçekleştirilmişse özel-genel norm ilişkisi içerisinde sadece 7258 sayılı kanun m. 5/1-b hükmünce failin cezalandırılması yoluna gidilir.

5651 sayılı kanun m. 4/1’e göre “*içerik sağlayıcı*”, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. 5651 sayılı kanun m. 5/1’e göre ise “*yer sağlayıcı*”, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Bu hükümler çerçevesinde kural olarak yer sağlayıcının bu suçtan dolayı sorumluluğunun doğmayacağı düşünülmektedir¹⁰². Nitekim yer sağlayıcı sadece yer hizmeti sağlamak ve o yerin suç amacıyla kullanılıp kullanılmadığını bilmekle yükümlendirilmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, iştirak hükümleri çerçevesinde yer sağlayıcının da sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁰³. Üstelik bu suçun işlenmesi özel bir faillik gerektirmemektedir; yer sağlayıcı aynı zamanda içerik sağlayıcı da olabilir ve bu durumda fail olarak sorumluluğu gündeme gelebilir. Hükümlerden de anlaşıldığı üzere bu nitelikli halden dolayı bilhassa içerik sağlayıcının failliği gündeme gelmektedir. Nitekim içeriği hazırlayan ve sunan içerik sağlayıcıdır. Yine iştirak hükümleri çerçevesinde başka kişilerin de sorumluluğu her zaman gündeme gelebilir. Belirtmek gerekir ki, içerik sağlayıcı kumar oynanması için imkân sağlarken bunu sanal ortamda, yani sanal bir yerde sağlamaktadır. İçerik sağlayıcı, 5651 sayılı kanun m. 5/1 kapsamında yer sağlayıcı olmasa da içerik sunarak insanlara o sanal ortamda kumara erişim imkânı sağladığından hem yer hem de imkân sağlamış olmaktadır.

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen, s. 363; Karakehya, Kumar Oynanması, s. 707; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6848; Altıparmak, s. 138.

¹⁰² “Katılanlara ait tezlerin içerik sağlayıcılar tarafından yayımlandığı, sanık tarafından yayımlanmadığı, dosya arasında bulunan 05.11.2012 havale tarihli davaya konu içeriklerin kaldırıldığına dair internet çıktıları da göz önünde bulundurulduğunda, yer sağlayıcının 5651 Sayılı Kanunda tarif edilen ve sorumluluğunu gerektiren yasal şartların olayda oluşmadığı, unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” Yargıtay 19. CD, E. 2015/12260, K. 2017/7086, Kar. Tar. 20.09.2017 (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 21.11.2017).

¹⁰³ Kaya, Mehmet Bedii (2010) Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, s. 131.

Suçların bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde suçun işlendiği yer hususunda bir belirleme yapmak gerekmektedir. Kabulümüze göre kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde suçun işlendiği yer, bu imkânı sağlayan kişinin (içerik sağlayıcının) bulunduğu yer ile yer sağlayıcının yer sağlama hizmetini sunduğu yerdir¹⁰⁴.

5651 sayılı kanun m. 8/1-a/7'ye göre; suçun Türkiye'de işlenip işlenmediğine bakılmaksızın¹⁰⁵ internet ortamında yapılan ve içeriği kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilmektedir¹⁰⁶.

5.3. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 228/4).

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, bu örgütü yönetme veya örgüte üye olmaya TCK m. 220'de ayrı bir suç olarak yer verilmiş ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde ayrı bir suç işlenirse ayrıca bu suçtan da ceza verilmesi yoluna gidileceği düzenlenmiştir¹⁰⁷. Bu kapsamda, TCK m. 228'deki suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu suçlara katkısı bulunanların hem TCK m. 220 hem de TCK m. 228/4 kapsamında sorumlulukları doğrultusunda cezalandırılması yoluna gidilir. Ayrıca örgüt yöneticisinin TCK m. 220/5 hükmü uyarınca kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli halinden fail olarak sorumluluğuna gidilir.

¹⁰⁴ Akbulut, s. 136.

¹⁰⁵ Kaya, s. 83.

¹⁰⁶ 5651 sayılı kanun m. 8/1: "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları".

¹⁰⁷ Suç örgütleri hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Özgenc, İzzet (2017) Suç Örgütleri, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 11 vd.

SONUÇ

Kumar, TCK m. 228/6'daki tanıma göre, kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır. Bu sebeple kumarın, kazanç amacıyla oynanma ve oyunda kâr ve zararın talihe bağlı olması şeklinde iki unsuru bulunmaktadır. Bu unsurların sağlandığı oyunlar her ne şekilde adlandırılıyor olursa olsun ceza hukuku açısından kumar olarak kabul edilmektedir.

Kumar oynanması fiili, KK m. 34'te kabahat olarak düzenlenmiştir ve bu sebeple hukuka aykırı bir fiil olduğu hususunda tereddüt yoktur.

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri ise, TCK m. 228'de suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için hem yer hem de imkân sağlanmalıdır. Yer sağlama, aleniyet arz edip etmemesine bakılmaksızın herhangi bir yer olabileceği gibi, sanal ortam da yer olarak kabul edilmektedir. Önemli olan sağlanan yerin kumar oynamaya elverişli olmasıdır. Kumar oynanması için imkân sağlama fiilinin kapsamı yer sağlama fiiline göre daha geniştir. Kumar oynanması için imkân sağlayan her türlü aletin temin edilmesi, kumar oynanması için duyuru yapılması, kişilerin kumar oynanacak yere götürülmesi gibi davranışlar imkân sağlama kapsamında değerlendirilmektedir. Yer sağlama da imkân sağlama içinde değerlendirilebilir, ancak her yer sağlama kumar oynanması için imkânın da sağlandığı anlamına gelmemektedir.

TCK m. 228'deki suç; çok, birleşmiş ve serbest hareketli olup sırf hareket suçu ve kesintisiz suç vasfındadır. Ayrıca suçun kanuni tanımında bir zararın ortaya çıkmasının aranmaması ve somut bir tehlikeye yer verilmemesi sebebiyle bu suç soyut tehlike suçudur.

7258 sayılı kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerindeki fiiller ve 6132 sayılı kanununun 7. maddesindeki müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim etmek fiilleri, TCK m. 228'deki suça göre özel norm teşkil etmekte ve suçun kanuni tanımına uygun düşmesi halinde TCK m. 228 hükmü değil, 7258 ve 6132 sayılı kanunlardaki suç hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. 1072 sayılı kanundaki suç ile TCK m. 228'deki suç arasında özel-genel norm ve bileşik suç ilişkisi bulunmayıp bu suçlar birbirinden bağımsızdır.

Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hallerinde TCK m. 228/1'deki suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali gündeme gelmektedir.

Sonuç olarak gerek kumar oynama gerek kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri hukuka aykırılık teşkil etmekte ve ceza hukuku vasıtasıyla bir yaptırıma tabi tutulmaktadır. Kumar oynanması kabahat olarak düzenlenmişken, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri, madde

gerekçesinde ifadesini bulduğu üzere, sosyal açıdan ortaya çıkarabileceği büyük tehlikeler ve doğurması olası facialar göz önüne alınarak suç olarak düzenlenmiştir. Kumar aynı zamanda ahlaka aykırı bir faaliyettir ve bu düzenlemelerle genel ahlakın da korunmaya çalışıldığı söylenebilir. Ultima ratio özellik arz eden ceza hukuku yaptırımları ahlaka aykırı olan kumar faaliyetlerinin önüne geçebilmek için bilhassa genel önleme fonksiyonu açısından önemi haizdir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi.

Akev, Sahir Talat (1964) Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Altıparmak, Cüneyd (2008) 'Kumar Kabahati' Terazi Hukuk Dergisi, S. 19, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 133-140.

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alışahin, M. Emin/Çakır, Kerim (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Çağlayan, M. Muhtar (1970) En Son Tâdilleriyle Birlikte Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası.

Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin (2004) Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayınevi.

Donay, Süheyl (2007) Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi.

Erdurak, Yılmaz Güngör (1991) Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Erem, Faruk (1993) Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 3, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin (1958) 'Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis' Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası.

Göktürk, Neslihan (2013) Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara, Adalet Yayınevi.

Gören, Sami (2012) En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara.

Gözübüyük, Abdullah Pulat (1988) Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. 4, 5. Bası, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.

- Gündel, Ahmet** (2009) Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumla Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık.
- Hakeri, Hakan** (2007) 'Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 69, s. 55-96.
- Karakehya, Hakan** (2013) 'Kumar Kabahati (Kabahatler K. m. 34)' Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 229-242.
- Karakehya, Hakan** (2013) 'Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), s. 699-713 (**Karakehya, Kumar Oynanması**).
- Kaya, Mehmet Bedii** (2010) Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Meran, Necati** (2007) Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Özen, Mustafa** (2007) 'Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu' Terazi Hukuk Dergisi, S. 15, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 73-76.
- Özker, Nihat** (1946) Suç-Ceza ve Sosyete Bakımlarından Kumar, İzmir, Ticaret Basımevi.
- Özgenç, İzzet** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi (**Özgenç, Genel Hükümler**).
- Özgenç, İzzet** (2017) Suç Örgütleri, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Özek, Çetin** (1963) 'Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 121-156.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer** (2008) Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık** (1998) Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Şahbaz, İbrahim** (2016) Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Şen, Ersan (2017) 'Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Oynatma Suçu' Yorumluyorum-16, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 183-207.

Tuğlacı, Pars (1971) 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, 2. Cilt, İstanbul, Pars Yayınevi.

Yalvaç, Gürsel (2008) Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2014) Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f1bf61e4-9c31-49de-b819-e1c85dab5183?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi 21.11.2017.

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts, Erişim Tarihi 31.10.2017.

VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Withdrawal of Testament

Arş. Gör. Dilşah Büşra KARTAL¹

Geliş Tarihi: 02.06.2017

Kabul Tarihi: 01.02.2018

ÖZET

Vasiyetname, tek taraflı olarak düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruftur. Bundan dolayı, bir vasiyetname her zaman geri alınabilir. Vasiyetnamelerin geri alınması usulleri dört tanedir. İlk olarak, mirasbırakan geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek vasiyetnamesini geri alabilir. Geri alma vasiyetnamesi kanunda öngörülen şekillerden birine uyularak yapılmalıdır. Bu halde, ilk vasiyetname, açık bir geri alma beyanına dayalı olarak ortadan kalkar. Mirasbırakan, geri alma iradesini açıkça içermeyen yeni bir vasiyetname de düzenleyebilir. Böyle bir durumda da, ikinci vasiyetname ilkinin ortadan kaldırmaz. Ancak, ikinci vasiyetnamenin ilkinin tamamladığı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde anlaşılırsa, iki vasiyetname birlikte uygulanır. Yani burada bir geri alma karinesi vardır ve aksi ispat edilebilir. Bu ihtimalde geri alma sonucu doğmaz. Mirasbırakan, vasiyetnamesi ile birine bıraktığı mal üzerinde, hayatta iken tasarrufta bulunursa vasiyetname geri alınmış sayılır. Son olarak, mirasbırakan vasiyetnamesini yok ederek de geri alabilir. Vasiyetnamenin üzerinin çizilmesi, karalanması da yok etme sonucunu doğurur. Geri alma vasiyetnamesinin geri alınması da mümkündür. Bu durumda, ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlüğe girip girmeyeceği yorum sorunudur.

Anahtar Kelimeler: vasiyetname, vasiyetnamenin geri alınması, ölüme bağlı tasarruf, vasiyetnameyi yok etme, geri alma, tek taraflı hukuki işlem

ABSTRACT

A testament is a unilateral testamentary disposition. Thus a testament may always be withdrawn. There are four ways to withdraw a testament. Firstly, a testator may prepare a testament of withdrawal to withdraw a testament. The testament of withdrawal should be prepared in accordance with the methods prescribed by law. In this way, the first testament is withdrawn depending on a clear will of withdrawal. The testator may prepare a new testament which does not include a clear will of withdrawal. Even in such a case, the second testament abolishes the first one. However, if it is clear that the second testament certainly completes the first one, two testaments are applied together. In other words, there is a presumption of withdrawal and the contrary may be proved. In this possibility, the result of withdrawal may not occur. A testament is deemed withdrawn, if the testator, while alive, disposes of the property that he left to someone through the testament. Finally, the testator may withdraw his testament by destroying it. A testament is deemed destroyed if it is crossed out or scribbled. It is possible to withdraw the testament of withdrawal. In this case, it is a matter of interpretation whether the first testament revives or not.

Key Words: testament, withdrawal of testament, testamentary disposition, destroying a testament, withdrawal, unilateral legal transaction

¹ Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, dbkartal@fsm.edu.tr.

GİRİŞ

Mirasbırakanın malvarlığına ilişkin son isteklerini, vefatı üzerine hüküm doğurmak üzere aktardığı vasiyetnameler, tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardır². Vasiyetname düzenlenirken lehine tasarrufta bulunulan kişilerden izin alınması veya söz konusu tasarruflar ile mutlak surette bağlılık söz konusu değildir. Nitekim, vasiyetnamelerin ölüm anına kadar her zaman için geri alınabilmeleri mümkündür. “*Vasiyetnamenin Geri Alınması*” başlığını verdiğimiz bu çalışmamızda da, mirasbırakanın hangi şekil ve şartlara uyarak, ölüme bağlı tasarrufunun hükümlerini doğurmasını engelleyebileceği incelenmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde vasiyetnamenin geri alınması genel olarak açıklanacak, ikinci bölümde ise kanunda öngörülmüş olan geri alma usulleri ayrı alt başlıklar halinde incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise, mirasbırakanın geri alma işlemini de geri almasının doğuracağı hukuki sonuçlar incelenecektir.

I. GENEL OLARAK

Kanun koyucu vasiyetnamenin geri alınmasını MK m. 542 ile m. 544 hükümleri arasında düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, vasiyetnamenin geri alınmasının birer türünü teşkil etmekte olup, geri alma kavramını tanımlayan ve geri alma yollarının tamamını kapsayan genel bir hüküm bulunmamaktadır³. Kaldı ki, kanunda “*Geri Alma*” kavramı da kullanılmamakta; müessesese “*Vasiyetten Dönme*” üst başlığı altında incelenmektedir. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, dönme, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde söz konusu olup, tek taraflı işlemlerde bunun karşılığı geri almadır⁴. Biz de bu gerekçe ile, çalışmamız kapsamında, vasiyetten dönme yerine, vasiyetnamenin geri alınması ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Vasiyetnamenin geri alınması, kanunun öngördüğü biçimde gerçekleştirilecek gerek tek taraflı gerekse iki taraflı ölüme bağlı veya sağlararası tasarruflar ile mevcut bir vasiyetnamenin hüküm doğurmasının engellenmesini ifade eder⁵. Geri alma usullerine ilişkin incelemeye girmeden

² Mehmet Serkan Ergüne, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 24.

³ Ömer Bağcı, “**Vasiyetnamenin Geri Alınması**”, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 82.

⁴ Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 360; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 112; Ergüne, s. 13 dn. 443.

⁵ Benzer bir tanım için bkz. Bağcı, s. 51.

önce, ilk ve en genel kuralın; vasiyetnamenin, tek taraflı bir hukuki işlem olması nedeniyle, düzenleyen tarafından ölümüne kadar her zaman geri alınabilmesinin mümkün olması olduğunu belirtmek gerekir⁶.

Vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin bir genel hüküm bulunmaması, vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin ilk yol olan ve geri alma vasiyetnamesini düzenleyen MK m. 542 hükmünün, içeriği itibariyle, genel hüküm olarak da uygulanabileceği yönünde bir eğilim yaratmıştır⁷. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz MK m. 542'nin, bu bölümde sadece diğer geri alma yollarını da etkileyen iki yönüne dikkat çekmek isteriz. İlk olarak, MK m. 542/1 hükmü, mirasbırakanın, yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnamesini "her zaman" geri alabileceğini düzenlemektedir. Hükümde geçen "her zaman" ifadesi, MK m. 542'ye emredici nitelik kazandırdığı şeklinde yorumlanmaktadır⁸. Hükümün emredici niteliği de, mirasbırakanın vasiyetnameyi geri alma hakkından feragat ettiğine ilişkin beyanlarının veya hukuki işlemlerinin tüm geri alma usulleri bakımından geçersizliği sonucunu doğurmaktadır⁹.

⁶ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 231; Serozan/Engin, s. 279; M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 176; İlhan Öztrak, **Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1964, s. 15; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015, s. 140; Andrea Dorjee-Good, **Erbrecht Art. 457-640 ZGB: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. Bası, 2016, Art. 509-511, N. 1 (Swisslex, Çevrimiçi: 31.1.2018). "...Vasiyet tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bu özelliği nedeniyle vasiyetten dönüş (rücu) hiç kimsenin muvafakatına tabi tutulmamıştır. Vasiyetçi dilediği zaman ve neden göstermeksizin vasiyetinden dönebilir..." YARG. HGK 6.11.2002 t. 2002/2-874 E. 2002/893 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015). Miras sözleşmelerinde ise tek taraflı olarak dönme imkanı oldukça sınırlı olup, MK m. 546/II-III ve MK m. 547'de düzenlenmiştir. MK m. 546/II-III'e göre miras sözleşmesinden dönebilmek için mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden biri gerçekleşmelidir ve mirasbırakan vasiyetname şekillerinden birine uyararak miras sözleşmesini ortadan kaldırmalıdır. MK m. 547'ye göre ise, miras sözleşmesi ile sağlararası edimleri talep hakkı doğan taraf, bu edimler yerine getirilmez veya güvenceye bağlanmazsa, borçlar hukuku kurallarına göre sözleşmeden dönme hakkı kazanmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural, **Miras Sözleşmeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 230-262.

⁷ Bağcı, s. 83.

⁸ Arnold Escher, **Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku**, Çev. Şakir Ansay, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1949, s. 352; Öztrak, s. 15; Bağcı, s. 81.

⁹ Oğuzman, s. 176; Serozan/Engin, s. 360; Escher, s. 352; Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 102; Bilge Öztan, **Miras Hukuku**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 209; Bağcı, s. 82; Antalya, s. 140; Pia Badertcher, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, 3. Bası, 2016, Art. 509, N. 1 (Swisslex, çevrimiçi: 29.1.2018). Kanun koyucu serbestçe geri alınmayacak bir ölümüne bağlı tasarruf türü olarak miras sözleşmesini düzenlediğinden, ölümüne bağlı tasarrufu ile bağlı olmak isteyen mirasbırakanın, bu yola başvurması pekâlâ mümkündür. Bu ihtimalde dahi, miras sözleşmesinin içeriğinde yalnızca vasiyetnameye

MK m. 542'nin genel hüküm olarak önem arz eden ikinci yönü, kısmi geri almalarıdır. MK m. 542/II hükmü vasiyetnamenin tamamının değil, bir kısmının geri alınmasını da hukuken geçerli kabul etmiştir. Vasiyetnamenin kısmen geri alınması halinde, geri alınmayan ölüme bağlı tasarruflar geçerli kalmaya devam edecektir¹⁰. Bu sonuç, vasiyetnamenin diğer geri alınması usulleri bakımından da geçerlidir¹¹.

Son olarak, kanun koyucu, geri alma vasiyetnamesine ilişkin MK m. 542 hükmünün yanı sıra üç farklı geri alma usulü daha öngörmüştür. Bunlar; vasiyetname ile bağdaşmayan sonraki ölüme bağlı tasarruf, yok etme ve vasiyet edilen malvarlığı değeri üzerinde sağlararası tasarruf olarak ayrılmaktadır. Aşağıda tüm bu sona erme türleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. VASIYETNAMEYİ GERİ ALMA USULLERİ

A. YENİ BİR ÖLÜME BAĞLI TASARRUF İLE VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Vasiyetnamenin geri alınması denildiğinde akla ilk gelen yol, mirasbırakanın yeni bir ölüme bağlı tasarruf düzenleyerek önceki vasiyetnamesini hükümden düşürmesidir. Kanun koyucu bunun için iki yöntem öngörmüştür. Mirasbırakan ya geri alma amacına özgülenmiş bir vasiyetname (MK m. 542) düzenleyecektir ya da açık bir geri alma beyanı bulunmaksızın önceki ile bağdaşmayan yeni bir ölüme bağlı tasarruf (MK m. 544/I) yapacaktır. Hangi metodu seçerse seçsin, burada geri alma iradesi şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf ile dış dünyaya yansımaktadır.

konu olabilecek bir takım tasarruflar yer almakta ise, bu ölüme bağlı tasarruflar bakımından da vasiyetname hükümleri uygulanacağından geri alınmaları engellenemeyecektir. Bkz. Oğuzman, s. 176.

¹⁰ Oğuzman, s. 176-177; Öztrak, s. 78. Kısmen geri almada, geri alınmayan kısmın tek başına hüküm ifade etmemesi halinde vasiyetnamenin tamamen geri alınmış sayılacağı hususunda bkz. Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku**, C. IV, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 110; Öztrak, s. 79; Öztan, s. 209; Ergüne, s. 175 dn. 448; Bağcı, s. 293.

¹¹ Öztrak, s. 80; Bağcı, s. 292. Nitekim Yargıtay da, MK m. 542 dışındaki geri alma yollarına başvuru olan olaylarda bu yönde karar vermektedir. Örneğin; *"Murisin, taşınmazının 2/6'sından toplam 4/6 hissesini ve bu hisselerle ayrılan (2) ve (3) nolu meskenlerini, sağlığında, oğulları Ahmet ve Mehmet'e vasiyetname ile bağdaşmayacak şekilde sağlararası tasarrufla temlik etmesi, bu hisseler ve (2) ve (3) nolu meskenler yönünden vasiyetnameden rücu edildiğini gösterir. (TMK.544/2) Ancak, murisin uhdesinde kalan 2/6 hisse ve bu hisseye tekabül eden (1) nolu mesken üzerinde muris lehine tesis edilmiş olan kat irtifakı yönünden vasiyetname ayakta ve geçerliliğini sürdürmektedir. O halde vasiyetnamenin tamamen iptalini sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* YARG. 2. HD 3.3.2004 t. 2004/1807 E. 2004/2635 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 02.11.2015).

1. VASİYETNAMENİN GERİ ALINDIĞINI BELİRTEN YENİ BİR VASİYETNAME YAPILMASI

Geçerli biçimde düzenlenmiş bir vasiyetnameyi, yine ölüme bağlı bir tasarruf ile geri almak için başvurulabilecek yollardan ilki MK m. 542 uyarınca geri alma vasiyetnamesi yapmaktır. MK m. 542, bu hususu şu şekilde hüküm altına almıştır:

“Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir.

Vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülebilir.”

Mirasbırakanın, MK m. 542/l'e göre düzenleyeceği geri alma vasiyetnamesinin ancak kanunda öngörülen vasiyetname şekillerinden birine uygun olarak yapılması gerektiği hükümde açıkça belirtilmiştir¹². Öte yandan geri alma vasiyetnamesinin, ilk vasiyetname ile aynı şekilde düzenlenmesi gerekmez. Bundan dolayı, örneğin; sözlü bir vasiyetle, el yazılı veya resmi şekilde düzenlenmiş bir vasiyetnamenin geri alınması veya bunun tam tersi mümkündür¹³. Önemli olan, ikinci vasiyetnamede, geri alma iradesinin

¹² Bir kişinin vasiyetnameyi geri alma iradesini noter nezdinde tespit ettirip tutanak tutturması kanunda öngörülen vasiyetname şekillerinden birine uymadığından vasiyetnamenin geri alma sonucu doğurmaz. Bkz. *“...Dayanılan belge ölenin, rücu iradesini genel olarak Notere tesbit ettirmesinden ibaret bulunmaktadır. Oysa rücuun hukuki sonuç doğurabilmesi için, iradenin açıklanması yeterli olmayıp rücu için seçilen vasiyet şekline uygun bir belgenin düzenlenmiş olması şarttır. Eğer düzenlemede bir eksiklik varsa, rücu iradesi hukuki netice meydana getirmez. Davaya konu 16.7.1969 günlü belge resmî vasiyet niteliğinde bulunmadığına göre, buna dayanılarak 14.4.1956 günlü vasiyetnamenin geçersizliği ileri sürülemez...”* YARG. 2. HD 17.11.1972 t. 1972/5977 E. 1972/6472 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 18.11.2015). Aynı yönde: YARG. 2. HD 19.11.1982 t. 1982/8099 E. 1982/8586 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015).

¹³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 231; Escher, s. 353; Oğuzman, s. 176; Serozan/Engin, s. 361; Dural/Öz, s. 110; Hatemi, s. 112; Bağcı, s. 126; Dorjee-Good, Art. 509-511, N. 4; Peter Weimar, *Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die Verfügungen von Todes wegen: BK – Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1*, 2009, Art. 511, N. 3 (Swisslex, Çevrimiçi. 31.1.2018). Ancak sözlü bir vasiyetin, el yazılı veya resmi şekilde düzenlenmiş bir vasiyetname ile geri alınması halinde, bu imkanın sadece sözlü vasiyetin MK m. 541 uyarınca hükümden düşmesine kadar söz konusu olacağına dikkat edilmelidir. Bağcı, s. 127. *“...Önceki tarihli vasiyetnamenin geri alınması amacıyla yapılan sonraki tarihli vasiyetnamenin istenilen sonuçları doğurabilmesi için kanunda gösterilen şekil şartlarına uygun bulunması gerekmektedir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere 7.9.2001 tarihli el yazılı vasiyetname geçersiz olmakla 27.7.1995 tarihli el yazılı vasiyetnamenin geri alındığından söz edilemez...”* YARG. 2. HD 8.11.2006 t. 2006/14226 E. 2006/15235 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 19.11.2015).

mevcut olmasıdır¹⁴. Kanunda her ne kadar “*vasiyetname*” ifadesini kullanılsa da; bir vasiyetnamenin, miras sözleşmesi ile geri alınması da mümkün olup, bu halde geri alma beyanına ilişkin kısmın miras sözleşmesinin tek taraflı irade beyanıyla geri alınabilecek içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Mirasbırakan geri alma iradesini, açıkça geri alma beyanında bulunmak yerine, miras paylaşımında yasal mirasçılık hükümlerinin geçerli olmasını istediğini sonraki vasiyetnamesinde beyan etmek suretiyle dolaylı olarak da açıklayabilir¹⁶. Geri alma vasiyetnamesinin, vasiyetnameler için aranan ehliyet gibi diğer geçerlilik şartlarını da barındırması gerekli olup, aksi halde iptal yaptırımı söz konusu olabilecektir¹⁷.

Geri alma vasiyetnamesi, sadece geri alma amacına yönelerek başka hiçbir tasarruf içermeden düzenlenebileceği gibi, geri almaya ek olarak başka tasarruflar da içerebilir¹⁸. Böyle bir ihtimalde, MK m. 542 anlamında bir vasiyetname mi, yoksa aşağıda ayrıntılı biçimde inceleyeceğimiz üzere, MK m. 544/1'e göre düzenlemiş bir ölüme bağlı tasarruf mu söz konusu olduğu sorusu gündeme gelebilir. MK m. 544/1, açık bir geri alma beyanı içermemekle beraber, ilk vasiyetname ile bağdaşmayan yeni tarihli bir ölüme bağlı tasarruf yapılarak vasiyetnamenin geri alınmasını düzenlemektedir. Bu bakımdan, MK m. 542'de esas olan geri alma iradesinin açık biçimde açıklanması iken; MK m. 544/1'de yeni ölüme bağlı tasarruflar yoluyla zımni bir açıklama söz konusudur. Bu noktada iki farklı sonuca varılabilir. Vasiyetnamede açık veya dolaylı bir geri alma beyanı olmasına ağırlık verilerek MK m. 542'nin uygulanması veya tam tersi olarak, vasiyetnamedeki diğer ölüme bağlı tasarruflara ağırlık verilerek MK m. 544/1'in uygulanması daha uygun görülebilir.

Doktrinde, bu sorunun cevabının bir yorum meselesi olduğu ifade edilerek, ortalama bir çözüm yolu önerilmiştir. Bu görüşe göre¹⁹, vasiyetname geri alma beyanından soyutlanarak yorumlanmalıdır. Bunun için de, geri alma vasiyetnamesindeki geri alma dışındaki tasarruflara ilişkin kısım değerlendirildiğinde, MK m. 544/1 kapsamında geri alma sonucu doğuracak nitelikte olup olmadıkları tespit edilmelidir. Eğer, söz konusu tasarruflar, başlı başına geri alma sonucu doğuracak nitelikte ise tüm geri alma vasiyetnamesi bakımından MK m. 544/1; aksi halde ise MK m. 542 uygulanmalıdır. İki hüküm arasındaki pratik fark, MK m. 544/1 kapsamına giren hallerde ikinci vasiyetnamenin, kuşku bırakmayacak şekilde ilkini tamamladığı anlaşılırsa ikisinin de yürürlükte kalabilme ihtimali olmasındadır. Kanaatimizce, iki

¹⁴ Oğuzman, s. 176.

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 231; Oğuzman, s. 176; Dural/Öz, s. 110; Öztrak, s. 33.

¹⁶ Ergüne, s. 175; Bağcı, s. 131-132.

¹⁷ Oğuzman, s. 176; Dural/Öz, s. 110; İmre/Erman, s. 103.

¹⁸ Serozan/Engin, s. 361; Badertscher, Art. 509, N. 5.

¹⁹ Bağcı, s. 132.

hüküm arasındaki bu fark, değerlendirme yaparken dikkate alınmalıdır. Geri alma vasiyetnamesinde net olarak anlaşılan bir geri alma beyanı olduğundan, her ne kadar vasiyetnameye başka ölüme bağlı tasarruflar eklenmiş olsa da, mirasbırakanın iradesinin, iki ölüme bağlı tasarrufun bir arada yürürlükte olması yönünde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, geri almanın da mirasbırakanın iradesine uygun olarak MK m. 542'ye tabi tutulması daha makuldür.

2. SONRAKİ ÖLÜME BAĞLI TASARRUF İLE VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Mirasbırakanın, geri alma iradesini net biçimde yansıtmak yerine, bunu hiç dile getirmeden, önceki vasiyetnamesinde yer alan tasarrufları değiştiren yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapması mümkündür. Bu durumda eski tarihli vasiyetnamenin hukuki sonucunun ne olacağı MK m. 544/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuya yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır.”

Kanun koyucu, madde metninde her ne kadar, yeni bir vasiyetname düzenlenmesinden bahsetse de, MK m. 544/1 hükmünün miras sözleşmelerine uygulanmasını engelleyen bir kural bulunmamaktadır. Bu bakımdan, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarruf bir vasiyetname olabileceği gibi bir miras sözleşmesi de olabilir²⁰. Her halükârda, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun, aynı MK m. 542'de olduğu gibi, kanunda öngörülen şekillerden birine uygun olarak düzenlenmesi gerekir²¹.

Bu tespitin ardından, yukarıda kısaca değindiğimiz, MK m. 544/1 hükmünün geri alma vasiyetnamesini düzenleyen MK m. 542/1 hükmünden farkını da belirtmek gerekir. Şöyle ki, iki hükümde de eskisinin yürürlüğünü etkileyen yeni bir ölüme tasarruf söz konusu olsa da, MK m. 542/1, ilk vasiyetnameyi geri alma amacına yönelmiş yeni bir vasiyetnameyi hüküm altına alırken; MK m. 544/1 ise, açık bir geri alma beyanı içermemekle beraber, ilk vasiyetname ile bağdaşmayan tasarruflar içeren bir ölüme bağlı tasarrufu düzenlemektedir. Kanun koyucu MK m. 542/1 hükmü ile gerçekleştirilen tasarrufa mutlak surette geri alma sonucu bağlamış iken, MK m. 544/1'de yer alan hükmün, ilk vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğurmaması da mümkündür.

MK m. 544/1'e göre, kural olarak, yeni tarihli ölüme bağlı tasarruf, önceki vasiyetnameyi yürürlükten kaldıracaktır. Başka bir ifadeyle, yeni tarihli ölüme

²⁰ Oğuzman, s. 179 dn. 449; Öztrak, s. 65; Serozan/Engin, s. 366; Ergüne, s. 180 dn. 464; Bağcı, s. 145.

²¹ Bağcı, s. 155.

bağlı tasarruf, eskisinin geri alınması sonucunu doğuracaktır²². Kanun koyucu, burada aksi ispat edilebilir bir geri alma karinesi öngörmüş²³ ve ortada açık bir geri alma beyanı olmamasını da göz önüne alarak; kuşkuya yer bırakmayacak surette, yeni tarihli ölüme bağlı tasarrufun, ilk vasiyetnameyi tamamladığı anlaşılırsa her iki vasiyetnamenin yürürlükte kalmasına da imkân tanımıştır. Bunun için, ilk vasiyetnameden hak elde etmek isteyen kişi, ikinci ölüme bağlı tasarrufun ilkinin ortadan kaldırmayıp tamamladığını, vasiyetname dışı olgulara da dayanma hakkı saklı olarak kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ispat etmelidir²⁴.

Kanuna uygun bir şekilde düzenlenmiş olan ikinci ölüme bağlı tasarrufun, ilk vasiyetname ile aynı düzenleme tarihini içermesi halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda kanunda açıklık yoktur. Doktrindeki bir görüşe²⁵ göre; aynı tarihli ve birbiriyle çelişen iki vasiyetname var ise ve hangisinin önceki tarihli olduğu tespit edilemiyorsa, her ikisi de geçersiz sayılmalıdır. Doktrindeki diğer görüşe²⁶ göre ise, bu durumda öncelikle iki vasiyetnamenin de birlikte uygulanmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi; bundan olumlu bir sonuç alınamazsa vasiyetname içi ve dışı olgular da göz önüne alınarak mirasbırakanın gerçek arzusunu tespiti için çalışılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca, şüphe halinde ise, her iki vasiyetnamenin de yürürlükte olduğu kabul edilmelidir. Benzer bir başka görüşe²⁷ göre, ölüme

²² Kocayusufpaşaoğlu, s. 232; Serozan/Engin, s. 365; İmre/Erman, s. 105; Bağcı, s. 167. “... Murisin vasiyetlerle yaptığı tasarruflar aynı konuya ait olduğundan birbiri ile bağdaşır nitelikte değildir. Şu halde yukarıda açıklanan kural uyarınca ilk vasiyetle yapılan tasarruf ikinci vasiyetin yapılması ile hükümsüz hale gelmiştir...” YARG. 2. HD 12.7.1999 t. 1999/6001 E. 1999/8246 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015). Doktrinde, doğru olan yaklaşımın birbirini izleyen vasiyetnamelerin mümkün olduğu ölçüde bir arada uygulanmasını teşvik etmek olması gerektiğinden bahisle MK m. 544/I hükmü eleştirilmektedir. Bkz. Serozan/Engin, s. 365-366.

²³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 232-233; Oğuzman, s. 179; Serozan/Engin, s. 365; Dural/Öz, s. 112; İmre/Erman, s. 105; Antalya, s. 143; Cem Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594, s. 593; Badertscher, Art. 511, N. 1; Dorjee-Good, Art. 509-511, N. 8. Türk-İsviçre Hukukunda takip edilen bu yaklaşımın tam tersini kabul eden hukuk sistemleri de vardır. Türk Hukukunda kabul edilen geri alma karinesi, Alman ve Fransız Hukuklarında yerini tamamlama karinesine bırakmıştır. Alman Medeni Kanunu’nun 2258. maddesi ve Fransız Medeni Kanunu’nun 1036. maddesinde, şüphe halinde vasiyetnamelerin birbirlerini tamamladığı yönünde bir karine öngörülmüştür. Bkz. Bağcı, s. 173-174; İmre/Erman, s. 105; Weimar, Art. 511, N. 21.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 233; Oğuzman, s. 179; Dural/Öz, s. 112; İmre/Erman, s. 106; Öztan, s. 211; Bağcı, s. 168-169; Badertscher, Art. 511, N. 2.

²⁵ Ahmet Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 126.

²⁶ Öztrak, s. 77-78. Karş. Ergüne, s. 184.

²⁷ Bağcı, s. 178’den naklen Frédéric Lucet, Actualisé Par Raymond Le Guidec, Donations et Testaments, Révocation Des Testaments, Juris-Classeurs, Fasc. 110, Paris, 2007, s. 9. Aynı görüşte; Bağcı, s. 178-179.

bağlı tasarruflardan hangisinin daha sonra yapıldığı anlaşılamiyorsa, eldeki ölüme bağlı tasarrufların birbiriyle uyumlu hükümleri geçerli; uyumsuz olanlar ise geçersiz sayılmalıdır. Kanaatimizce de, aynı tarihli iki ölüme bağlı tasarruflarda aksi tespit edilemiyorsa, ikisinin de bir arada yürürlükte kalmasının istendiği şekilde bir yorum ve sadece uyumsuz tasarrufların geçersiz olacağı yönünde bir yaklaşım en makul yoldur. Ölüme bağlı tasarrufların, mümkün olduğu ölçüde ayakta tutulmasını ve bu suretle mirasbırakanın iradesinin gerçekleşmesini sağlamayı amaçlayan favor testamenti prensibi²⁸ de bu yaklaşımı desteklemektedir.

B. YOK ETME SURETİYLE VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Vasiyetnamenin yok etme suretiyle geri alınması MK m. 543/l'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu yolu; *“Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir.”* şeklinde hüküm altına almıştır. MK m. 543/l hükmünün 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde karşılığı yoktu. Ancak Yargıtay²⁹ ve doktrin³⁰ yine de vasiyetnamenin yok etme suretiyle geri alınabileceğini kabul etmekteydi. Türk Medeni Kanunu'nun kabulü ile birlikte aynı hususu düzenleyen mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun 510. maddesine uygun olarak zaten uygulamada var olan bu geri alma biçimi kanuni düzenlemeye kavuşmuş oldu.

Yok etme suretiyle vasiyetnamenin geri alınmasından söz edebilmek için mirasbırakanın geri alma iradesine sahip olması gerekir³¹. Vasiyetname,

²⁸ Baygın, s. 574. Favor testamenti ilkesine göre, bir vasiyetname, hem geçerli hem de geçersiz olabilecek şekilde yoruma açıksa, onu geçerli kılacak yorum tercih edilmelidir. Bkz. Baygın, s. 574

²⁹ YARG. HGK 14.10.196 t. 966/2-308 E. 449 K. (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y. 8, S. 85, Ocak 1968, s. 5845-5846).

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 233 vd.; Oğuzman, s. 177-178; Esat Şener, **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988, s. 406. Ancak kanunda bu yolun öngörülmemiş olması nedeniyle, yok etme suretiyle vasiyetnamenin geri alınamayacağını savunan bir görüş de var idi. Bkz. Öztrak, s. 50.

³¹ Escher, s. 355; Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Oğuzman, s. 178; Serozan/Engin, s. 363; İmre/Erman, s. 108; Antalya, s. 141; Badertscher, Art. 510, N. 2. Yargıtay bir kararında vasiyetnamenin içeriği tespit edilecek şekilde yırtılmasının yok etme iradesi ile yapılmadığını gösterdiğine hükmetmiştir. *“Medeni Kanununun 489. maddesine göre vasiyetten rücu da şekle bağlıdır. Bunlar için kanunda muayyen şekillerden biri ile rücu iradesinin belirtilmiş olması lazımdır. Vasiyetname münderecatının aynıyle ve tamamıyla tespiti mümkün olacak şekilde yırtılmış olması kazaen yırtıldığı yolundaki def'i doğrulamaktadır. Davacı şahitlerinin ifade ettikleri gibi imha kastıyla yırtılan bir vesika hiçbir zaman böyle muntazam bir şekilde yırtılmış olamaz. Kaldı ki vasiyetçinin kanuni formaliteyi çok güzel bilen bir kimse olduğu vasiyetname muhtevasından anlaşılmalıdır. Şu halde işbu vasiyetnameden rücu etmek istediği takdirde bunu da kanuna uygun şekilde yapmış olması şüphe götürmez bir gerçektir. Binaenaleyh mahkemenin vasiyetnamenin iptali suretinde tezahür eden görüşünde isabet yoktur.”* YARG. 2. HD 6.4.1964 t. 1964/1887 E. 1964/1795 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015).

geri alma iradesi olmaksızın; mirasbırakan tarafından yanlışlıkla yırtma, suya düşürme gibi bir şekilde yok edilirse MK m. 543/I anlamında bir geri almadan değil; MK m. 543/II kapsamında vasiyetnamenin yok olmasından bahsedilebilir³². MK m. 543/II, vasiyetnamenin geri alma iradesi olmaksızın mirasbırakan veya üçüncü kişi marifetiyle yok olması halini hüküm altına almaktadır. Vasiyetnamenin geri alma iradesiyle yok edilip edilmediği konusunda bir şüphe varsa, MK m. 543/I'e mi, yoksa MK m. 543/II'ye mi ağırlık verileceği yorum sorunudur³³. Doktrinde, bu durumda, geri alma iradesiyle yok etmenin asıl olduğu ve aksini iddia eden kişinin her türlü delile dayanarak bunu ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁴. Özellikle, yırtılmış veya bozulmuş bir vasiyetnamenin mirasbırakan nezdinde bulunmasının da, bunun onun tarafından yok edildiğine yönelik karineyi güçlendirdiği ileri sürülmüştür³⁵.

Yok etme fiilinin, geri alma iradesi ile yapılması gereği ve kanun koyucunun mirasbırakanın iradesine uygun olarak file geri alma hukuki sonucunu bağlaması karşısında burada bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir³⁶. Bu hukuki işlem, kanunda öngörülen şekil kurallarından muaf tutulmuş, maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf niteliğindedir³⁷. Bundan dolayı, yok etme ehliyetinin tespitinde, vasiyetname yapma ehliyetine ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁸.

Yok etme çeşitli biçimlerde gündeme gelebilir. Üzerinde hemfikir olunan husus; yakma, yırtma, karalama gibi fillerin geri alma iradesiyle yapıldığı takdirde yok etme kapsamına girdiğidir³⁹. Öte yandan, metnin üzerinin

³² Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Oğuzman, s. 178; Dural/Öz, s. 112. Vasiyetnamenin yok olması halinde, yok etme ile aradaki kritik fark, vasiyetname içeriğinin tespit edilip edilemediği noktasındadır. Kazaen veya 3. kişinin fiili ile yok olan vasiyetnamenin içeriği tespit edilebiliyorsa, vasiyetname geçerliliğini korumaya devam eder. Öte yandan, yok olma sonucu vasiyetnamenin içeriğini tespit etmek artık mümkün değil ise, vasiyetname hükümsüz olur. Ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Oğuzman, s. 180-181; Dural/Öz, s. 114-116.

³³ Doktrinde, vasiyetnamenin mirasbırakanın çalışma odasındaki çöp kutusuna atılması halinde mirasbırakan tarafından vasiyetnamenin yok edilmek istendiği; öte yandan vasiyetnamenin evin dışındaki bir çöp kutusunda bulunması halinde ise üçüncü kişinin vasiyetnameyi yok etmek istediği değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bkz. Öztan, s. 212.

³⁴ Oğuzman, s. 178; Dural/Öz, s. 115; Öztrak, s. 55; Ergüne, s. 189; Bağcı, s. 238. Alman Hukukunda bu husus yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bkz. Ergüne, s. 190.

³⁵ İmre/Erman, s. 108; Öztrak, s. 55; Şener, s. 407; Ergüne, s. 189 dn. 497.

³⁶ Öztrak, s. 47; Bağcı, s. 191. Hukuki işlemler hakkında genel bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme**, C. I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 87 vd.; Badertscher, Art. 510, N. 2.

³⁷ Escher, s. 355; Öztrak, s. 48; Bağcı, s. 193-197; Badertscher, Art. 510, N. 2.

³⁸ Escher, s. 355; Öztrak, s. 56; Bağcı, s. 197.

³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Oğuzman, s. 178; Dural/Öz, s. 112; Öztan, s. 212; Ergüne, s. 186-187; Bağcı, s. 208; Antalya, s. 141; Badertscher, Art. 510, N. 1; Weimar, Art. 511, N. 12. Tamamlanmış bir el yazılı vasiyetin üzerinde yapılan silme ve çizme işlemlerinin

çizilmesi, “geri alınmıştır” vb. bir not düşülmesi gibi, belgenin fiziken ortadan kaldırılmadığı ancak içerik itibarıyla geri alınmak istendiği durumlarda yok etmenin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁰. Bu hallerde yok etmenin şartlarının gerçekleşmediği kabul edilirse, kaçınılmaz olarak geri alma vasiyetnamesi hükümlerine başvurulacak, vasiyetnamelerin tabii olduğu şekil şartlarına uygun biçimde en azından imza ve tarih içermeyen bir geri alma beyanı geçersiz olacaktır⁴¹. Ama yok etmenin gerçekleştiği lehinde bir yaklaşım gösterilirse, yok etme yoluyla geri alma, imza ve tarih mevcut olmasa da geçerli olacaktır⁴². Son olarak belirtmek gerekir ki, doktrindeki bizim de katıldığımız eğilim, vasiyetname üzerini çizerek veya not düşerek de yok etme suretiyle geri almanın mümkün olduğu yönündedir⁴³.

Yırtma, karalama, yakma gibi bir fiille vasiyetnamenin yok edilmesi en yaygın olarak el yazılı vasiyetnamede söz konusu olur⁴⁴. Ancak, pek pratik değeri olmasa da, hükümden düşmeden önceki bir aylık süre içinde, sulh hakimine tevdi edilmiş sözlü vasiyetin de yok edilerek geri alınması mümkündür⁴⁵.

Resmi vasiyetnamenin yok edilerek geri alınması hususunda doktrinde bir tartışma vardır. Bu tartışmanın ana sorusu ise, noter nezdinde saklanmakta olan resmi vasiyetnamenin yok ederek nasıl geri alınacağıdır. Bu konuda, resmi vasiyetnamenin mutlaka noterdeki aslının yok edilmesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi, sadece nüshanın yok edilmesinin yeterli olduğu görüşü de savunulmaktadır. Ayrıca tartışmanın bir boyutu da noterin, mirasbırakanın talebi üzerine resmi vasiyetnameyi iade edip edemeyeceği noktasındadır.

de yapılacak yoruma göre kısmen veya tamamen yok ederek geri alma anlamına geldiği hakkında bkz. Mustafa Dural, **El Yazısı ile Vasiyetname**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 93.

⁴⁰ Bu hususta İsviçre Hukukunda ileri sürülen görüşler için bkz: Bağcı, s. 215 vd.

⁴¹ Serozan/Engin, s. 362.

⁴² Serozan/Engin, s. 362; Ergüne, s. 187-188.

⁴³ Serozan/Engin, s. 362-363; Ergüne, s. 187; Bağcı, s. 211 vd. Yargıtay bir kararında vasiyetnamenin düzenleme yerinin yer aldığı bölümün yırtılarak koparılması halinde vasiyetnamenin geri alınmış olacağını kabul etmiştir. “...*Vasiyetnamenin murisin el yazısı ile düzenlendiği belirlenmiştir. Vasiyetnamede düzenleme yeri yoktur ve yazılı olduğu kağıdın sol alt köşesi, metne siyaret etmeyecek şekilde yırtılmıştır...Aksine bir iddia ortaya atılıp ispat edilmediğine göre, söz konusu vasiyetnamenin yazılı olduğu kağıdın sol alt köşesinin muris tarafından yırtıldığını, mirasın açıldığı anda (MK. 517 md) o biçimde olduğunu kabul zorunludur. Yırtık olan bu sol alt köşede vasiyetnamenin düzenleme yerinin veya buna delalet eden bir yazının bulunduğu bir an için kabul edilse bile, bu hal murisin vasiyetten rücu (MK. 489, 490 md.) ettiğini göstereceğinden yalnızca bu sebeple dahi davanın kabulü gerekmektedir...*” YARG. HGK 8.3.2000 t. 2000/2-166 E. 2000/177 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015).

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Oğuzman, s. 178; Dural/Öz, s. 112; İmre/Erman, s. 109; Bağcı, s. 218; Antalya, s. 141.

⁴⁵ Oğuzman, s. 178; Dural/Öz, s. 113; Şener, s. 408.

İlk görüşü savunanlara göre⁴⁶; resmi vasiyetname ancak noterdeki aslının yok edilmesi suretiyle MK m. 543/l'e göre geri alınabilir. Öte yandan mirasbırakanın, vasiyetnamenin kendi elindeki nüshasını yırtma, yakma gibi davranışları ise geri alma sonucunu doğurmaz.

Doktrindeki diğer görüşe göre⁴⁷ ise, mirasbırakanın vasiyetnamesini geri alma hakkını kullanmasını gereksiz yere zorlaştırmaktansa resmi vasiyetnamenin aslı yerine bir nüshasının yok edilmesi de geri alma sonucu doğurmalıdır. Kanaatimizce, ikinci görüş, mirasbırakanın iradesine hukukun formalitelerinden daha fazla anlam yüklemesi sebebiyle savunulmalıdır. Öte yandan, resmi vasiyetnamenin sadece nüshası yok edilirken geri alma iradesinin mevcut olup olmadığı hususunda bir şüphe doğarsa, yukarıda yok etmenin geri almaya iradesiyle yapıldığına yönelik karinenin uygulanması zorlaşacaktır. Zira, noterde saklanan bir resmi vasiyetnamenin geri alınması istendiğinde, aslının da yok edilmesi hayatın olağan akışına daha uygundur. Noterin, resmi vasiyetname düzenlendiğine dair nüfus müdürlüğüne bilgi vermesi ve bu bilginin kişinin nüfus kaydına eklenmesi de, bunu bilen mirasbırakanın geri alma iradesini vasiyetnamenin aslına yönelik fiiliyle göstermesi gerektiği savunmasını güçlendirir. Sonuçta, kanaatimiz, resmi vasiyetnamenin nüshasının da yok edilerek geri almanın gerçekleşebileceği yönündedir. Ancak, bu ihtimalde artık yok etmenin geri alma iradesiyle yapıldığı yönündeki karine işlemeyecektir.

Noterlik Kanunu'nun 84. maddesinin ikinci fıkrası, noterlere, düzenledikleri belgenin aslını saklama yükümlülüğü öngörmüştür. Bu yükümlülüğün bir düzen normu teşkil ettiği kabul edilmektedir⁴⁸. Kanun koyucunun, noterlere yüklediği saklama görevinin, vasiyetnamesini yok etme amacıyla notere iade başvurusunda bulunan mirasbırakana nasıl yansıyacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁴⁹, vasiyetnamenin, mirasbırakanın talebi üzerine dahi iade edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, resmi vasiyetnamenin aslının yok edilmesi için, mirasbırakan, notere başvurarak vasiyetnamenin asıl nüshasının yok edilmesini talep etmelidir. Talep üzerine vasiyetnameyi imha eden noter ise, durumu bir tutanakla tespit edip saklamalıdır⁵⁰.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234-236; Dural/Öz, s. 112; İmre/Erman, s. 109; Öztan, s. 213; Şener, s. 407; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 197; Kılıçoğlu, s. 126; Weimar, Art. 511, N. 11.

⁴⁷ Serozan/Engin, s. 364; Bağcı, s. 226.

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 235.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234-235.

⁵⁰ Tutanak hazırlama ve bunu saklama yükümlülüğünün hukuki dayanağı Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 109/IV'tür. Buna göre; "Vasiyette bulunan, vasiyetinden her zaman için rücu edebilir. Rücu halinde vasiyetnamenin Noterlikçe tanzim veya açık veya kapalı olarak tevdi edildiği zaman tatbik edilen usul ve şartlar aynen uygulanmak suretiyle düzenlenecek

Diğer görüşe göre⁵¹ ise, resmi vasiyetnamenin noterde saklanması amacını üçüncü kişilere karşı bir koruma olduğundan, bu korumanın mirasbırakana da yöneltilmesi anlamsızdır. Bu nedenle, mirasbırakanın talebi üzerine vasiyetnamenin asıl nüshası iade edilmelidir. Bu görüş kabul edildiği takdirde de resmi vasiyetnamenin iadesinin tek başına yok etme niteliğinde olmadığına dikkat edilmelidir. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun 2256. paragrafının birinci fıkrasında, mirasbırakana iade edilen resmi vasiyetnamenin geri alınmış sayılacağını düzenleyen hükmün karşılığı Türk hukukunda yoktur. Bu sebeple, noterdeki aslı iade olunan bir resmi vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından yok edilmesi ile geri alma gerçekleşmiş olacaktır⁵². Bu hususta biz de, resmi vasiyetnamenin noterde saklanması, vasiyetnameyi üçüncü kişilerin tahrifine karşı koruma amacına dayandığını ve mirasbırakana karşı ileri sürülemeyeceğini savunuyoruz. Bu nedenle, resmi vasiyetnamenin iade talebinde bulunan mirasbırakana iade edilmesinde de hukuki bir sakınca görmüyoruz.

Doktrinde, mirasbırakanın, resmi vasiyetnamenin noterdeki aslını hukuka aykırı yollardan elde edip yok etmesi halinde de geri almanın gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁵³. Mirasbırakanı vasiyetname aslını hukuka aykırı biçimde elde etme yoluna itecek güdünün, çoğu zaman talebi üzerine noterden aslını alamaması olacağı da dikkate alınır, daha en başta noterden serbestçe iade talep edilebileceği kabul edilerek, bu açıklamalara gerek kalmaması mümkündür⁵⁴. Bu hususta son olarak belirtmek isteriz ki, resmi vasiyetnamenin noterden geri alınıp alınamayacağına ilişkin tartışma; saklanmak üzere notere tevdi edilen el yazılı vasiyetnameler bakımından geçerli değildir. Bu durumda, mirasbırakanın el yazılı vasiyetnamesinin aslını noterden isteyebileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

bir tutanak tanzim edilir. Bu işlemin aslı ciltbendine bir sureti vasiyetnameye eklenir."

⁵¹ Şener, s. 407; İnan/Ertay/Albaş, s. 197; Bağcı, s. 224.

⁵² Escher, s. 354; Kocayusufpaşaoğlu, s. 236; Dural/Öz, s. 113; Şener, s. 407.

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 236; Serozan/Engin, s. 363.

⁵⁴ Bağcı, s. 223-224.

⁵⁵ Dural/Öz, s. 113. Serozan/Engin, bu ihtimalde dahi, el yazılı vasiyetname aslının noterden istenmesine bağlı olmaksızın, vasiyetnamenin nüshasının yok edilmesinin geri alma sonucu doğuracağını kabul etmektedirler. Bkz. Serozan/Engin, s. 364. Öztrak ise, el yazılı vasiyetnamenin birden fazla nüshası olduğu takdirde, tüm nüshalar yok edilmezse, mirasbırakanın tüm el yazılı vasiyetname nüshalarını yok etme arzusunda olduğu ve bunu elinde olmayan sebeplerle yapamadığı ispatlanırsa vasiyetnamenin geri alındığının kabul edilebileceği görüşündedir. Bkz. Öztrak, s. 60. Resmi vasiyetnamenin aslının değil de, nüshasının yok edilmesi suretiyle geri alınabileceğine ilişkin görüşümüz, notere tevdi edilmiş el yazılı vasiyetnameler bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce, notere tevdi edilmiş el yazılı vasiyetnamenin nüshasının yok edilmesi suretiyle geri alma gerçekleşebilir.

C. SAĞLARARASI TASARRUF İLE VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Mirasbırakan, vasiyetnamesine konu ettiği malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf hakkını yitirmez. Mirasbırakanın, vasiyetnamesiyle bağdaşmayan sonraki sağlararası tasarrufları geçerli olup, vasiyetnamenin geri alınması hükmündedir (Ademptio Legati)⁵⁶. Bu husus MK m. 544/II'de; *"Belirli mal bırakma vasiyeti de, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe, mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar."* şeklinde düzenlenmiştir.

MK m. 544/II, yalnızca belirli mal vasiyetine konu değerler üzerinde yapılan tasarruflara uygulanacaktır. Öte yandan, konusu mirasçı atama olan vasiyetnamelerde, iradi mirasçıya düşecek tereke payı içinde yer alan mallar üzerindeki tasarruflar MK m. 544/II'ye tabi değildir⁵⁷. Bunun gerekçesi, mirasçı atamada, iradi mirasçı ile terekede yer alan münferit malvarlığı değerleri arasında bağlantı kurulmaması; başka bir ifade ile külli halefiyet öngörülmesidir. Nitekim, MK m. 544/II hükmü, kapsamı ölümden sonra tespit olunacak olan terekeye göre belirlenen iradi mirasçılığın, belirli bir mal üzerinde yapılan sağlararası tasarruf ile geri alınması sonucunu doğuracak kadar geniş yorumlanamaz⁵⁸.

"Nev'i telef olmaz." ilkesi gereğince, vasiyet edilen malın çeşit borcuna konu olması halinde de, malın her zaman tedarik edilebilecek olması MK m.

⁵⁶ Kocayusufoğlu, s. 236-237; Oğuzman, s. 180; Serozan/Engin, s. 366; Şener, s. 412; Badertscher, Art. 511, N. 3.

⁵⁷ Kocayusufoğlu, s. 237; İmre/Erman, s. 107; Öztrak, s. 87; Şener, s. 412; Bağcı, s. 261. Ergüne ise bu kuralın kıyasen mirasçı atamaya da uygulanabileceğini bir örnek üzerinden anlatmaktadır. Buna göre, mirasbırakanın tüm malvarlığı bir evden ibaretse ve bu ev vasiyetname ile birine bırakıldıysa, buradaki ölüme bağlı kazandırma mirasçı atama olarak nitelendirilmelidir. Mirasbırakanın, daha sonra bu evi başkasına devretmesi halinde, MK m. 544/II'yi kıyasen uygulayarak vasiyetnamenin geri alındığı kabul edilmelidir. Zira, böyle bir olayda, münferit kazandırmaya rağmen mirasçı atanmanın geçerli olacağı kabul edilmesi mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile bağlı olduğunun ileri sürülmesiyle eşdeğerdir. Bkz. Ergüne, s. 199-200.

⁵⁸ Öztrak, s. 87; Bağcı, s. 261; Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Seçkin, 2016, s. 115. *"Miras bırakan, vasiyette bulduktan sonra, vasiyetname ile bağdaşmayacak şekilde ölüme bağlı olmayan bir tasarrufla vasiyete konu olan şey üzerinde tasarrufta bulunursa, bu davranışı ilk vasiyetten rücu anlamını taşır (Esat Şener, Miras Hukuku, 1981, s. 374 vd.; Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, s. 154 vd. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 1972, 184; Nuşin Ayiter, Miras Hukuku 1971, s. 57; İlhan Öztrak, Miras Hukuku 1968, 83). Dolayısı ile böyle bir durumda miras bırakanın eylemleri vasiyetten döndüğü kabul edilir. Bu hüküm sadece belirli mal vasiyetleri için geçerlidir. Mirasçı atanmasına (nasbına) ilişkin vasiyetlerde uygulanmaz. Çünkü atanmış mirasçı (TMK. m. 516)vasiyetçinin mirasçısı olup, terekenin aktif pasifinden az da olsa, çok da olsa, tasarruf geçerliliğini korur..."* YARG. HGK 4.11.2009 t. 2009/2-455 E. 2009/464 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015).

544/II hükmünün uygulanmasını engeller⁵⁹. Sonuçta, MK m. 544/II hükmünün uygulanabilmesi için, parça borcuna ilişkin belirli bir malvarlığı değerinin vasiyet edilmesi ve bu vasiyete aykırı bir sağlararası tasarruf yapılması gerekir. Vasiyet edilen malvarlığı değeri bir parça borcu teşkil etmekle beraber, vasiyetnamenin yorumundan, mirasbırakanın iradesinin malvarlığından çıkan şeyin karşılığının da vasiyetname kapsamında olması yönünde olduğu anlaşılıyorsa, tasarruf geri alma sonucunu doğurmaz⁶⁰. Bu bakımdan denilebilir ki; MK m. 544/II düzenlemesi, bir geri alma karinesi öngörmektedir⁶¹.

Mirasbırakanın malvarlığı değeri üzerindeki tasarrufunun geri alma sonucunu doğurabilmesi için sadece borçlandırıcı işlem yapılması yeterli olmayıp, tasarruf işlemi de gerçekleştirilmelidir⁶². Sağlararası hukuki işlemin geçerlilik şartları bulunmadığı takdirde ne olacağı tartışmalıdır. Mirasbırakanın geri alma iradesine ağırlık veren bir görüşe göre⁶³, vasiyetnamenin geri alınması sonucu bağlanan bir sağlararası tasarrufun muvazaa nedeniyle hükümsüz hale gelmesi durumunda dahi, mirasbırakanın geri alma iradesi baki olduğundan vasiyetname tekrar yürürlüğe girmez. Öte yandan, sağlararası

⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 237; Oğuzman, s. 180; Serozan/Engin, s. 366; İmre/Erman, s. 107; Öztrak, s. 87; Şener, s. 412; Bağcı, s. 258.

⁶⁰ Serozan/Engin, s. 366; Dural/Öz, s. 114; Şener, s. 412; Ergüne, s. 197; Bağcı, s. 249; Dorjee-Good, Art. 509-511, N. 9. Malın mirasbırakanın iradesi dışında nakit ile değişimi halinde de (Örneğin istimlak bedeli, sigorta bedeli) geri alma karinesinin uygulanmayacağı yönünde bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 196.

⁶¹ Ergüne, s. 196; Bağcı, s. 245.

⁶² Hatemi, s. 114; Öztrak, s. 89. Bu yönde bkz. "Medeni Kanununun 491. Maddesinin ikinci fıkrasında söz konusu edilen tasarruf, vasiyetnamenin infazını imkansız kılan tasarruflara aittir. Oysa bağış vaadi taahhüdü ile (Teslim vaki olmadıkça) bağış yapanın o mal üzerindeki mülkiyeti son bulmayacağına ve ölümü ile beraber kitapların tereke arasında katılması gerektiğine göre, sözü edilen maddenin ikinci fıkrasındaki halin gerçekleştiği iddia edilemez." YARG. 2. HD 30.09.1963 t. 5131/5128 (Şener, s. 1110).

⁶³ Bağcı, s. 277-278. Ancak Yargıtay bir kararında taşınmaz satışının muvazaalı olması halinde vasiyetnamenin geri alınmasının söz konusu olmayacağından bahisle, vasiyetname ile lehine kazandırmada bulunan davacının muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası açmada hukuki menfaati olduğuna hükmetmiştir. Aynı kararın ekinde yer alan karşı oy yazısında ise, **Bağcı**'nın görüşü ile paralel biçimde, muvazaalı taşınmaz satışının sadece mirasbırakanın vasiyetnameyi geri almaya yönelik irade bildirimini olarak yorumlanması gerektiği ve davacının muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası açma hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Karar için bkz: YARG. HGK 21.11.2001 t. 2001/1-958 E. 2001/1035 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015). Yargıtay daha yeni tarihli bir başka kararında ise aksi yönde hüküm kurmuştur. Karara konu olayda mirasbırakan taşınmazını bir derneğe vasiyet etmekte, daha sonra ise aynı taşınmazı eşine muvazaalı olarak satmaktadır. Yargıtay, taşınmaz satışının muvazaalı olması nedeniyle diğer yasal mirasçılar lehine payları oranınca tescil yapılması gerektiğine, dernek bakımından ise vasiyetnamenin sağlararası işlemlerle geri alınmış olması nedeniyle tescil talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir. Bkz. YARG. 2. HD 10.3.2004 t. 2004/1789 E. 2004/3035 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015).

tasarrufun, mirasbırakanın ayırt etme gücünden yoksun olması nedeniyle iptal olması halinde aynı sonuca varmak mümkün değildir. Bu durumda, ortada zımni de olsa bir geri alma iradesinin varlığından söz açılmayacağı için, vasiyetnamenin geri alındığı kabul edilemez. Diğer görüşe göre⁶⁴ ise, kanun koyucu mirasbırakanın geri alma iradesinin geçerli biçimde dışarı yansımalarını aramaktadır. Tek taraflı bir hukuki işlemle veya yok etme yoluyla vasiyetnamesini kolayca geri alabilecek mirasbırakanın, bunu tercih etmeyerek geçersiz bir sağlararası işlem yapması halinde, bu geçersizliğe rağmen geri alma sonucunun doğacağını kabul etmenin haklı bir gerekçesi yoktur. Yargıtay da, vasiyetnamenin sağlararası tasarruf yoluyla geri alınması için, sağlararası hukuki işlemin geçerli olması gerektiğine hükmetmektedir⁶⁵.

MK m. 544/II ile bağlantılı ve paralel bir düzenleme, MK m. 517/III'te yer almaktadır. MK m. 517/III'e göre; *"Bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar."* MK m. 517/III hükmü de, MK m. 544/II gibi yalnızca parça borcuna ilişkin vasiyetlerde uygulanacaktır⁶⁶. Mirasbırakanın ölümünde, vasiyete konu malvarlığı değeri terekeden çıkmazsa vasiyet borcu düşecektir⁶⁷. Bu sonuç MK m. 517/III'te düşme karinesi, MK m. 544/II'de ise geri alma karinesi olarak ortaya çıkar⁶⁸. İki karinenin birlikte söz konusu olduğu tasarruflar söz konusu olabilir⁶⁹. O kadar ki, MK m. 517/III'ün MK m. 544'ü de kapsayan, daha geniş bir hüküm olduğu söylenebilir. MK m. 544/II'nin uygulandığı hallerde, malın daha sonra terekeye iade olunması geri alınmış vasiyetnamenin tekrar hüküm doğurmasını sağlamaz⁷⁰. Çünkü,

⁶⁴ Ergüne, s. 200-202; Öztrak, s. 92.

⁶⁵ Bkz: *"...Vasiyetten dönmenin gerçekleşmesi için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerekir...Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir tasarrufla rücu edebilirse de, o tasarrufun hukuki sonucu doğurması, daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırılabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarrufun geçerli olması gerekir..."* YARG. 3. HD 25.09.2014 t. 2014/4147 E. 2014/12521 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015); *"...Vasiyetten dönmenin gerçekleşmesi için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerekir..."* YARG. HGK 6.11.2002 t. 2002/2-874 E. 2002/893 K. (www.kazanci.com, çevrimiçi: 17.11.2015). Karş: Muvazaalı işlemlere ilişkin aksi yöndeki karar için bkz: dn. 60.

⁶⁶ Baki İlkey Engin, "1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi, **Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1999, s. 853-877, s. 864; Öztrak, s. 93; Bağcı, s. 253.

⁶⁷ Engin, s. 864; Ergüne, s. 199; Weimar, Art. 511, N. 28.

⁶⁸ Serozan/Engin, s. 366-367; Öztrak, s. 93; Bağcı, s. 254. Ancak, vasiyet, malın terekede olmaması halinde dahi, bulunup vasiyet edilene verilmesi yönünde ise (tedarik vasiyeti), vasiyet borçlusunun borcu devam edecektir. Bkz. Engin, s. 864; Serozan/Engin, s. 367.

⁶⁹ Serozan/Engin, s. 367.

⁷⁰ Öztrak, s. 94; Serozan/Engin, s. 367. Doktrinde Bağcı, bu yönde genel bir kabulün doğru olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, sağlararası bir tasarruf ile malvarlığından çıkan bir değer, daha sonra mirasbırakanın iradesine uygun olarak malvarlığına iade olunması

malın terekeden çıkmasına temel olan tasarruf ile mirasbırakan zımnen de olsa vasiyeti geri alma iradesini ortaya koymuştur. MK m. 517'nin uygulama alanına giren bazı hallerde ise (örneğin, malın terekeden kamulaştırma gibi irade dışı bir sebeple çıkması⁷¹), malın terekeye iadesi vasiyet borcunun düşmesine engel olur. Doktrinde⁷²; iki hükmün uygulama alanlarının tespiti için şöyle bir formül sunulmaktadır:

- *“Vasiyet edilen malın devri halinde: MK m. 544/II ve MK m. 517/III*
- *Vasiyet edilen malın irade dışı olarak terekeden çıkması: MK m 517/III*
- *Vasiyet edilen malın devirden sonra geri alınması: MK m. 544/II”*

III. GERİ ALMANIN GERİ ALINMASI

Vasiyetnamenin geri alınması işleminin de geri alınabileceği konusunda doktrin hemfikirdir. Bu işlemin MK m. 542 vd. hükümlerinde öngörülen yollardan biriyle yapılması gerekir⁷³.

Geri almanın geri alınması, beraberinde cevaplanması gereken sorular doğurur. Bunlardan ilki; geri alınmış olan ilk vasiyetnamenin yeniden hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmayacağıdır. **Kocayusufpaşaoğlu** tarafından aktarılan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da bu soru cevaplanmaya çalışılmıştır. Federal Mahkeme, bir geri alma vasiyetnamesinin geri alınmasının söz konusu olduğu olayda, son geri alma vasiyetnamesinin mirasbırakanın arzusu dikkate alınarak incelenmesi; ancak kuşku halinde durumun yasal mirasçılığa dönüş şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır⁷⁴. Federal Mahkeme burada yasal mirasçılığı iradi mirasçılığa üstün tutan bir yaklaşım sergilemiştir⁷⁵.

Federal Mahkeme'nin de dayanak aldığı gibi, geri almanın geri alınmasının ortaya çıkaracağı sonuçlar bir yorum meselesidir⁷⁶. Bu bakımdan, mirasbırakanın gerçek iradesini belirlemek için vasiyetname dışı olgulara dayanılması da mümkündür⁷⁷. Mirasbırakanın iradesini dikkate alarak yapacağımız yorum da bizi her olay bakımından farklı sonuçlara götürebilecektir. Yine de doktrinde bazı ihtimaller üzerinden, hayatın olağan akışı içinde varılabilecek makul

(örneğin, tekrar satın alınması), somut olay bazında geri almanın geri alınması şeklinde de yorumlanabilir. Bkz. Bağcı, s. 255.

⁷¹ Öztrak, s. 94; Serozan/Engin, s. 367; Dorjee-Good, Art. 509-511, N. 9.

⁷² Serozan/Engin, s. 367.

⁷³ Öztrak, s. 95; Bağcı, s. 308; Dorjee-Good, Art. 509-511, N. 10.

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 231'den naklen BGE 91. II. 264.

⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 231-232.

⁷⁶ Escher, s. 353; Oğuzman, s. 177; Serozan/Engin, s. 370; Dural/Öz, s. 110-111; İmre/Erman, s. 104; Ergüne, s. 176.

⁷⁷ Öztrak, s. 96; Bağcı, s. 313.

sonuçlar örneklendirilmiştir. Somut olay bazında değerlendirme yaparken yol gösterici olması açısından bu ihtimalleri de değerlendirmekte fayda görüyoruz.

Geri alma vasiyetnamesinin geri alınması ilk vasiyetnameye canlılık kazandırır mı şeklindeki sorumuz, farklı ihtimallere göre birbirine zıt şekilde cevaplanabilir. İlk ihtimalimiz; ilk geri alma vasiyetnamesinin sadece geri alma tasarrufunu içermesi ve ikinci geri alma vasiyetnamesinin de sadece geri almanın geri alındığına yönelik bir tasarruf içermesi halidir. Doktrindeki⁷⁸ genel kabule göre; bu ihtimalde, mirasbırakanın iradesi ilk vasiyetnameyi tekrar yürürlüğe sokma yönündedir. Örneğin; A'nın 1.1.2016 tarihli vasiyetnamesi ile B'yi iradi mirasçı olarak atadığı bir durumda; 1.5.2016 tarihinde geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek "1.1.2016 tarihli vasiyetnamemi geri alıyorum" şeklinde bir irade beyanında bulunduğunu düşünelim. A'nın daha sonra geri almanın geri alınması yoluna başvurarak, yeni bir vasiyetnamede "1.5.2016 vasiyetnamemi geri alıyorum" şeklinde bir irade beyanında bulunması hayatın olağan akışına göre, A'nın iradesinin B'yi tekrar mirasçısı haline getirmek olduğu yönünde yorumlanmalıdır.

Aynı sonuca varmak, ilk geri alma vasiyetnamesinde geri almadan başka maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bulunması halinde o kadar da kolay değildir. Bu durumda, geri almanın geri alınmasının ilk vasiyetnameye yürürlük kazandırıp kazandırmayacağı yine tamamen bir yorum meselesidir⁷⁹. Bu noktada, ya iradi mirasçılığa ya da yasal mirasçılığa ağırlık verilecektir. Yukarıda bahsi geçen Federal Mahkeme kararında, bu yorum yasal mirasçılık lehine yapılmıştır. Keza doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre⁸⁰ de, bu durumda mirasbırakanın iradesinin başka yönde olduğu anlaşılamiyorsa, karine olarak her iki vasiyetnamenin de geçersiz olduğu ve yasal mirasçılığa dönüş yapıldığı kabul edilmektedir. Yargıtay da baskın görüşe uygun bir tutum sergileyerek, bu durumda yasal mirasçılığa dönüldüğü yönünde karar vermektedir⁸¹.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 232; Oğuzman, s. 177; Serozan/Engin, s. 370; Dural/Öz, s. 111; Öztrak, s. 97; Ergüne, s. 177; Bağcı, s. 317; Weimar, Art. 511, N. 35.

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 232.

⁸⁰ Oğuzman, s. 177; Serozan/Engin, s. 371; Ergüne, s. 177.

⁸¹ Bkz: "...Muris Halit Huldü Z.'un 17.2.1995 tarihinde düzenlediği vasiyetname, 5.5.1988 tarihli vasiyetnameyi açıkça tamamlar nitelikte değildir. Muris düzenlediği ikinci vasiyetnamesinde, esaslı değişiklikler yapmış, önceki vasiyetnamesinde yer alan bazı düzenlemelerden vazgeçmiş, bu vasiyetnamede yeni düzenlemelere yer vermiş, birinci vasiyetnamesi ile oluşan iradesini değiştirmiş, yeni idaresini düzenlediği ikinci vasiyetname ile oluşturmuştur. O halde ikinci vasiyetname birinci vasiyetnamenin yerine geçmiş ve ilk vasiyetname geçerliliğini yitirmiştir. Muris, düzenlediği 6.5.1998 tarihli vasiyetten rücu senedi ile de, 17.2.1995 tarihli vasiyetnamesinden açıkça rücu etmiştir. Böylece, 1988 tarihli vasiyetnameden, 1995 tarihli vasiyetname ile dönmüş olması ve 1995 tarihli vasiyetnameden de 1998 tarihinde rücu etmiş olması sonucu, muris mirasının tamamen

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşü savunan **Bağcı**'ya göre⁸² ise; içinde başkaca ölüme bağlı tasarruflar da yer alan bir geri alma vasiyetnamesinin geri alınması halinde iradi mirasçılığa dönülmek istendiği yönünde bir karine kabul edilmesi daha uygundur. Zira, mirasbırakan her ne kadar ilk vasiyetnamesini geri almış olsa da, iradi mirasçılığı göze almıştır. Yazar, bu görüşünü; eşinden sevgilisi için boşanan bir adamın, sevgilisini de terk etmesi halinde (bunu başka biri için yapmamışsa) artık eşine dönmek istediğinin varsayılacağı şeklinde bir benzetme ile somutlaştırmaktadır. Kanaatimizce, ne **Bağcı**'nın verdiği örnek soruna ve geri alma kurumuna uygun bir benzetmedir ne de "iradi mirasçılığı göze alma" kriteri mirasbırakanın ölüme bağlı yeni tasarruflarda bulunarak geri aldığı bir vasiyetnamenin tekrar canlanmasını istediği şeklinde bir karine kabul ettirecek güçtedir. Kanaatimizce bu görüş, geri almanın, yok etme suretiyle geri alınması halinde işlerlik kazanabilir. Biz böyle bir durumda, ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlüğe sokulmak istendiği şeklinde bir yorum yapılmasının hayatın olağan akışına daha uygun olduğu görüşüne katılmaktayız⁸³.

Geri almanın geri alınması konusunda karşımıza çıkabilecek üçüncü ihtimal, son geri alma vasiyetnamesinde geri alma iradesi yanında başkaca tasarruflar olması halidir. Doktrinde bir görüşe göre⁸⁴, bu durumda makul yorum, mirasbırakanın iradesinin üçüncü bir vasiyetnameyi yürürlüğe sokmak yönünde olduğudur. Diğer görüşe göre⁸⁵ ise, mirasbırakanın üçüncü ölüme bağlı tasarrufu geri almadan başka ölüme bağlı tasarruflar içerse dahi ilk vasiyetnameyi kısmen de olsa canlandırmak istediği kabul edilmelidir. Zira burada mirasbırakan, ilk vasiyetnameyi geri alan iradesini de geri almaktadır. Kanaatimizce, üçüncü vasiyetnamede geri alma iradesi yanı sıra başkaca ölüme bağlı tasarruflar olması halini iki ayrı ihtimale göre incelemek gerekir. Eğer ilk geri alma vasiyetnamesi sadece buna ilişkin bir irade beyanı içeriyor ve üçüncü vasiyetname ise geri almanın yanı sıra başkaca tasarruflar da barındırıyor ise, ilk vasiyetnamenin üçüncü vasiyetname ile bağdaşan hükümlerinin tekrar yürürlüğe sokulmak istendiği şeklinde bir yorum yapılmalıdır. Öte yandan eğer ilk geri alma vasiyetnamesi geri alma iradesinden başka ölüme bağlı tasarruflar da içermekte ise, üçüncü vasiyetnamede yapılan geri alma beyanı yanındaki diğer tasarruflar, yeni bir vasiyetnamenin yürürlüğe sokulmak

yasal mirasçılık ile ilgili kurallara tabi olması iradesine dönmüştür..." YARG. 2. HD 18.3.2003 t. 2003/601 E. 2003/3742 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 17.11.2015).

⁸² Bağcı, s. 318.

⁸³ Oğuzman, s. 177; Serozan/Engin, s. 370.

⁸⁴ Serozan/Engin, s. 370; Escher, s. 353. Doktrinde bir görüşe göre, bizim yukarıda yaptığımız ihtimaller üzerinden bir ayrıma gidilmeksizin; vasiyetin geri alınması tasarrufunun yeni bir ölüme bağlı tasarruf ile geri alınması halinde, ilk vasiyetnamenin yürürlüğe girmesinin ancak mirasbırakanın bu yönde bir irade beyanı açıklaması halinde mümkün olduğunu savunulmaktadır. Bkz. İmre/Erman, s. 103-104.

⁸⁵ Öztrak, s. 99-100.

istendiği şekilde yorumlanmaya daha müsaittir⁸⁶.

Bu başlık altında karşımıza çıkan bir diğer soru; yok etme suretiyle yapılan bir geri almanın geri alınıp alınamayacağıdır. Doktrindeki bir görüşe göre⁸⁷ yok edilen bir vasiyetnamede geri alma geri alınamaz. Mirasbırakanın yok ettiği bir vasiyetnameye yeniden yürürlük kazandırabilmesi için, kanunda öngörülen şekillerden birine uyararak yeni bir vasiyetname düzenlemesi gerekir⁸⁸. Bu görüşün temel mantığı, yok edilen vasiyetnamenin içeriğinin tespitindeki zorlukta yatmaktadır⁸⁹. Ancak eğer, üzeri çizilen bir vasiyetnameyi de yok etme suretiyle geri alınmış kabul edersek, aynı sonuca her zaman ulaşamayız. Nitekim doktrindeki diğer görüşe göre⁹⁰; vasiyetname not düşme, yırtma gibi daha sonra içeriği kanıtlanabilecek şekilde yok edilirse, geri almanın geri alınması mümkündür. Zira, bu durumda, vasiyetnamenin içeriğini tespitinde herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır. Hatta, kurşun kalemle vasiyetname üzerine yazılmış bir “iptal edilmiştir” ifadesinin silgi ile silinmesi yoluyla geri almanın geri alınması mümkünken bunu reddetmenin mantıki açıklamasının olmaması da doktrinde haklı olarak dile getirilmiştir⁹¹.

SONUÇ

Vasiyetnameler, düzenleyen tarafından serbestçe geri alınabilen ölüme bağlı tasarruflardır. Ancak bu serbesti, kanun koyucu tarafından öngörülen sınırlar dahilinde mevcuttur. MK’da, vasiyetnamenin dört yoldan biri ile geri

⁸⁶ **Bağcı** da benzer bir ayırım yaparak konuyu değerlendirmekte ancak ileri sürdüğümüz düşüncenin tam tersi bir sonuca varmaktadır. Yazar, ilk geri alma vasiyetnamesinde ve geri almanın geri alınması vasiyetnamesinde geri alma beyanları yanısıra başkaca tasarruflar olduğu takdirde ilk vasiyetname ile üçüncü vasiyetnamenin birbiriyle bağdaşan hükümlerinin ayakta tutulması gerektiği görüşündedir. Öte yandan, saf bir geri alma vasiyetnamesini geri alan üçüncü vasiyetnamenin geri alma dışında başka tasarruflar içermesi halinde ise, sadece üçüncü vasiyetnamenin ayakta tutulmak istendiğini ileri sürmektedir. Bkz. Bağcı, s. 318.

⁸⁷ Escher, s. 353; Öztrak, s. 95; Dural/Öz, s. 111; Weimar, Art. 511, N. 39.

⁸⁸ Escher, s. 353; Dural/Öz, s. 111.

⁸⁹ Doktrinde bu yaklaşım, yok etme suretiyle gerçekleşen geri almanın geri alınmasının, yok edilen vasiyetnamenin içeriğinin tespitinden farklı ve bağımsız olduğu yönünde eleştirilmektedir. Buna göre, yok etme suretiyle vasiyetnamenin geri alınmasının diğer geri alma yollarından tek farkı vasiyetnamenin fiilen ortadan kaldırılmasıdır. Somut olayın özellikleri çerçevesinde yok edilen vasiyetnamenin içeriğini tespit mümkün olduğu müddetçe geri almanın geri alınması da mümkün kabul edilmelidir. Bkz. Ergüne, s. 192-193. Biz de, vasiyetnamenin fiilen yok edilmeden de geri alınabileceğini kabul ettiğimizden, içeriği tespit edilebildiği müddetçe yok etme yoluyla geri almanın da geri alınabileceği görüşündeyiz.

⁹⁰ Serozan/Engin, s. 369; Ergüne, s. 191-193; Bağcı, s. 305. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de yok etme suretiyle geri almanın geri alınabileceği yönünde bir kararı bulunmaktadır (BGE 101 II 211-218). Karar için bkz. Ergüne, s. 191 dn. 505.

⁹¹ Serozan/Engin, s. 369.

alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Mirasbırakan, vasiyetnamesini geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek, ilk vasiyetnamesiyle bağdaşmayan yeni bir ölüme bağlı tasarruf yaparak, belirli mal vasiyetine konu ettiği malvarlığı değeri üzerinde sağlararası tasarrufta bulunarak veya yok etme suretiyle geri alabilecektir. Bu yollardan sadece ilkinde mirasbırakanın geri alma iradesi, açık bir beyanla dışarı yansımaktadır. Diğer geri alma yollarında ise, mirasbırakanın geri alma iradesinin mevcut olduğuna dair bir karine üzerinden vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna varılmaktadır.

İlk vasiyetnamenin geri alma vasiyetnamesi ile geri alınması halinde mirasbırakan, düzenlediği ikinci vasiyetname ile ilkini geri alma iradesini açık olarak yansıtmaktadır. Mirasbırakan, vasiyetnameyi geri alma iradesini yansıtmamakla beraber, düzenlediği yeni tarihli ölüme bağlı tasarruf ile önceki vasiyetnamesi ile bağdaşmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda bulunursa da vasiyetnamenin geri alınması sonucu doğacaktır. Şu kadar ki, bu ihtimalde, eğer ikinci ölüme bağlı tasarrufun ilkini tamamladığı, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ispatlanabilirse, iki ölüme bağlı tasarruf da birlikte yürürlükte olacaktır.

Mirasbırakan yeni bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemek yerine vasiyetnamesini yok ederek de geri alabilir. Yok etme, vasiyetnameyi fiziken imha etme şeklinde olabileceği gibi, vasiyetnamenin üzerine iptal edilmiştir vb. bir ifade yazarak veya metnin üzerini çizerek de yapılabilir. Resmi vasiyetnamenin yok etme suretiyle geri alınması usulü doktrinde tartışmalıdır. Katıldığımız görüş uyarınca, resmi vasiyetname, noterdeki aslına dokunulmaksızın mirasbırakandaki nüshasının yok edilmesi suretiyle de geri alınabilir.

Vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin son imkan, parça borcu niteliğindeki belirli mal vasiyetinin, söz konusu malvarlığı değeri üzerinde yapılacak sağlararası tasarrufla geri alınmasıdır. Vasiyetnamenin bu yolla geri alınması için, sağlararası tasarrufun geçerli biçimde gerçekleşmesi gerekmektedir.

Vasiyetnamenin geri alınması tasarrufunun da geri alınması mümkündür. Bu durumda, ilk vasiyetnamenin tekrar canlılık kazanıp kazanmayacağı, geri almayı geri alan işlemin yorumu suretiyle cevaplanacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan: **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.
- Ayan, Mehmet: **Miras Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Seçkin, 2016.
- Badertscher, Pia: **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, 3. Bası, 2016 (Swisslex).
- Bağcı, Ömer: **“Vasiyetnamenin Geri Alınması”**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.
- Baygın, Cem: **“Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594.
- Dorjee-Good, Andrea. **Erbrecht Art. 457-640 ZGB: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. Bası, 2016 (Swisslex).
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut: **Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku**, C. IV, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Dural, Mustafa: **El Yazısı ile Vasiyetname**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.
- Dural, Mustafa: **Miras Sözleşmeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Engin, Baki İlkay: **“1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölüme Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1999, s. 853-877.
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Escher, Arnold: **Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku**, Çev. Şakir Ansay, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1949.
- Hatemi, Hüseyin: **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan: **Miras Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2017.
- İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan: **Miras Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme**, C. I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal: **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995.

Öztan, Bilge: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Öztrak, İlhan: **Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1964.

Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Şener, Esat: **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988.

Weimar, Peter: **Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die Verfügungen von Todes wegen: BK – Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1**, 2009 (Swisslex).

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN AYRILMA HAKKI VE BREXIT SÜRECİ

The Right to Withdraw from The European Union and The Brexit Process

Arş. Gör. Gökçe TOPALOĞLU¹

Geliş Tarihi: 21.07.2017

Kabul Tarihi: 16.03.2018

ÖZET

Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce Avrupa Birliği'nden ayrılma hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında değerlendirme yapmak gerekmekte idi. Lizbon Antlaşması'nın 50. maddesi ile üye devletlerin tek taraflı olarak ayrılma talebinde bulunabilmelerine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hüküm kapsamında ilk ayrılma bildirimini ise Birleşik Krallık yapmıştır. Ayrılmaya ilişkin süreç henüz tam netleşmemişken doktrinde tartışmalar devam etmekte, Birleşik Krallık ise Büyük Fesih Yasası ile geçişin olumsuz etkilerini en aza indirmeyi amaçlamaktadır.

Çalışmada Lizbon öncesi dönemde AB'den ayrılma hakkına ilişkin incelemeler yapıldıktan sonra, ABA madde 50 hükmündeki düzenlemelerin değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu doğrultuda Birleşik Krallık hükümetinin yapmış olduğu çalışmalar ve yasama faaliyetleri ile doktrindeki tartışmalar ele alınarak, ayrılmanın etki ve sonuçlarının kapsamı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Ayrılma, Brexit, Birleşik Krallık, Lizbon Antlaşması, Madde 50

ABSTRACT

Since there was no regulation about the right to withdraw from the European Union before the Lisbon Treaty entered into force, it was necessary to make an assessment under the Vienna Convention on the Law of Treaties. With the article 50 of the Lisbon Treaty, an arrangement has been introduced that member states should be able to request unilateral separation. The United Kingdom has made the first withdrawal notification under the relevant provision. While the process of separation is not prominent yet, the debate continues and the United Kingdom aims to reduce the negative effects of the withdrawal with the Great Repeal Bill.

After analysing the right to withdraw from the EU in the pre-Lisbon period, the regulations under article 50 of the TEU has been assessed in the study. In this context the extent of the impacts and consequences of the withdrawal will be evaluated by discussing the legislations of UK and debates in doctrine.

Keywords: European Union, Withdrawal, Brexit, United Kingdom, Lisbon Treaty, Article 50

Giriş

Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) madde 50'de yer alan Avrupa Birliği'nden ayrılmaya ilişkin madde 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile getirilen yenilikler kapsamındadır. Bu sebeple çalışmamızda ilk olarak Lizbon Antlaşması öncesinde AB'den ayrılmanın hangi hukuki düzenlemeler ile mümkün olabileceği konusuna değinilmiştir. AB'nin kurucu anlaşmalarının bir

¹ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, E-posta: gokcetopaloglu@windowslive.com

ayrılma hükmü ihtiva etmemesi, devletlerin AB'den ayrılamayacağı anlamına gelmemekle birlikte, hangi hükümlere dayanılarak bunun gerçekleşeceği tespit edilmelidir.

2009 yılında getirilen değişiklikler ile ABA madde 50 metninde Birlikten ayrılma konusu düzenlenmiştir. 2016'da yapılan referandumdan çıkan sonuç neticesinde ise, AB'nin ilk genişleme sürecinde Birliğe katılan Birleşik Krallık, Birlikten ayrılan ilk devlet olacaktır. Dolayısıyla çalışmamızın ikinci kısmında ABA madde 50 ve Brexit² süreci birlikte incelenecektir. Zira Birlikten ayrılmak isteyen ilk devlet Birleşik Krallık olduğundan ve ayrılma hükmü detaysız ve kısa olarak düzenlendiğinden, bu hususların birlikte incelenmesi gerekmektedir. AB'den ayrılma sırasında izlenecek yol ve yöntem Brexit ile adım adım netleşmektedir. Bu sebeple çalışmamızın ikinci kısmında henüz belirsiz vaziyette bulunan ayrılma anlaşmasının muhtemel içeriği, AB vatandaşlarının durumu ve Birleşik Krallık hükümetince ilan edilen Büyük Fesih Yasası gibi hususlar incelenerek ayrılmanın bu bağlamdaki etki ve sonuçları üzerinde durulmaktadır.

1. Lizbon Antlaşması Öncesinde Avrupa Birliği'nden Ayrılma Hakkı

Üye devletlerin Avrupa Birliği'nden ayrılmasına ilişkin ilk düzenleme, 2004 yılında imzalanan ancak Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumların neticesinde yürürlüğe giremeyen Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma metninde yer almıştır.³ Bunun öncesinde ayrılma fikri zaman zaman dile getirilse de, antlaşma metinlerinden herhangi birine dâhil edilmesi söz konusu olmamıştır.⁴ Bu haliyle Avrupa Birliği üyeliği hakkında “boşanma imkânı olmayan bir evlilik” benzetmesi yapılmıştır.⁵ Avrupa bütünleşmesi yolunda ilk adım olarak nitelendirilen Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran antlaşma 50 yıl süreli olarak yapıldığından, antlaşmaya ayrılmaya ilişkin bir hüküm eklenmemiştir.⁶ İlerleyen süreçte imzalanan antlaşmalar ise süresiz olarak imzalanmalarına rağmen, Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar ayrılmaya ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

² Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılması hukuki ve siyasi çevrelerde, “Britain” ve “Exit” kelimelerinin birleşmesinden oluşan “Brexit” adı ile anılmaktadır.

³ Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı, madde 59, <https://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2850,anayasatrdoc.DOC?0>, Erişim Tarihi: 15.07.2017

⁴ Hill, John, “The European Economic Community: The Right of Member State Withdrawal”, Georgia Journal of International & Comparative Law, Cilt 12, 1982, s. 337-338; Bilgin, A. Aslı, “Avrupa Birliğinden Çekilme Hakkı: Sonun Başlangıcı Mı?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 215-216.

⁵ Nicolaidis, Phedon, “Withdrawal From The European Union: A Typology of Effects”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Cilt 20, No 2, 2013, s. 209.

⁶ Günüşür, Haluk, Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Bütünleşmesi, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2012, s. 75.

1.1 Uluslararası Hukuk Kuralları Uyarınca Avrupa Birliği'nden Ayrılma

1957 yılında imzalanan Roma Antlaşması'nın 240. maddesi, antlaşmanın süresiz olarak akdedildiğini belirtir ancak herhangi bir ayrılma hükmü içermez.⁷ Lizbon Antlaşması yürürlüğe girene kadar, Avrupa Birliği'nden ayrılmaya ilişkin AB mevzuatında bir hüküm bulunmadığından, bu evrede uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde ayrılmanın mümkün olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Elbette antlaşmanın süresiz olması veya bir ayrılma hükmünün bulunmaması, ayrılmanın hiçbir koşulda mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir.⁸

Vienna Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) madde 54 uyarınca antlaşmada bir hüküm yok ise, tüm taraf devletlerin rızası ile antlaşmadan çekilmek mümkündür. Lizbon Antlaşması ile getirilen düzenlemelerden önce, Avrupa Birliği'nden ayrılmak isteyen devlet için de aynı durum söz konusu olacağından, tek taraflı irade beyanı ile ayrılma kural olarak mümkün olmayacaktır. Bu anlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 1971 yılında tarihli bir kararı AB kurucu antlaşmalarının yorumlanması bakımından önem arz etmektedir. ABAD, antlaşmalarda açık bir hüküm bulunmadıkça Birliğe devredilen yetkilerin geri çekilemeyeceğini veya üye devletlerin yetki alanlarına iade edilemeyeceğini belirtmiştir.⁹ Her ne kadar devletlerin tek taraflı fillerine ilişkin nihai bir hüküm niteliği bulunmasa da, Divanın Birliğe devredilen yetkilerin akıbeti konusunda geniş yorumdan ziyade dar yorum yapma eğiliminde bulunduğu görülmektedir.¹⁰ Buna karşılık Lordlar Kamarasının 1991 yılında almış olduğu bir kararda¹¹, Avrupa Birliği mevzuatının Birleşik Krallık yasalarından üstünlüğü vurgulanmakla birlikte, Bu yetki devrinin geri dönüşsüz olmadığı ve parlamentonun halen kurucu antlaşmaları değiştirebilme kudretinin bulunduğu vurgulamaktadır.¹² Bu noktadan hareketle, Lordlar Kamarasının yorumunun ABAD yorumundan farklı olduğu anlaşılmaktadır. Alman mahkemelerinin de benzer yönde kararları bulunmaktadır. Alman

⁷ Treaty establishing the European Economic Community, http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf, Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁸ Berglund, Sara, "Prison or Voluntary Cooperation? The Possibility of Withdrawal from the European Union", *Scandinavian Political Studies*, Cilt 29, No 2, 2006, s. 151.

⁹ Case 7/71, *Commission v. France*, s. 1018. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88118&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=731909>, Erişim tarihi: 12.04.2017

¹⁰ Weiler, Joseph H. H., "Alternatives to Withdrawal from an International Organization: The Case of the European Economic Community", *Israel Law Review*, Cilt 20, No 1, 1985, s. 286.

¹¹ *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/factor-1.htm>, Erişim Tarihi: 14.04.2017

¹² MacCormick, Neil, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *European Law Journal*, Cilt 1, No 3, 1995, s. 260.

Anayasa Mahkemesi 1994 tarihli bir kararında, AB'nin yetkilerinin süreç içerisinde Almanya'nın makul bulmayacağı ölçüde genişlemesinin mümkün olabileceği, bu sebeple de Almanya'ya antlaşmadan çekilme hakkının verilmesi gerektiği, zira Almanya'nın egemenlik yetkilerinden feragat etmediğini sadece bu yetkilerini devrettiğini belirtmiştir.¹³ Burada vurgulanmak istenen husus, devredilen yetkilerin Almanya tarafından geri alınabileceğidir. Sonuç olarak VAHS uyarınca tüm taraflarının rızası ile antlaşmadan çekilmenin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte, tek taraflı beyan ile çekilme konusunda ABAD ve ulusal mahkemeler farklı yorumlarda bulunmuşlardır.

VAHS madde 56'da ise, antlaşmalarda herhangi bir hüküm bulunmaması halinde antlaşmanın sona erdirilmesi, fesih yahut çekilme durumunu düzenlemektedir. İlk ihtimalde, tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetlerinin tespit edilmiş olması halinde, antlaşmalardan çekilmek mümkündür. İkinci ihtimalde ise, antlaşmanın niteliğinden fesih veya çekilme hakkının var olduğunun zımnen çıkarılması durumudur. Esasen her iki ihtimal de antlaşmanın yorumlanması ile somutlaşabilir. 1957 tarihli Roma Antlaşması ile getirilen ve ABA kapsamında halen yürürlükte bulunan düzenlemeye göre, AB kurucu antlaşmaları süresiz olarak geçerlidir.¹⁴ Bunun yanı sıra Roma Antlaşması'nın giriş kısmında devletler, Avrupalı halkların daha da yakınlaşması için bir Birlik kurmak ve Avrupa ülkelerini dayanışma içerisinde birbirine bağlamak niyetlerini belirtmektedirler. Bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, tarafların fesih veya çekilmeye ilişkin bir niyetinin olmadığı kanaati oluşmaktadır. Esasen bir antlaşmanın belirli bir süre için yapılması veya süresiz geçerli olduğunun hükme bağlanması, aynı neticeyi doğurur. Burada antlaşmadan çekilme imkânı dışarıda bırakılmak istenmektedir.¹⁵ Doktrinde çoğunlukla, geçici nitelik taşıyan antlaşmalarda, antlaşmanın sona erdirilmesi veya fesihe ilişkin bir niyetin var olduğunun kabul edilmektedir.¹⁶ Roma Antlaşmasında ise süresiz yapılan antlaşma ile kalıcı bir uluslararası örgüt kurma niyetinin bulunduğu anlaşılmaktadır.¹⁷ Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarının daimi nitelik taşıması, bu hüküm uyarınca antlaşmanın sona erdirilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir.

¹³ Berglund, s. 149; Brunner v European Union Treaty, http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_1/German%20ConstCourt%20Maastricht.pdf, Erişim Tarihi: 14.04.2017.

¹⁴ ABA madde 53

¹⁵ Akehurst, Michael "Withdrawal from International Organizations", Current Legal Problems, Cilt 32, No 1, 1979, s. 151.

¹⁶ Akehurst, s. 152; Yearbook of International Law Commission Volume II, United Nations Publication, New York, 1964, s. 63, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf, Erişim Tarihi: 15.04.2017; Sinclair, Ian, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester University Press, 1973, s. 101.

¹⁷ Hill, s. 335.

Yukarıda bahsi geçen durumlar haricinde birtakım özel şartların gerçekleşmesi halinde de antlaşmaların sona erdirilebileceği kabul edilmiştir. VAHS madde 62’de *clausula rebuc sic stantibus* olarak adlandırılan ve antlaşma akdedilirken mevcut olan şartların antlaşma akdedildikten sonra öngörülme-yen şekilde köklü bir değişikliğe uğraması neticesinde ortaya çıkan durum, antlaşmadan çekilmek için bir gerekçe olarak kabul edilebilmektedir. Ancak devletlerin istemedikleri yükümlülüklerden kaçma imkânı olarak kötüye kullanılabileceğinden, oldukça istisnai hallerde uygulanır. VAHS’de çerçevesinin çizildiği şekliyle, bu ilkenin uygulanabilmesi için, şartlardaki değişikliğin antlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı temelini teşkil etmesi ve halen icra edilmesi gereken yükümlülüklerin kapsamını köklü şekilde değiştirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin Avrupa Birliği’nden tek taraflı çekilme sebebi olarak kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Zira devletlerin kurucu antlaşmalarda da hüküm altına aldığı şekilde, Avrupa Birliği’nin bütünleşme hedefi doğrultusunda sürekli yenilenen ve değişen bir AB mevzuatı karşımıza çıkmaktadır. Devletlerin AB hukukundan doğan yükümlülükleri artmaktadır ve devletler esasen bu durumu öngörmüş ve antlaşma ile buna rıza göstermiş durumdadırlar. Hatta kurucu antlaşmalar, genel ifade ile Avrupalı devletler arasında entegrasyonu sağlama, sosyal ve ekonomik alanda ortak hareket etme neticesinde doğacak yükümlülükleri kabullenme anlamı taşır. Bu nedenle, söz konusu değişikliklerin antlaşmadan çekilme sebebi olarak öne sürülmesi, Avrupa Birliği’nin doğasına aykırı olacaktır.¹⁸

Antlaşmalardan çekilmeye ilişkin bir diğer hüküm VAHS’nin madde 60’da yer almaktadır. Buna göre taraflardan birinin, çok taraflı bir antlaşmayı esaslı ihlali halinde, antlaşmanın askıya alınması veya sona erdirilmesi mümkündür. Aynı maddede esaslı ihlalin nelerden ibaret olduğu belirtilmiştir. Ancak AB hukukunun uygulanması ve yorumlanması konusunda münhasır yargı yetkisi ABAD’a aittir.¹⁹ Devletler bunun aksini kararlaştırma yetkisine sahip değildirler.²⁰ Bir üye devletin antlaşmalar ile belirlenmiş yükümlülüklerini yerine getirmediğinin tespiti, ABAD tarafından yapılacaktır. Üye devlet, Divan kararıyla belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla kurucu antlaşmaların ihlali halinde yapılması gerekenlerin tespiti sadece ABAD’ın

¹⁸ Çamlıca, Ferhat, “Avrupa Birliği ve Ekonomik Parasal Birlikten Ayrılmanın Lizbon Antlaşması Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 11, No 1, 2012, s. 32.

¹⁹ Jacqué, Jean Paul, “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, Common Market Law Review, Cilt 48, 2011, s. 1012.

²⁰ ABA madde 344: “Üye devletler, Antlaşmalar’ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyumsuzluk konusunda, Antlaşmalar’da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmayı taahhüt ederler.”

yetkisi dâhilindedir.²¹ Bundan dolayı, madde 60 hükmünün AB bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir.

1.2 Grönland Örneği

Grönland coğrafi olarak Kuzey Amerika'da yer almakla birlikte, Danimarka'ya bağlı özerk bir bölgedir. 1972 yılında Grönland'da yapılan referandum sonucunda Avrupa Topluluklarına katılım reddedilmiştir.²² Ancak Danimarka'nın 1973 yılında AB'ye katılımı neticesinde, Grönland kendiliğinden Avrupa Topluluklarına dâhil olmuştur. 1979 yılında Grönland için özerk bir parlamento oluşturulmasıyla başlayan sürecin devamında, Danimarka'nın ada üzerindeki etkisi azalmaya başlamıştır.²³ 1980 yılında parlamentoda çoğunluk sahibi olan Siumut partisi, Grönlandlıların Avrupa Topluluklarında kalıp kalmama konusundaki iradelerini bir referandum ile ortaya koyma konusunda bağımsız olmaları gerektiğini savunmuştur. Adanın çoğunluğunda savunulan görüş, Avrupa Topluluklarının adayı, kendi politik ve kültürel yapısını olumsuz yönde etkileyebilecek bir sistemin içine dâhil ettiğidir.²⁴ Grönland'ın esas endişesini, balıkçılık politikası oluşturmaktadır. Grönland bu alanda getirilen kısıtlamalara dâhil olmak istememektedir.²⁵ Belirtilen sebeplerin etkisi ile, 1983 yılında yapılan referandum neticesinde yine ayrılma yönünde sonuç çıkması üzerine, Topluluk ve Grönland arasında, hem ilişkileri tamamen koparmayacak hem de Grönland'ın sözü edilen endişelerini giderecek bir antlaşma yapılması kararlaştırılmıştır. Yapılan anlaşma ile Grönland Topluluklardan çekilmiştir. Roma Antlaşması uyarınca Grönland'a deniz aşırı toprak statüsü²⁶ verilmiş ve balıkçılık alanına özgülenmiş birtakım anlaşmalar imzalamıştır.²⁷ Grönland deniz kaynakları bakımından oldukça önemli bir konuma sahip olduğundan, Avrupalı devletler için ilişkilerin devam etmesi önemlidir. Bu sebeple Grönland ile ortaklık anlaşması imzalanmış ve Birlik üyelerine bu alanda avlanma imkânı tanınmıştır. Buna ek olarak ada, Birlik üyesi olmamakla birlikte Danimarka'ya bağlı bulunduğundan, Schengen müktesebatı kapsamındadır.²⁸

²¹ Bilgin, s. 221.

²² Berglund, s. 157; Friel, Raymond J., "Providing A Constitutional Framework for Withdrawal From The EU: Article 59 of the Draft European Constitution", *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 53, No 2, 2004, s. 409.

²³ Friel, s. 409.

²⁴ Johansen, Ove ve Sørensen, Carsten Lehmann, "Greenland's Way Out Of The European Community", *The World Today*, Cilt 39, No 7/8, 1983, s. 272.

²⁵ Akçadağ Alagöz, Emine, "Avrupa Birliği ve Grönland", 20 Kasım 2009, s. 1, <http://www.bilgesam.org/incele/805/-avrupa-birligi-ve-gronland/#.WRGoSeXyiUk>, Erişim Tarihi: 09.05.2017

²⁶ Association Of The Overseas Countries And Territories, *The Treaty of Rome, 1957, Madde 131-136*, https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf, Erişim Tarihi: 09.05.2017

²⁷ Johansen ve Sørensen, s. 276.

²⁸ Akçadağ Alagöz, s. 1.

Grönland'ın Avrupa Topluluklarından ayrılmasını sağlayan anlaşma, Komisyonun önerisi üzerine Konsey ve Parlamento tarafından onaylanarak, tüm üye devletler tarafından imzalanmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu ayrılma, VAHS madde 54/b hükmünde de yer aldığı şekliyle, tarafların tamamının rızası ile gerçekleşmiş bir ayrılmadır. Günümüzde her ne kadar AB üyesi olmasa da, AB ile ilişkileri devam etmektedir. Taraflar ikili anlaşmalar vasıtasıyla münasebetlerini sürdürmektedirler.

Birlikten ayrılmaya ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme bulunmayan Lizbon Antlaşması öncesi dönemde, ayrılmanın pratikteki yansımalarına yukarıda kısaca değinilmiştir. Lizbon Antlaşması ile getirilen düzenlemeler açık şekilde birlikten ayrılma hakkı vermekle birlikte, uygulamada nasıl somutlaşacağı, Birleşik Krallık'ın ayrılma sürecinin yani Brexit'in değerlendirilmesi ile ortaya çıkacaktır.

2. Lizbon Antlaşması ile Getirilen Düzenlemeler Doğrultusunda Brexit Sürecinin İncelenmesi

2.1 ABA madde 50

2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'ndan itibaren, kurucu antlaşmalarda AB'den ayrılmaya ilişkin açık bir hüküm yer almaktadır. Avrupa Birliği'nin karmaşık yapısı göz önüne alındığında hükmün kısa ve ayrıntısız olduğu söylenebilir. Söz konusu hüküm ABA madde 50'de şu şekilde ifade edilmiştir:

“1. Her üye devlet, kendi anayasal kurallarına uygun olarak Birlik'ten ayrılmaya²⁹ karar verebilir.

2. Ayrılma kararı alan üye devlet, niyetini Avrupa Birliği Zirvesi'ne bildirir. Birlik, söz konusu devletle, Avrupa Birliği Zirvesi tarafından belirlenen yönlendirici ilkeler ışığında, bu devletin Birlik ile gelecekteki ilişkisinin çerçevesini dikkate alarak, ayrılmaya ilişkin kuralları belirleyen bir anlaşmayı müzakere eder ve akdeder. Bu anlaşma, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 218. maddesinin 3. paragrafına uygun olarak müzakere edilir. Anlaşma, Birlik adına, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, nitelikli çoğunlukla hareket eden Konsey tarafından akdedilir.

3. Antlaşmalar'ın ilgili üye devlete uygulanması, ayrılma anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte, bunun gerçekleşmemesi halinde, Avrupa Birliği Zirvesi oybirliğiyle ve ilgili üye devletle mutabık kalarak süreyi uzatmadığı takdirde, 2. paragrafta belirtilen bildirimden iki yıl sonra sona erer.

²⁹ “Withdraw” sözcüğü Türkçe'ye çekilmek veya ayrılmak olarak çevrilmektedir. Makalede bir uluslararası örgüt ele alındığından, “ayrılma” sözcüğünü kullanmanın daha uygun olacağı kanısındayız.

4. 2 ve 3. paragrafların amaçları doğrultusunda, ayrılan üye devletin Avrupa Birliği Zirvesi'ndeki veya Konsey'deki temsilcisi, Avrupa Birliği Zirvesi veya Konsey'de kendisini ilgilendiren görüşmelere ve kararlara katılamaz. Nitelikli çoğunluk, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 238. maddesinin 3. paragrafının (b) bendine göre belirlenir.

5. Birlikten ayrılan bir devlet Birliğe yeniden katılmak isterse, talebi 49. maddede belirtilen usule tabi olur."

İlgili madde Birlikten ayrılma sürecinin ana hatlarını ortaya koymaktadır. Üye devletler bu hükme dayanarak AB üyeliklerini sonlandırabilirler. Görüldüğü üzere, üye devletler ile tek tek müzakereler yapma veya her birinin ayrı ayrı onayını alma gibi bir koşul söz konusu değildir. Ancak ayrılma anlaşmasının Konsey ve Parlamento'nun onayından geçeceği düşünülürse, anlaşmanın ayrılan devletin aleyhine olmayacak şekilde akdedilebilmesi için, AB üyesi devletlerle uzlaşılması gerekecektir.

2.2 Brexit Referandumu

Birleşik Krallık, 23 Haziran 2016 tarihinde AB üyeliğinin devamı konusunda referanduma gitmiştir. Esasen bu referandum Birleşik Krallık tarihinde ilk değildir. 1975 tarihinde de Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) üyeliğinin devamına ilişkin bir referanduma gidilmiştir. O dönemde iktidarda olan İşçi Partisi, kendi içerisinde Toplulukta kalıp kalmama konusunda fikir ayrılıkları yaşamaktaydı. Bu ikilik, Birleşik Krallık halkının görüş ve düşüncelerini etkilemekteydi. Başbakan Harold Wilson'un konuyu referanduma götürmesi üzerine, %67 oranda Toplulukta kalma sonucu çıkmıştır.³⁰ Böylelikle Birleşik Krallık'ın AB üyeliği günümüze dek devam etmiştir.

Birleşik Krallık tarihindeki AB üyeliğine ilişkin ikinci referandum macerası ise 2013 yılında başbakan David Cameron'un yaptığı konuşmanın ardından başlamıştır. Ancak referandumun temelleri, Başbakan'ın konuşmasından çok daha önce atılmıştı. Birleşik Krallık AB üyesi olduğu ilk günden bugüne, ulusal egemenlik konularında hassas davranmaktaydı. Birleşik Krallık ve Başbakan Winston Churchill, Avrupa bütünleşmesi yolunda önemli aktörler olmalarına rağmen, AB'nin ilk adımı olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nun dışında kalmayı tercih etmişlerdir. Bunun en önemli sebeplerinden biri ise Birleşik Krallık'ın kendi egemenlik yetkileri üzerinde herhangi bir kısıtlamayı kabul etmek istemeyişidir.³¹ AB üyesi olduktan sonra da, egemenlik konusu aynı şekilde Birleşik Krallık için hassas bir nokta olmuştur. Hatta 2011 çıkarılan bir

³⁰ Bkz. http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/june/6/newsid_2499000/2499297.stm, <http://www.historyextra.com/article/international-history/1975-referendum>, Erişim Tarihi: 11.07.2017

³¹ Günüğü, s. 38.

yasa ile, AB'nin yetkilerinde bir genişleme söz konusu olduğu takdirde, Birleşik Krallık'ın onayı için referandumdan olumlu sonuç alınması şartı getirilmiştir.³² Devam eden süreçte muhalifler ve liberaller arasında AB üyeliği konusunda anlaşmazlıklar artmaya başlamıştır. Muhafazakârlar AB üyeliğinin referanduma sunulmasından yanadır. Başbakan David Cameron ise AB üyeliğinin devam etmesinden yana iken, kendi partisindeki AB muhaliflerinin baskısı ile baş etmek zorunda kalmıştır. Günden güne artan bu baskının ve Birleşik Krallık Bağımsızlık Partisi'nin destekçilerini artırmasının ardından, kendi partisinin oy kaybedeceği düşüncesi ile, Başbakan David Cameron Birleşik Krallık halkına referanduma gidileceğini duyurmuştur.³³ Cameron konuşmasında, Avro bölgesi, AB bürokrasisi ve demokratik hesap verebilirlik gibi bazı konularda AB'yi eleştirmekle birlikte, AB üyeliğinin sona erdirilmesini desteklemediğini de belirtmiştir.³⁴

Başbakan'ın Ocak 2013 tarihindeki konuşmasının ardından, referandum 23 Haziran 2016 tarihinde gerçekleşmiştir. Birleşik Krallık genelinde, AB'de kalınması yönündeki oy oranı % 48.1'de kalırken, ayrılma yönünde oy kullananların oranı %51.9'a ulaşmıştır. İskoçya ve Kuzey İrlanda halkı %62 oranda AB'de kalınması yönünde oy kullanmıştır. Galler'de ise %52.5'lik oranda ayrılma sonucu çıkmıştır. İngiltere'de, Londra dışındaki tüm seçim bölgelerinde, ayrılma yönünde karar çıkmıştır.³⁵ Özetlemek gerekirse, İskoçya ve Kuzey İrlanda'nın büyük çoğunluğu, AB üyeliğinin devam etmesini istemekte idi. Hatta referandumun neticelenmesinin ardından, İskoçya Başbakanı Nicola Sturgeon, sonucun demokratik anlamda kabul edilemez nitelikte olduğunu belirterek, İskoçya'nın bağımsızlığına ilişkin ikinci bir referandum da dâhil olmak üzere AB üyeliğini güvenceye almak için gereken tüm seçeneklerin göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir.³⁶

Sadece bölgesel açıdan değil, yaş ve eğitim seviyesi gibi kıstaslar açısından da oylama oranlarında dikkat edilmesi gereken farklılıklar bulunmaktadır. Sonuçlara göre 18-24 yaş grubunda %73, 25-34 yaş grubunda % 62 oranında kalma yönünde oy kullanılırken; 55 yaş ve üzerindeki nüfusta %60 civarında

³² European Union Act, Section 4: Cases where treaty or Article 48(6) decision attracts a referendum, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/contents>, Erişim Tarihi: 15.07.2017

³³ Craig, Paul, "Brexit: A Drama in Six Acts", European Law Review, Cilt 41, No 4, 2016, s. 5, <http://law.indiana.edu/what/advance-knowledge/vibrant-community/assets/craig-brexit.pdf>, Erişim Tarihi: 18.07.2017

³⁴ <https://www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>, 23 Ocak 2013, Erişim Tarihi: 12.07.2017

³⁵ Brexit: Six months on, The UK in a Changing Europe, s. 18, <http://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2016/12/Brexit-Six-months-on.pdf>, Erişim Tarihi: 12.07.2017

³⁶ Bkz. <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-36620375>, 24 Haziran 2016, Erişim Tarihi: 12.07.2017

ayrılma yönünde oy kullanıldığı görülmüştür. Eğitim seviyeleri dikkate alındığında ise; eğitim seviyesi azaldıkça ayrılma yönünde oy kullananların oranının arttığı görülmektedir.³⁷ Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, eğitilmiş ve genç nüfusun AB üyeliğinin devam etmesi taraftarı olduğu anlaşılmaktadır.

Her ne kadar referandumdan ayrılma kararı çıkmış olsa da, Birleşik Krallık yasaları uyarınca referandumun sonucu hukuken bağlayıcı değildir, tavsiye niteliğindedir. Bu durum Birleşik Krallık Anayasasının parlamento egemenliği prensibinden ortaya çıkmaktadır.³⁸ Dolayısıyla Parlatentonun tavsiye niteliğindeki bu sonuca ilişkin hukuki işlem yapıp yapmama konusunda bir özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak David Cameron'un referandum sonucuna uyulacağına dair yapmış olduğu sözlü taahhüdün ardından, Birleşik Krallık'ın AB üyesi olarak kalmaya devam etmesi pek mümkün olmayacağından, ayrılma süreci başlamıştır.³⁹

Referandumun sonuçlanmasının ardından, AB'de kalınması konusunda kampanya yürüten David Cameron istifa etmiş ve görevi Theresa May'a bırakmıştır. Cameron'a göre AB'den ayrılma sürecini yeni bir başbakan yürütmelidir. Esasında ayrılma kararı hem Cameron için hem de Birleşik Krallık için şartıcı olmuştur. Cameron da istifa konuşmasında bunu belirtmiş ve AB entegrasyonu içerisinde yer alan bir Birleşik Krallık düşüncesini daha doğru bulduğunu belirtmiştir.⁴⁰ Cameron'un istifasının ardından, Brexit adı ile anılan ayrılma süreci Başbakan Theresa May tarafından başlatılmıştır.

2.3 Avrupa Konseyi'ne Yapılacak Bildirim

ABA madde 50/l'de yer alan düzenleme uyarınca üye devletler, kendi anayasa hukuku kuralları uyarınca, Konsey'e Birlik'ten ayrılmaya ilişkin bildirimde bulunacaklardır. Ayrılma bildirimi üye devletin takdirinde olmakla birlikte, ilgili talebin müzakere edilmesi ve ayrılma işleminin gerçekleşmesi belirli prosedürlere bağlıdır. Hükmün ilk defa işletileceği göz önünde bulundurulursa, ayrılmaya ilişkin tartışmalı veya yeterince açık olmayan hükümler veya hususlar, Brexit süreci ile netleşecektir.

Ayrılma bildiriminin, üye devletin kendi anayasa hukuku kuralları uyarınca yapılacağı hüküm altına alınmakla birlikte, burada spesifik olarak hangi

³⁷ Curtice, John, Brexit: Behind the Referandum, Temmuz 2016, <http://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2041905816666122>, Erişim Tarihi: 13.07.2017

³⁸ Craig, "Brexit...", s. 30.

³⁹ Hestermeyer, Holger P., "How Brexit Will Happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit", *Journal of International Arbitration*, 2016, Cilt 33, Sayı 4/1, s. 434-435.

⁴⁰ <https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/24/david-cameron-resigns-after-uk-votes-to-leave-european-union>, Erişim Tarihi: 12.07.2017

kuralların işaret edildiği belirsizdir. Anayasal kurallar iç hukuk kapsamında yer aldığından, burada incelenmesi gereken Birleşik Krallık Anayasası'dır. Dolayısıyla bu konuda ABAD'ın herhangi bir yorum yetkisi bulunmamaktadır.⁴¹ Bununla birlikte, Birleşik Krallık'ın yazılı bir anayasası bulunmadığından konu yeniden tartışmalı hale gelmektedir.⁴² Bu noktada Birleşik Krallık düzenlemeleri dikkate alındığında iki olasılığın ortaya çıktığı görülmektedir. İlk olasılık Kraliyet İmtiyazı⁴³ yetkileri çerçevesinde alınan karar doğrultusunda Başbakan'ın Avrupa Konseyi'ni bilgilendirmesidir. Burada Parlamento sürece katılmaz. Diğer bir olasılık ise, Kraliyet İmtiyazı yetkileri kullanılmadan önce Parlamentonun onayının alınmasıdır. Esasen Birleşik Krallık hukuku uyarınca Kraliyet İmtiyazı yetkileri kullanılmadan önce bir yasama işlemine ihtiyaç vardır.⁴⁴

Birleşik Krallık hükümeti ilk aşamada Parlamentoyu sürece dâhil etmeden, Kraliyet İmtiyazı yetkileri çerçevesinde bildirim yapacaklarını belirtmiştir. Hükümete göre, bildirim yapılması, uluslararası antlaşmaların akdedilmesi ve sona erdirilmesi gibi yetkilerin dâhil olduğu istisnai yetkileri kapsayan Kraliyet İmtiyazı yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Buna karşın parlamentonun sürece dâhil edilmesi gerektiğini savunanlar ise; AB'den ayrılmanın serbest dolaşım gibi pek çok konuda kişi haklarını ilgilendirdiğini, dolayısıyla ancak parlamentonun bir yasama işlemi bildirim yapılabileceğini savunmaktadırlar.⁴⁵ Yüksek Mahkeme de benzer şekilde, Parlamentonun onayı olmadan 50. maddenin işletilemeyeceğine hükmetmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre, Birleşik Krallık'ın AB'ye katılımını sağlayan anlaşma, AB hukukundan kaynaklanan birtakım hakları bünyesinde ihtiva etmekte olduğundan, bu hakların geri alınmasına sebebiyet verecek olan bir ayrılma işlemi Kraliyet 'in yetkileri dâhilinde değildir. Dolayısıyla Mahkeme, Kraliyet İmtiyazı yetkileri ile söz konusu katılım anlaşması hükümlerin ayrı ayrı veya bir bütün olarak tamamen kaldırılması veya iptal edilmesinin mümkün olmadığını açık bir

⁴¹ Tridimas, Takis, "Article 50: An Endgame without an End", King's Law Journal, Cilt 27, No 3, 2016, s. 302.

⁴² Douglas-Scott, Sionaidh, "Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution", The Modern Law Review, Cilt 79, No 6, 2016, s. 1025.

⁴³ "Royal Prerogative" olarak ifade edilmektedir. Bu ayrıcalıklı yetkiler Kraliyet'in halen elinde bulundurduğu yasal otoriteden ileri gelmektedir ve kapsamı Birleşik Krallık Anayasası tarafından belirlenmiştir.

⁴⁴ Young, Alison, "Brexit, Article 50 and the 'Joys' of a Flexible, Evolving, Uncodified Constitution", İçinde: Legal Aspects of Withdrawal from the EU: A Briefing Note, University of Oxford Legal Research Paper Series, Temmuz 2016, s. 20.

⁴⁵ Brexit: Six months on, s. 16.

⁴⁶ High Court of Justice, R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union, Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016, 03.11.2016, par. 109-111, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/>, Erişim Tarihi: 14.07.2016

şekilde belirtmiştir.⁴⁷ Hükümet ise bu karara itiraz etmiştir. Ancak bu itiraz sonuç vermemiş ve Yüce Divan tarafından Yüksek Mahkemenin kararı onaylanmıştır.⁴⁸ Bu doğrultuda Parlamentonun çıkarılan yasa tasarısını onaylaması üzerine, Birleşik Krallık Başbakanı Theresa May, AB nezdinde ayrılmaya ilişkin resmi bildirimini 29 Mart 2017 tarihinde yapmıştır.⁴⁹

Ayrılmak isteyen devlet, kendi anayasası uyarınca niyetini Avrupa Konseyi'ne bildirdikten sonra müzakereler yapılır ve Birlik ile ilişkilerin ne şekilde devam ettirileceğine dair bir anlaşma akdedilmesi aşamasına geçilir. Süre taraflarca uzatılmadığı takdirde, AB anlaşmaları, ayrılma anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren veya bunun gerçekleşmemesi durumunda bildirimden itibaren iki yıl sonra ilgili devlete uygulanmaz.⁵⁰ Söz konusu süre dolmadan, ayrılmaya ilişkin bildirim geri alınıp alınamayacağı konusu ise, maddede buna ilişkin bir hüküm bulunmadığından, tartışmalı hale gelmiştir. Genel görüşe göre, resmi bildirim Avrupa Konseyi'ne yapılmasından sonra bunu geri almak mümkün değildir. Bu görüşü savunan yazarlar esasen, bildirim geri alma imkânı bulunduğu takdirde, iki yıllık sürenin hiçbir anlamı olmayacağını vurgulamaktadırlar.⁵¹ Eğer ayrılma bildirimini geri alınabileceği düşünülürse, bu iki yıllık süre istenildiği zaman baştan başlatılabilecek, böylelikle bildirimde bulunan üye devlet müzakere sürecini dilediği kadar uzatabilecek ve sürüncemede kalan durumdan faydalanma imkânı olacaktır.⁵² Bununla birlikte, bildirim geri alınamaması demek, üye devletin fikrini değiştirmesi halinde dahi ayrılma sürecini tamamlaması zorunluluğunun ortaya çıkması anlamına gelecektir. Burada önemli olan diğer bir nokta ise şudur; bir kez ayrıldıktan sonra tekrar AB'ye üye olabilmek için ABA madde 49'da belirtilen hükümler geçerli olacaktır. Yani üyelik aşamasında süreç baştan

⁴⁷ Ibid, par. 93,94.

⁴⁸ Supreme Court of the United Kingdom, R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union, UKSC 2016/0196, 24.01.2017, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0196.html>, Erişim Tarihi: 14.07.2017

⁴⁹ Hunt, Alex ve Wheeler, Brian, Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU, 30 Mart 2017, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 03.07.2017

⁵⁰ ABA madde 50/3

⁵¹ Bkz. Ryatt, Jake, "The Irrevocability of an Article 50 Notification: Lex Specialis and the Irrelevance of the Purported Customary Right to Unilaterally Revoke", <https://ukconstitutional-law.org/2016/07/27/jake-rylatt-the-irrevocability-of-an-article-50-notification-lex-specialis-and-the-irrelevance-of-the-purported-customary-right-to-unilaterally-revoke/>, Erişim Tarihi: 04.07.2017; Barber, Nick, Hickman, Tom ve King, Jeff, "Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role", <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>, Erişim Tarihi: 03.07.2017; Green, David Allen, "Can an Article 50 notification be revoked?", 18 Ekim 2016, <http://blogs.ft.com/david-allen-green/2016/10/18/can-an-article-50-notification-be-revoked/?mhq5j=e3>, Erişim Tarihi: 04.07.2017

⁵² Tridimas, s. 304.

başlayacak, birlikte ayrılan devlet ile birliğe henüz üye olmamış bir devlet arasında hukuki gereklilikler ve uyum aşamaları bakımından herhangi bir fark olmayacaktır. Elbette daha önceden AB'ye üye iken sonradan ayrılan devletin, AB müktesebatına uyum sağlamanın pratikte daha hızlı ve kolay işleyen bir süreç olacağı ve bundan ötürü üyelik sürecinin de hızlanacağı düşünülebilir. Ancak ayrıldıktan sonra tekrar Birliğe girmek isteyen bir devletin, müzakere aşamasında pek çok tepki ve politik sorun ile karşılaşması da muhtemeldir.

VAHS madde 68'e göre bir uluslararası antlaşmadan ayrılmaya ilişkin bir bildirim veya belge, hükmünü doğurmadan önce her zaman geri alınabilir. Ancak antlaşmada bunun aksi bir durum düzenlenmiş ise, bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. ABA madde 50 buna ilişkin açık bir hüküm içermemekte, sadece bildirim tarihinden itibaren 2 yılın sonunda AB antlaşmalarının ayrılmak isteyen tarafa uygulanmayacağını belirtmektedir. VAHS madde 68'in uluslararası hukukta bir yapılageliş oluşturduğu kabul edilse dahi, antlaşmanın uygulanmasının ne zaman sona ereceğini açıkça belirtilmiş olduğundan bildirim geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir.⁵³

Bu konu üzerinde tartışmaların devam etmesi neticesinde, Avrupa Konseyi Başkanı Donald Tusk, basın mensuplarının sorusu üzerine, bildirim geri alınmasında hukuki bir engel bulunmadığını belirtmiştir.⁵⁴ Başkanın bu açıklamasının ardından da tartışmalar devam etmiş, doktrinde politik açıdan yapılan bildirim geri alınamaması gerektiği savunulmaya devam edilmiştir.⁵⁵ Nihayetinde son karar, AB hukukunun yorumlanmasında münhasır yetkili bulunan ABAD tarafından verilecektir.⁵⁶

2.4 Müzakereler ve Ayrılma Anlaşması

ABA madde 50/1 uyarınca yapılan bildirim ardından tarafların bir anlaşma akdederek gelecekteki ilişkilerini belirlemeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda taraflar arasında müzakere süreci başlayacaktır. Burada söz konusu taraflar, AB ile ayrılma niyetini bildirmiş olan üye devlettir. Avrupa Konseyi müzakerelerin hangi esaslar doğrultusunda yürütüleceğini oybirliği ile belirleyecektir.⁵⁷ Müzakere sürecinde ayrılmak isteyen devlet, AB üyesi olmayan bir müzakereci devlet konumunda olacak, dolayısıyla Avrupa Konseyi

⁵³ Rylatt, ; Miller, Vaughne, Lang, Arabella ve Simson-Caird, Brexit: Article 50 TEU and the EU Court, House of Commons Library Briefing Paper, 14 Kasım 2016, s. 10, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7763/CBP-7763.pdf>, Erişim Tarihi: 24.06.2017.

⁵⁴ Swaine, Edward, "Can't Britain Exit Brexit?", 5 Nisan 2017, <http://opiniojuris.org/2017/04/05/33056/>, Erişim Tarihi: 05.07.2017

⁵⁵ Bkz. Miller, Lang ve Caird, s. 9 vd.

⁵⁶ Miller, Vaughne, Brexit Unknowns, House of Commons Library Briefing Paper, 9 Kasım 2016, s. 6. <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7761/CBP-7761.pdf>, Erişim Tarihi: 06.07.2017

⁵⁷ ABA madde 15/4.

ve Bakanlar Konseyi'ndeki ayrılma müzakerelerine ilişkin görüşmelere ve oylamalara katılmayacaktır.⁵⁸

ABA madde 50/2 uyarınca, Avrupa Parlamentosunun onayı alındıktan sonra, Konsey nitelikli çoğunluk ile anlaşmayı akdedecektir. Buradaki nitelikli çoğunluk kuralı, ABİA madde 238/3(b) uyarınca katılan üye devletleri temsil eden Konsey üyelerinin en az %72'sinin onayı ve üye devlet halklarının en az %65'inin temsilidir. Birleşik Krallık oylamaya katılmayacağından, 27 üye devletin en az 20'sinin temsil edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra üye devlet halklarının temsil oranının da sağlanması gerekecektir. Bu usul ile akdedilen ayrılma anlaşmasının yürürlüğe girmesi ile devlet AB'den ayrılmış olacaktır.

Doktrinde ayrılma anlaşması ile bazı kısıtlamaların getirilip getirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Burada dikkate alınması gereken husus, anlaşmanın hangi normlar temelinde düzenleneceğidir. Ayrılma anlaşması, AB hukuku kapsamında birincil mevzuata dâhil olacaktır. Hiyerarşik olarak bakıldığında ise, AB kurucu antlaşmalarının altında yer alacaktır. Dolayısıyla ayrılma anlaşması, kurucu anlaşmalara ve kurucu anlaşmalarda belirtilen temel prensiplere aykırı hükümler içeremez. Örneğın, anlaşmada cinsiyet veya ırk ayrımı içeren hükümlerin yer alması mümkün olmayacaktır. Ancak üye devlet AB'den ayrıldıktan sonra, AB ile farklı hükümler içeren anlaşmalar yapması mümkündür. Zira artık o devlet AB müktesebatı ile bağlı olmayacaktır.⁵⁹

Sorunsuz bir ayrılık yaşanabilmesi için, ayrılma anlaşmasının AB müktesebatında yer alan pek çok konuyu kapsamaması gerekecektir. Birleşik Krallık, özellikle serbest ticarete ilişkin konularda anlaşmaya varılmasını istemektedir. Zira anlaşma yapılamaması halinde en büyük etkiyi ekonomik düzen alacaktır. AB üyesi olduğu sürece Birleşik Krallık, tek pazar imkânlarından yararlanmaktadır. Ancak ayrılma gerçekleştikten sonra, bu hükümler taraflar bakımından geçersiz hale gelecektir. Eğer ayrılma anlaşması yapılamaz ise, Birleşik Krallık ve AB arasındaki ticaret, ikisinin de tarafı bulunduğu Dünya Ticaret Örgütü mevzuatı çerçevesinde ilerleyecektir. Dolayısıyla AB düzenlemelerinde yer alan gümrük ayrıcalıkları ve serbest dolaşım hakkı ortadan kalkmış olacağından, Birleşik Krallık ekonomisi olumsuz etkilenecektir.⁶⁰ Bunun yanı sıra diğer mali konuların da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Birleşik Krallık'ın AB'ye karşı devam eden mali yükümlülüklerinin ve özellikle şarta bağlı borçlardan kaynaklanan sorumluluklarının yerine getirilmesi gerekecektir.⁶¹ Bu

⁵⁸ House of Lords, *The Process of Withdrawing from The European Union*, 11th Report of Session 2015-16, s. 7, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ld-eu-com/138/138.pdf>, Erişim Tarihi: 11.07.2017

⁵⁹ Tridimas, s.311-312.

⁶⁰ Hestermeyer, s. 447.

⁶¹ Craig, Paul, "The Process: Brexit and Anatomy of Article 50", F. Fabbrini (der.), *The Law and*

sebeple yapılacak mali anlaşmanın ilgili olacağı alanları Komisyon şu şekilde sıralamaktadır:

- Birlik bütçesi
- Birleşik Krallık'ın antlaşmalarla kurulan tüm kurum ve kuruluşlardaki üyelik statüsünün sona erdirilmesi (Örn: Avrupa Yatırım Bankası, Avrupa Merkez Bankası)
- Bileşik Krallık'ın AB politikaları kapsamındaki belirli fonlara katılımı (Örn: Türkiye'deki mültecilere yönelik Avrupa Geliştirme Fonu)⁶²

Birleşik Krallık üye olduğu süre içerisinde üzerine aldığı yükümlülükleri yerine getirmek durumundadır. Birleşik Krallık'ın mali yükümlülüklerinin hesaplanmasında kullanılacak yöntem Konsey'in AB'nin kaynaklarına ilişkin kararı'nı⁶³ temel almalıdır.⁶⁴ Hâlihazırda bu mali yükümlülüklerin 60 milyar avroyu bulduğu tahmin edilmektedir.⁶⁵

Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılışı, AB üyesi olmayan devletleri de ilgilendirmektedir. Zira Birleşik Krallık'ın, AB ile AB üyesi olmayan devletler arasında yapılmış olan anlaşmalardan doğan yükümlülükleri ne şekilde üstleneceğinin de belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada ilgili devletler ile ikili anlaşmalar yapma yoluna da gidilebilir. AB'nin geniş etki alanı göz önünde bulundurulduğunda, üyelikten çıkan devletin eski ilişkileri yeniden kurması kolay olmayacaktır.⁶⁶

Ticari ve mali konuların haricinde AB vatandaşlığı, serbest dolaşımın diğer unsurları, dış ilişkiler, sosyal politikalar, adalet, özgürlük ve güvenlik gibi pek çok konuda da tarafların ilişkilerini düzenlemesi gerekecektir. Ancak, bilhassa AB vatandaşlığından kaynaklanan hakların ortadan kalkması ile büyük değişiklikler meydana gelecektir, ayrılan devletin vatandaşları AB hukukundan kaynaklanan tüm hakları kaybetmiş olacaklardır. U sebeple Birleşik Krallık vatandaşlığı, statüsel anlamda da bir düşüş yaşayacaktır.⁶⁷ ABA madde 50 metninde AB vatandaşlığının durumuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. ABA madde 9 hükmünde bir üye devletin vatandaşlığına sahip olan kimsenin,

Politics of Brexit, Oxford University Press, 2017, Chapter 3, s. 13.

⁶² European Commission, Annex to the Recommendation for a Council Decision, 2017, par.24, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/annex-recommendation-uk-eu-negotiations_3-may-2017_en.pdf, Erişim Tarihi: 11.07.2017

⁶³ Council Decision on the system of own resources of the European Union

⁶⁴ European Commission, Annex to the Recommendation for a Council Decision, par. 28.

⁶⁵ Craig, "The Process ...", s.13.

⁶⁶ Nicolaides, s. 215.

⁶⁷ Kochenov, Dimitry, "EU Citizenship and Withdrawals from the Union: How Inevitable is the Radical Downgrading of Rights?", LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series No 111/2016, Haziran 2016, s. 3-4, <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper111.pdf>, Erişim Tarihi: 11.07.2017

aynı zamanda Birlik vatandaşı olduğu düzenlenmiştir. Yani üye devletin vatandaşlığının kaybedilmesi halinde veya devletin üyelikten ayrılması halinde, AB vatandaşlığı da sona erecektir. Buna ek olarak, Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığının yerini alan bir statü değildir.⁶⁸ Dolayısıyla üye devletin vatandaşlığından bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır. Birleşik Krallık AB'den ayrıldığında, vatandaşları AB vatandaşlığını kaybetmiş olacak, buna bağlı olarak sahip oldukları hak ve yetkileri sona erecektir. Bu çerçeveden bakıldığında referandumda ayrılma yönünde oy kullananlar bakımından isteğe bağlı olarak vatandaşlıktan çıkma söz konusudur. Ancak referandumda kalma yönünde oy kullananlar veya Birleşik Krallık topraklarında ikamet eden fakat o ülkenin vatandaşı olmadığı için oy kullanamayan AB vatandaşları ya da henüz seçime katılma koşullarını sağlayamadıkları için oy kullanamayanlar bakımından durum sorunlu hale gelmektedir.⁶⁹

Her ne kadar AB vatandaşlığı düzenlemeleri AB müktesebatı içerisinde yer alsın da, ulusal vatandaşlık düzenlemeleri ilgili devletin iç hukukuna tabidir. Bu sebeple, üye devletlerin vatandaşlık kriterleri üzerinde AB'nin değişiklik yapma yetkisi olmadığı gibi, yargısal açıdan değerlendirme imkânı da yoktur. Bununla birlikte, AB vatandaşlığının kaybedilmesine ilişkin *Rottman* davası bu konuda bir nebze yol gösterici olabilir. Söz konusu olayda, Rottman Avusturya vatandaşlığından çıkmış ve Alman vatandaşlığına kabul edilmiştir. Ancak Avusturya'da yargısal bir soruşturmaya tabi tutulduğunu Alman otoritelerine bildirmediği gerekçesi ile Alman vatandaşlığından da çıkarılmış ve vatansız kalmıştır. Sonuç olarak bu kişi AB vatandaşlığını da kaybetmiştir.⁷⁰ Dolayısıyla Avusturya'dan Almanya'ya geçiş yapamamaktadır. Yerel mahkeme AB vatandaşlığının kaybının AB hukukuna uygun olup olmadığı sorusunu ABAD önüne götürmüştür.⁷¹ ABAD söz konusu hukuki işlemde AB hukukuna herhangi bir aykırılık bulmamıştır. Ancak kararda sözü geçen bazı ifadeler önem arz etmektedir. ABAD öncelikle, AB vatandaşlığının, üye devlet vatandaşlarının temel bir statüsü olduğunu belirtmiştir.⁷² Dolayısıyla üye

⁶⁸ ABİA madde 20/1: "Bu Antlaşma ile Birlik vatandaşlığı tesis edilmiştir. Bir üye devletin uyrukluğunda olan herkes Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığın yerini almayıp ona ilavedir."

⁶⁹ Rieder, Clemens M., "The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of EU Citizenship (Between Disintegration and Integration)", *Fordham International Law Journal*, Cilt 37, No 1, 2013, s. 147.

⁷⁰ Raucea, Chiara, "Fundamental Rights: The Missing Pieces of European Citizenship", *German Law Journal*, Cilt 14, No 10, Ekim 2013, s. 2028.

⁷¹ *Rottman v. Bayern*, C-135/08, 2 Mart 2010, par. 36. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d563a994befded4f008724f0fb2fc1ec79.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxyOe0?text=&docid=75336&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=170785>, Erişim Tarihi: 11.06.2017

⁷² *Rottman v. Bayern*, par. 43.

devletler iç hukukta vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerini yaparken tamamen serbest davranamazlar, AB hukukunu ve temel prensiplerine uygun olacak şekilde hareket etmelidirler.⁷³ Benzer fakat daha radikal bir ifade ise Hukuk Sözcüsü Poaris Madura'dan gelmiştir. Madura'ya göre, AB vatandaşlığı ve ulusal vatandaşlık ayrılmaz biçimde bağlantılı olmakla birlikte, ikisi de bağımsız statülerdir. Ulusal vatandaşlığın (ve dolayısıyla Birlik vatandaşlığının) kazanılması veya kaybedilmesi koşulları AB hukuku tarafından belirlenmemekle birlikte, bu koşullar AB hukukuna ve Avrupalı vatandaşların haklarına riayet edecek şekilde düzenlenmelidir.⁷⁴

Rottman kararı AB vatandaşlığının dolaylı yoldan kaybına ilişkin olsa da, Brexit'in ardından AB vatandaşlarının durumlarıyla ilgili karşılaşılabilecek hukuki sorunlarda ve davalarda önemli bir başvuru kaynağı olacaktır. Zira kararda AB vatandaşlığı, AB hukukundan kaynaklanan temel bir hak olarak nitelendirilmiştir ve kendi uluslarından bağımsız olarak Avrupalı vatandaşların haklarından söz edilmiştir. Ayrılma anlaşmasında, bu değerlendirmeler ışığında düzenleme yapılması beklentisi oluşacaktır.

AB vatandaşlığının ortadan kalkmasından doğacak hak kayıplarını en aza indirmek için AB vatandaşlığı benzeri hukuki düzenlemeler getirilmesi bir çözüm olabilir. Lakin bu durumun, Birlikten ayrılmanın amacına aykırı olacağı düşünülebilir.⁷⁵ Birleşik Krallık bu noktada İsviçre benzeri bir modeli benimseyerek, Schengen alanına dâhil olabilir ve vatandaşlarının vizesiz seyahat ve ikamet haklarını devam ettirmelerini sağlayabilir.⁷⁶ Birleşik Krallık'ın kendi ülkesindeki AB vatandaşlarının durumu ise, özünde bir iç hukuk sorunudur. AB vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin direktif⁷⁷, iç hukuka aktarılmış bulunduğundan, Birleşik Krallık geçersiz kılana dek uygulanmaya devam edecektir.⁷⁸ Eğer Birleşik Krallık kendi vatandaşlarının söz konusu haklarının AB nezdinde devamını sağlayabilirse, iç hukukundaki düzenlemeyi halin icabına göre kısmen veya tamamen muhafaza edebilir.

Ayrılan devlet ile AB bir anlaşma üzerinde uzlaşamaz ise, üye devlet herhangi bir anlaşma olmaksızın AB'den ayrılmış olacaktır. Bu durum özellikle Birlikten ayrılan devletin aleyhine bir durum meydana getirecektir.⁷⁹ Ayrılan

⁷³ Rottman v. Bayern, par. 56.

⁷⁴ Rottman v. Bayern, Opinion of Advocate General Poaires Maduro, par. 23. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72572&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172304>, Erişim Tarihi: 10.06.2017

⁷⁵ Kochenov, "EU Citizenship ...", s. 6.

⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. Rieder, s. 173-174.

⁷⁷ EU Citizens Free Movement Directive

⁷⁸ Kochenov, "EU Citizenship ...", s. 16.

⁷⁹ Parlaentonun konuya ilişkin raporu için bkz. https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/82/8214.htm#_idTextAnchor110, Erişim Tarihi: 18.07.2017

devletin AB ile ilişkileri tamamen kesilmiş olacağından, ekonomik alandaki pek çok ayrıcalıktan yoksun kalacaktır. Serbest dolaşım ve gümrük birliği gibi alanlardaki ayrıcalıklardan kısmen de olsa faydalanabilmek için, AB üyesi devletler ile yeni baştan anlaşmalar akdetmek zorunda kalacaktır. Bu sebeple Birleşik Krallık, ayrılma işlemlerini beklendiği üzere uzlaşma temelinde gerçekleştirmeye yönelik bir tutum sergilemektedir.

3. Büyük Fesih Yasası⁸⁰

Birleşik Krallık hükümeti, AB'den ayrılmasının hemen ardından yürürlüğe girecek ve AB müktesebatının çok büyük bir kısmını iç hukukuna aktaracak olan Büyük Fesih Yasasına ilişkin resmi raporu 30 Mart 2017'de ilan etmiştir.⁸¹ Raporda belirtildiği üzere, ilgili yasa ile, Birleşik Krallık'ı AB üyesi yapan 1972 tarihli katılım anlaşması yürürlükten kalkacaktır. Böylelikle AB üyeliği sona erdikten hemen sonra, Birleşik Krallık ilgili yasa sayesinde AB müktesebatını iç hukukuna aktaracaktır. Bu demektir ki AB hukukunun büyük bir kısmı Birleşik Krallık'ta uygulanmaya devam edecektir. Bu noktada Parlamento hangi kuralların aynen muhafaza edileceğine, hangilerinin değiştirilerek iç hukuka aktarılacağına ve hangilerinin iç hukuka aktarılmayacağına karar verecektir.⁸²

Elbette tüm düzenlemelerin tek başına Büyük Fesih Yasası ile yapılması mümkün değildir. Zira birtakım kuralların doğrudan iç hukuka aktarılması mümkün iken, diğer bazı kuralların aktarılabilmesi için ikincil hukuk düzenlemelerinin yapılmasına da ihtiyaç duyulabilir. Bunun yanı sıra AB hukukundaki hükümlerden bazıları, AB kurumları ile bağdaştırılarak düzenlenmiştir. Bu sebeple bu kurallardan iç hukuka aktarılmak istenenlerin devletin ilgili kurum ve kuruluşlarına uyarlanması gerekecektir.⁸³

Büyük Fesih Yasası'nın kabul edilmesiyle doğrudan uygulanan AB hukuku normları ve bireyler tarafından mahkeme önünde doğrudan ileri sürülebilir haklar yürürlükte kalacaktır. Ayrıca AB hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için yapılmış olan iç hukuk düzenlemeleri de yürürlükte kalmaya devam edecektir. ABAD'ın yargı yetkisi sona erecektir. Ancak üyeliğin sona ermesinden önce verilmiş olan ABAD kararları, aynen yerel mahkeme içtihatları gibi bağlayıcılıklarını sürdürmeye ve emsal teşkil etmeye devam edecektir.⁸⁴

⁸⁰ The Great Repeal Bill.

⁸¹ Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, Secretary of State for Exiting the European Union by Command of Her Majesty, 2017, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf, Erişim Tarihi: 07.07.2017

⁸² Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, par. 1.11-1.12.

⁸³ Ibid, par. 1.15.

⁸⁴ Ibid, s. 14.

ABAD'ın geçmiş tarihli kararlarının durumuna açıklık getirilmiş fakat gelecekteki kararlarına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Resmi rapor, yeni oluşturulan bu hukuk düzenine ilişkin olarak ABAD'ın herhangi bir yorum yetkisi bulunmadığını belirtmektedir İlk bakışta gelecekteki kararların Birleşik Krallık ile bir bağlantısının olmayacağı düşünülebilir. Ancak Birleşik Krallık'ın muhafaza ettiği kurallar AB hukukundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla iki farklı yargı yeri aynı kuralları farklı şekilde yorumlayabilecektir.

ABAD içtihatlarının gelecekteki durumuna ilişkin olarak Thomas Burri'nin yaptığı ikili ayrımın incelenmesi faydalı olacaktır. Burri'ye göre, Birleşik Krallık ayrılmanın ardından ya ABAD içtihatlarını tanımaya devam edecektir ya da iç hukukuna aktardığı AB hukuku normlarını ABAD içtihatlarından tamamen soyutlayacaktır.⁸⁵ İlk ihtimalde Birleşik Krallık hukuku AB hukuku ile uyum içinde ilerleyecektir ve kişilerde herhangi bir belirsizlik algısı oluşmayacaktır. Zira ABAD içtihatlarının dikkate alınması demek, değişen AB hukuku kurallarının da dikkate alınması ve ilgili değişikliklerin Birleşik Krallık hukukunda da yapılması anlamına gelecektir. Ancak bu durumun Birlikten ayrılma niyet ve amacına tam olarak hizmet etmediği de açıktır.⁸⁶

İkinci ihtimalde ABAD tamamen saf dışı bırakılacaktır, yani iç hukuka aktarılmış olan AB hukuku kuralları, AB'den bağımsız olarak Birleşik Krallık otoritelerince uygulanacak ve yorumlanacak ve bu da dönemin hal ve şartlarına uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkartabilecektir. Aynı hukuk kuralları iki farklı organ tarafından ayrı ayrı yorumlanmış olacaktır, belirsizlik algısı artacaktır. Bununla birlikte, bu sistemle ayrılmanın tam olarak gerçekleşeceği kabul edilebilir. Birleşik Krallık otoriteleri, AB hukukuna ve bu hukukun AB kurumlarınca yorumlanmasına bağlı kalmaksızın karar vereceklerdir.⁸⁷

Genel olarak bakıldığında, gelecekteki ABAD içtihatlarının Birleşik Krallık hukukuna ve yargı kararlarına şu veya bu şekilde etki edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Elbette ayrılma sonrası hukuki karmaşa ve düzensizlik yaşanmaması açısından bu hususların ayrılma anlaşması ile daha detaylı düzenlenmesi gerekmektedir. Sonuçta, hem AB müktesebatının iç hukuka aktarılması ve uyarlanması hem de bu kuralları yorumlayan yargı organı ile olan ilişkilerin düzenlenmesi titiz bir çalışma gerektirmektedir. Ayrılma anlaşmasının ortaya çıkması ile bu hususlar netleşmelidir. Aksi halde belirsiz ve açık uçlu bir ayrılma anlaşması Birleşik Krallık'ın aleyhine sonuç doğuracaktır.

⁸⁵ Burri, Thomas, "Brexit Addendum: Why the 'Great Repeal Bill' Will Not Be So Great", 2017, s. 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966683, Erişim Tarihi: 10.07.2017

⁸⁶ Ibid, s. 9.

⁸⁷ Ibid, s.10.

SONUÇ

AB kurucu anlaşmalarına ayrılma hükmü getirilmeden önceki dönemde, AB'den ayrılmaya ilişkin herhangi bir resmi talep gelmemekle birlikte, referandum ile özerklik kazanan Grönland'ın tüm AB üyesi devletlerin onayıyla statüsünün değişmesi ve AB hukuku sisteminin kısmen de olsa dışında kalması mümkün olmuştur. Dolayısıyla tüm devletlerin onayı ile AB'den ayrılmanın o dönem için de mümkün olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, Lizbon'un ardından getirilen düzenlemeler ile, bir devletin resmi ayrılma bildirimini ne şekilde yapacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrılma işleminin tamamlanması için, Parlamento'nun onayının ardından Konsey'de nitelikli çoğunluk ile karar vermesi gerekmektedir. Burada tüm devletlerin onayına ihtiyaç bulunmamaktadır. Elbette 27 AB üyesi devlet ile gelecekte ticari, siyasi ve sosyal ilişkilerin sürdürülmesi isteniyor ise, müzakere sürecinin iyi değerlendirilmesi ve ayrılma anlaşmasının da mümkün olan en kapsamlı şekilde akdedilmesi her iki tarafın da lehine olacaktır.

Brexit açısından bakılacak olursa, hem AB hem de Birleşik Krallık için bazı kayıpların doğması kaçınılmazdır. Birleşik Krallık ekonomik ve siyasi açıdan güçlü bir aktördür. Ancak neticede tek pazar, serbest dolaşım, vatandaşlık hakları gibi pek çok özel düzenlemeden yararlanma hakkını kaybeden Birleşik Krallık olacaktır. Ayrılan devlet, AB'ye nazaran daha geniş kapsamda etkilenecektir. Bu aşamada devreye giren ayrılma anlaşmasının en önemli amacı, iki tarafın en avantajlı şekilde bu durumu sonuçlandırmasıdır. Ayrılma anlaşmasının içeriği, ABA madde 50'de gelecekteki ilişkilerin tespiti olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu sadece çerçevesi çizilmiş, oldukça açık bir hükümdür. Özellikle AB hukukunun geniş kapsamı dikkate alındığında, hüküm yetersiz kalmaktadır. Burada ayrılma anlaşmasının içeriğinin yapılacak müzakereler ile mevcut duruma göre somutlaştırılması gerekecektir. Esasen Brexit, AB'den ayrılmak isteyen başka devletler olması halinde, bir emsal teşkil edecektir.

Ayrılma anlaşmasının yanı sıra Büyük Fesih Yasası da Birleşik Krallık – AB ilişkilerinin geleceğini belirleyecek olan diğer bir etmendir. Birleşik Krallık hükümeti ayrılmanın kendi hukuk düzenindeki olumsuz etkisini en aza indirgeyebilmek amacıyla, Büyük Fesih Yasası ile AB hukukunu kendi hukuk sistemine dâhil etmek istemektedir. Bu yasa ile tek seferde iç hukuka aktarılabilecek düzenlemeler sınırlıdır. Buna ek olarak pek çok tali düzenleme getirilmesi gerekecektir. Bu zahmetli sürecin, Birleşik Krallık'ın AB hukuku kurallarını istediği şekli ile iç hukukuna dâhil etmesini sağlayacağı düşünülse de, AB hukuk sisteminden tamamen kopup kopamayacağı tartışmalıdır. Birleşik Krallık ayrılma sonrasında AB hukuku ile bir senkronizasyon içerisinde mi olacaktır, yoksa hukuk sistemini AB'den tamamen soyutlayacak mıdır?

Birleşik Krallık, AB hukuku kurallarını muhafaza edeceğinden, kendini tamamen soyutlamasının pratik anlamda pek mümkün olmadığı söylenebilir. Benzer şekilde ABAD'ın içtihatları da Birleşik Krallık hukukunda etkili olacaktır. Büyük Fesih Yasası ABAD'ın yetkisinin sona ereceğini belirtse de, etkileşim kaçınılmazdır. İki tarafın yargı organı da aynı hukuki düzenlemeleri yorumlayacaktır. Ancak AB hukuku kendi içerisinde gelişmeye ve değişmeye devam edecektir, bazı kurallar değişime uğrayacaktır, anlamı ve kapsamı günün hal ve koşullarına göre farklılaşacaktır. Burada Birleşik Krallık belirsizliği ortadan kaldırmak, mevcut koşullara uyumlanmak ve AB ile ilişkileri daha geniş çerçevede sürdürmek amacıyla bu değişimlere ve ABAD içtihatlarına kendi hukuk sisteminde yer vermek isteyebilir. Esasen bu durumdan çıkarılabilecek en önemli sonuç, ayrılmadan sonra dahi AB'nin ve AB hukukunun Birleşik Krallık üzerinde hatırı sayılır bir etkisinin olacağıdır.

KAYNAKÇA

Akçadağ Alagöz, Emine, "Avrupa Birliği ve Grönland", 20 Kasım 2009, <http://www.bilgesam.org/incele/805/-avrupa-birligi-ve-gronland/#.WRGoSeXyiUk>, Erişim Tarihi: 09.05.2017.

Akehrst, Michael "Withdrawal from International Organizations", Current Legal Problems, Cilt 32, No 1, 1979, s. 143-154.

Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı, <https://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2850,anayasaTrdoc.DOC?0>, Erişim Tarihi: 15.07.2017.

Barber, Nick, Hickman, Tom ve King, Jeff, "Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role", <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>, Erişim Tarihi: 03.07.2017.

Berglund, Sara, "Prison or Voluntary Cooperation? The Possibility of Withdrawal from the European Union", Scandinavian Political Studies, Cilt 29, No 2, 2006, s. 147-167.

Bilgin, A. Aslı, "Avrupa Birliğinden Çekilme Hakkı: Sonun Başlangıcı Mı?", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 205-253.

Brexit: Six months on, The UK in a Changing Europe, <http://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2016/12/Brexit-Six-months-on.pdf>, Erişim Tarihi: 12.07.2017.

Brunner v European Union Treaty, http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_1/German%20ConstCourt%20Maastricht.pdf, Erişim Tarihi: 14.04.2017.

Burri, Thomas, "Brexit Addendum: Why the 'Great Repeal Bill' Will Not Be So Great", 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966683, Erişim Tarihi: 10.07.2017.

Case 7/71, Commission v. France, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88118&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=731909>, Erişim tarihi: 12.04.2017.

Craig, Paul, "Brexit: A Drama in Six Acts", *European Law Review*, Cilt 41, No 4, 2016, <http://law.indiana.edu/what/advance-knowledge/vibrant-community/assets/craig-brexit.pdf>, Erişim Tarihi: 18.07.2017.

Craig, Paul, "The Process: Brexit and Anatomy of Article 50", F. Fabbrini (der.), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford University Press, 2017, Chapter 3.

Curtice, John, *Brexit: Behind the Referandum*, Temmuz 2016, <http://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2041905816666122>, Erişim Tarihi: 13.07.2017.

Çamlıca, Ferhat, "Avrupa Birliği ve Ekonomik Parasal Birlikten Ayrılmanın Lizbon Antlaşması Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 11, No 1, 2012, s. 25-40.

Douglas-Scott, Sionaidh, "Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution", *The Modern Law Review*, Cilt 79, No 6, 2016, s. 1019-1040.

European Commission, Annex to the Recommendation for a Council Decision, 2017, par.24, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/annex-recommendation-uk-eu-negotiations_3-may-2017_en.pdf, Erişim Tarihi: 11.07.2017.

European Union Act, Section 4: Cases where treaty or Article 48(6) decision attracts a referendum, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/contents>, Erişim Tarihi: 15.07.2017.

Friel, Raymond J., "Providing A Constitutional Framework for Withdrawal From The EU: Article 59 of the Draft European Constitution", *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 53, No 2, 2004, s. 407-428.

Green, David Allen, "Can an Article 50 notification be revoked?", 18 Ekim 2016, <http://blogs.ft.com/david-allen-green/2016/10/18/can-an-article-50-notification-be-revoked/?mhq5j=e3>, Erişim Tarihi: 04.07.2017.

Günuğer, Haluk, *Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Bütünleşmesi*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2012.

Hestermeyer, Holger P., “How Brexit Will Happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit”, *Journal of International Arbitration*, 2016, Cilt 33, Sayı 4/1, s. 429-450.

Hill, John, “The European Economic Community: The Right of Member State Withdrawal”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Cilt 12, 1982, s. 335-357.

House of Lords, *The Process of Withdrawing from The European Union*, 11th Report of Session 2015-16, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/138/138.pdf>, Erişim Tarihi: 11.07.2017.

http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/june/6/newsid_2499000/2499297.stm, <http://www.historyextra.com/article/international-history/1975-referendum>, Erişim Tarihi: 11.07.2017.

<http://www.bbc.com/news/uk-scotland-36620375>, 24 Haziran 2016, Erişim Tarihi: 12.07.2017.

https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/82/8214.htm#_idTextAnchor110, Erişim Tarihi: 18.07.2017.

<https://www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>, 23 Ocak 2013, Erişim Tarihi: 12.07.2017.

<https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/24/david-cameron-resigns-after-uk-votes-to-leave-european-union>, Erişim Tarihi: 12.07.2017.

Hunt, Alex ve Wheeler, Brian, Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU, 30 Mart 2017, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 03.07.2017.

Jacqué, Jean Paul, “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, Cilt 48, 2011, s. 995-1023.

Johansen, Ove ve Sørensen, Carsten Lehmann, “Greenland’s Way Out Of The European Community”, *The World Today*, Cilt 39, No 7/8, 1983, s. 270-277.

Kochenov, Dimitry, “EU Citizenship and Withdrawals from the Union: How Inevitable is the Radical Downgrading of Rights?”, LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series No 111/2016, Haziran 2016. <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper111.pdf>, Erişim Tarihi: 11.07.2017

Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, Secretary of State for Exiting the European Union by Command of Her Majesty, 2017, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf, Erişim Tarihi: 07.07.2017.

MacCormick, Neil, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *European Law Journal*, Cilt 1, No 3, 1995, s. 259-266.

Miller, Vaughne, Brexit Unknowns, House of Commons Library Briefing Paper, 9 Kasım 2016, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7761/CBP-7761.pdf>, Erişim Tarihi: 06.07.2017.

Miller, Vaughne, Lang, Arabella ve Simson-Caird, Brexit: Article 50 TEU and the EU Court, House of Commons Library Briefing Paper, 14 Kasım 2016, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7763/CBP-7763.pdf>, Erişim Tarihi: 24.06.2017.

Nicolaides, Phedon, "Withdrawal From The European Union: A Typology of Effects", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Cilt 20, No 2, 2013, s. 209-219.

R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport, <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/factor-1.htm>, Erişim Tarihi: 14.04.2017.

R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union, Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016, 03.11.2016, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/>, Erişim Tarihi: 14.07.2016.

R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union, UKSC 2016/0196, 24.01.2017, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0196.html>, Erişim Tarihi: 14.07.2017.

Raucea, Chiara, "Fundamental Rights: The Missing Pieces of European Citizenship", *German Law Journal*, Cilt 14, No 10, Ekim 2013, s. 2021-2040.

Rieder, Clemens M., "The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of EU Citizenship (Between Disintegration and Integration)", *Fordham International Law Journal*, Cilt 37, No 1, 2013, s. 147-174.

Rottman v. Bayern, C-135/08, 2 Mart 2010, par. 36. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d563a994befded4f008724f0fb2fc1ec79.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxyOe0?text=&docid=75336&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=170785>, Erişim Tarihi: 11.06.2017.

Rottman v. Bayern, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, par. 23. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72572&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172304>, Erişim Tarihi: 10.06.2017.

Ryatt, Jake, “The Irrevocability of an Article 50 Notification: Lex Specialis and the Irrelevance of the Purported Customary Right to Unilaterally Revoke”, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/27/jake-rylatt-the-irrevocability-of-an-article-50-notification-lex-specialis-and-the-irrelevance-of-the-purported-customary-right-to-unilaterally-revoke/>, Erişim Tarihi: 04.07.2017.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973.

Swaine, Edward, “Can’t Britain Exit Brexit?”, 5 Nisan 2017, <http://opiniojuris.org/2017/04/05/33056/>, Erişim Tarihi: 05.07.2017.

Treaty establishing the European Economic Community, http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf, Erişim tarihi: 11.04.2017.

Treaty of Rome, https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf, Erişim Tarihi: 09.05.2017.

Tridimas, Takis, “Article 50: An Endgame without an End”, *King’s Law Journal*, Cilt 27, No 3, 2016, s. 297-313.

Weiler, Joseph H. H., “Alternatives to Withdrawal from an International Organization: The Case of the European Economic Community”, *Israel Law Review*, Cilt 20, No 1, 1985, s. 282-298.

Yearbook of International Law Commission Volume II, United Nations Publication, New York, 1964, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf, Erişim Tarihi: 15.04.2017.

Young, Alison, “Brexit, Article 50 and the ‘Joys’ of a Flexible, Evolving, Uncodified Constitution”, *Legal Aspects of Withdrawal from the EU: A Briefing Note*, University of Oxford Legal Research Paper Series, Temmuz 2016.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA BİRLEŞMEDE AYRILMA AKÇESİ

*Squeeze Out In Merger According to the Turkish Commercial
Code Numbered 6102*

Arş. Gör. Nihal KOŞER¹

Geliş Tarihi: 05.10.2017

Kabul Tarihi: 02.02.2018

ÖZET

Ayrılma akçesi, Türk hukukunda ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Ticaret şirketlerinin birleşmeleri bakımından iki yönlü işleve sahip olan bu kurum ile birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara paylarının gerçek değerini alarak çıkma hakkı tanınmasının yanı sıra şirket içi huzuru bozan azınlık pay sahiplerinin de çoğunluk kararıyla çıkarılması mümkün kılınmıştır. Bu makale kapsamında ayrılma akçesi tüm yönleriyle; hukuki niteliği, çeşitleri, tespiti ve ödenmesi başlıkları altında inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı Ticaret Kanunu, Birleşme Sözleşmesi, Ayrılma Akçesi, Seçim Hakkı, Birleşmede Ortaklıktan Çıkarılma

ABSTRACT

Payment for withdrawal is regulated in the Turkish Commercial Code number 6102 for the first time in Turkish law. This institution, which has two-way function in terms of mergers of trading companies, made it possible for the shareholders who do not want to join the merger to be granted the right to get their shares by taking the real value of their shares as well as remove the minority shareholders who have disturbed the internal peace of the company with the majority decision. In this article, Payment for withdrawal is examined in all its parts under the headings; legal characteristic, variety, determination and payment.

Keywords: Turkish Commercial Code numbered 6102, Merger Contract, Cash Payment for Withdrawal/Squeeze Out, Right of Election, Squeeze Out Merger.

GİRİŞ

Küreselleşme ile ülkelerarası sınırların ortadan kalkması, dünya ticaretine yeni bir boyut kazandırmıştır. Günümüz piyasasında varlığını sürdürmek isteyen işletmelerin, yeni stratejiler uygulayarak, değişen ve gelişen ticari hayata uyum sağlaması gerekmektedir. İşte ticaret ortaklıklarının artan bu rekabet ortamıyla baş etme yollarından biri de birleşmedir. Birleşme; iki veya daha çok ticaret ortaklığının malvarlıklarının, tasfiye olunmaksızın, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa geçmesi, intikal eden malvarlığı karşılığı olarak da infisah eden ortaklığın ortaklarının, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, belirli ölçüte göre hesaplanan oranlarda, pay sahibi olmasıdır.

¹ Çankaya Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-mail: nihalgungelen@gmail.com

Birleşme ile birleşmeye katılan ortaklıkların yapısında meydana gelen değişikliklerin, doğal olarak ortaklar üzerinde de ciddi etkileri olacaktır. Bu halde ortakların menfaatlerinin korunması birleşmenin temel ilkelerinden biri olan pay sahipliğinin devamı ilkesi aracılığıyla sağlanacaktır². Pay sahipliğinin devamı ilkesi uyarınca devrolunan ortaklığın ortaklarına, devredilen malvarlığı karşılığında, usulüne göre belirlenmiş bir değişim oranına göre devralan ortaklıkta pay verilmesi zorunludur.

Bu ilkenin en önemli istisnası³, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁴ (TTK) 141. maddesinde "*ayrılma akçesi*" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre ayrılma akçesi ile birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara bir alternatif sunulmasının yanı sıra bazı ortaklar bakımından sadece ayrılma akçesinin öngörülerek ortaklıktan çıkarılması mümkün kılınmıştır.

Türk hukukunda ilk kez 6102 sayılı TTK ile düzenlenen ve ortaklıklar hukuku bakımından ciddi sonuçlar doğuracak olan bu kurumun tüm hatlarıyla ele alınması uygulamada ortaya çıkacak problemlerin tespiti ve önlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenledir ki, bu çalışma kapsamında ayrılma akçesi sırasıyla kavram, nitelik, türleri, değerinin tespiti ve ödenmesi başlıkları altında inceleme konusu yapılmıştır.

I. KAVRAM

Ayrılma akçesi TTK'nın 141. maddesinde; "*(1) Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler. (2) Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler*" şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle ayrılma akçesi; ticaret ortaklıklarının birleşme süreci içinde iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen ve birleşmeye katılmayan veya birleşmeden çıkarılan ortaklara ödenen pay bedeli veya pay bedellerinin toplamı olarak

² Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 74, (Şirketler Hukuku).

³ Pulaşlı, pay sahipliğinin devamlılığı ilkesinin üç istisnası bulunduğunu belirtmiştir. Yazara göre bunlardan ilki TTK m. 140/2'de düzenlenen denkleştirme ödemesi, ikincisi TTK m. 141'de düzenlenen ayrılma akçesi, üçüncüsü ise TTK m. 140/5'de öngörülen intifa senetlerinin satın alınmasıdır; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 76-77. Göktürk ise, pay sahipliğinin devamlılığı ilkesinin iki istisnası olduğunu bunlardan ilkinin TTK m. 141'de düzenlenen ayrılma akçesi, ikincisinin ise TTK m. 155/2(a)'da verilmesi önerilen nakdi karşılığın olduğunu belirtmiştir; Göktürk, K.: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 644.

⁴ RG. 14.02.2011, S. 27846.

tanımlanabilecektir⁵.

Birleşmeye ilişkin diğer hükümler gibi ayrılma akçesi kavramı da 2003 tarihli İsviçre Birleşme Kanunundan⁶ alınmıştır⁷. Ancak TTK m. 141'deki düzenleme mehz İsviçre hukukundan birkaç noktada ayrılmaktadır. Şöyle ki, mehz kanunun ayrılma akçesini düzenleyen 8. maddesinde; birleşme sözleşmesinde bir ayrılma akçesi öngörülebileceğini, bunun pay ve hakların alternatifi olabileceğini ve hakkın devrolunan ortaklıktaki pay ve ortaklık haklarına denk geleceğini belirtmiştir⁸. Görüldüğü üzere TTK m. 141'den farklı olarak değere ilişkin herhangi bir tanım yapılmamış, ortakları bu hususta yetkilendirerek geniş bir hareket alanı tanınmıştır.

Ayrılma akçesinin öngörülmesi ile amaçlanan; bir taraftan birleşmenin dışında kalmak isteyen devrolunan ticaret ortaklığının ortaklarına birleşme sözleşmesinde öngörülecek bir seçim hakkı ile bu olanağı vermek, diğer taraftan da birleşen ortaklıklara devrolunan ortaklıktaki azınlığı çıkarma yolunu açarak tam hakimiyetin kurulmasını sağlamaktır⁹.

Son olarak, ayrılma akçesi bir birleşme hukuku kurumudur¹⁰. Buna karşın doktrinde bölünme ve tür değiştirmeye kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur.

Moroğlu, birleşme gibi bölünmenin de azınlık pay sahiplerinin zararına olabileceğini, bu durumda özellikle bölünen şirketin azınlık pay sahiplerine paylarının gerçek değerini karşılayacak bir ayrılma akçesi verilerek çıkabilmelerinin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar bölünen ve devralan şirketlere, TTK m. 141/2 ve KVK m. 38 hükümlerine paralel, çıkarma hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır¹¹. *Sönmez* de benzer gerekçelerle bölünme işleminde ayrılma akçesi tanınması gerektiğini savunmuş hatta bir

⁵ *Tekinalp*, Ü.: Birleşmede Ayrılma Akçesi, REGESTA 2012, C.II, S. 1, s. 23, (Ayrılma Akçesi).

⁶ 30/10/2003 tarihli Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun (Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz-FusG)).

⁷ Ayrılma Akçesi AT'nin şirketlere ilişkin İkinci Yönergesinde bulunmamaktadır. Ancak gerekçede de ifade edildiği üzere bu boşluğun olumlu bir boşluk olarak nitelendirildiği, onun için Yönergede ulusal düzenlemelere olanak tanındığı ve birleşmeye muhalif olan ortağın devredilen şirketten ayrılma hakkının ona verildiği kabul edilmektedir, bkz. *Gerekçe*, s. 115.

⁸ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 26.

⁹ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 23.

¹⁰ Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 174, (Alacaklının Korunması).

¹¹ *Moroğlu*, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, B. 8, s. 104. Aynı yönde *Büyükkaya*, C.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü, REGESTA, 2011, S. 1, s. 123.

adım ileri giderek bölünme ve tür değiştirmenin yanı sıra aktiflerin toptan satışı ve işletmenin konusunun tümüyle değiştiği hallerde de ortaklara ayrılma hakkının tanınmasının isabetli olacağını ifade etmiştir¹².

Tekinalp ise ayrılma akçesine ilişkin hükümlerin kanunda düzenlenmediğinden bahisle kıyas yoluyla tür değiştirme ve bölünmeye uygulanamayacağını kabul etmekle birlikte söz konusu boşluğun olumsuz nitelik taşımadığını bazı istisnai hallerde seçim hakkı olarak tanınan ayrılma akçesinin bölünmeye uygulanabileceğini belirtmiştir. Buna göre mevcut bir ortaklığın devralması yoluyla bölünmede seçim hakkı olarak tanınan ayrılma akçesinin öngörülmesi mümkündür¹³.

Bu görüşlerden yola çıkarak denilebilir ki, bazı hallerde bölünmede ortaklara ayrılma akçesi olarak ortaklıktan ayrılma hakkının kanunla tanınması gerekli ve yerinde bir düzenleme olacaktır. Ancak mevcut durum bakımından kanunun tercihi açıktır¹⁴. Zira TTK'nın 161. maddesinde tam ve kısmi bölünmede şirket pay ve haklarının 140. madde uyarınca korunacağı düzenlenirken, 141. maddede düzenlenen ayrılma akçesine herhangi bir atıfta bulunulmamıştır¹⁵. Dolayısıyla ayrılma akçesine ilişkin hükümlerin kıyasen bölünme ve tür değiştirmeye uygulanmasına imkan yoktur. Bu imkanın varlığı ancak TTK m. 194'te düzenlenen bir ticaret ortaklığının, ticari işletmeyle birleşmesi halinde kabul edilebilecektir¹⁶.

II. NİTELİK

Ayrılma akçesinin niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İlk ve ağırlıklı olarak kabul eden görüş uyarınca ayrılma akçesi bir ödemedir¹⁷. Buna göre birleşme sonucu, seçim hakkını kullanarak veya zorunlu olarak ayrılan

¹² Sönmez, Y. Z.: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s. 201

¹³ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 23-24. Aynı yönde *Durgut*, R.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim Olan İlkeler, e-akademi, 2012, S. 126, s. 16-17, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=126> (e.t. 01.12.2016); *Susuz*, K.: Anonim Şirketlerin Bölünmesinde Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı, Legal Mali Hukuk Dergisi, 2011, Y. 7, s. 77, s. 1295.

¹⁴ Helvacı kanunun bu tercihinin nedeni olarak bölünme ile daralan malvarlığı yapısını göstermektedir. Şöyle ki, yazar birleşmenin aksine bölünmede daralan bir malvarlığı yapısının olduğunu ayrılma hakkının bu yapıyı daha da güçsüz hale getireceğini ifade etmektedir. Buna göre kanun koyucu bölünmenin gerçekleşmeme olasılığını, malvarlığının güçsüz hale gelmesine tercih etmektedir, *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılanma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004, s. 119.

¹⁵ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 174.

¹⁶ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 24.

¹⁷ *Kağıtçıoğlu*, M.: Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012, s. 153; Özatlan, Y.: Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul 2014, s. 120-121; *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 24.

ortağın veya ortakların payının, birleşen ortaklıklar tarafından, devralan ortaklık yararına satın alınarak ödenmesi ayrılma akçesidir. Gerçekten de, birleşmeye katılmak istemeyen ortağın payının gerçek değerine denk gelen karşılığı ifade eden “ayrılma akçesi” niteliği itibariyle bir ödemedir.

İkinci görüş ayrılma akçesinin tazminat niteliğinde olduğunu yönündedir¹⁸. Bu görüş isabetli değildir. Zira tazminat kelime anlamı itibariyle zarar karşılığı ödenen paradır. Birleşmeye katılmak istemeyen pay sahibi bakımından hukuki anlamda bir zarar doğmadığından bunun karşılığı olarak yapılan ödemenin de tazminat niteliğinde olduğu kabul edilemeyecektir.

III. TÜRLERİ

1. Seçimlik Ayrılma Akçesi

A- Genel Olarak

TTK m. 141/1 uyarınca “Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler”. Buna göre birleşme sözleşmesinde yer alacak bir hükümlerle bu sürece katılmak istemeyen ortaklara bir seçim hakkı tanınabilecektir.

Ortaklara böyle bir seçim hakkı tanınması şart değildir. Birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer verip vermemek birleşmeye katılan ortaklıkların inisiyatifindedir¹⁹. Kanun koyucunun bu konudaki tercihi TTK m. 151/5’te “Birleşme sözleşmesi ayrılma akçesini öngörüyorsa...” hükmü ile bir kez daha ortaya konulmuştur. Aynı şekilde TTK m. 146/1(f)’de “Birleşme sözleşmesi ... **gereğinde** 141. madde uyarınca ayrılma akçesini içermesi zorunludur” düzenlemesi ile TTK m. 147/2(d) ‘de yer alan “Birleşme raporunda **gereğinde** ayrılma akçesinin tutarı ... belirtilir” ifadesi birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer verilmesinin ihtiyari olduğunu destekler niteliktedir²⁰.

Moroğlu, genel düzenleme olan pay ile ayrılma akçesi arasında seçimlik hakkın kullanılabilmesinin birleşen şirketlerin takdirine bırakılmasını doğru bulmadığını; bu nedenle maddedeki “...*tanıyabilirler*” kelimesinin “...*tanırlar*” şeklinde düzeltilmesi gerektiğini belirtmiştir²¹. Tekinalp’e ise bu hakkın

¹⁸ *Akbilek*, N.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s.182; *Pulaşlı*, Şirketler Hukuku, s. 77.

¹⁹ *Akbilek*, s.183; *Develi*, B.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD, 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 448; *Özatlan*, s. 122; *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 25.; *Sönmez* s. 188.

²⁰ *Develi*, s. 448.

²¹ *Moroğlu*, s. 98. Aynı yönde *Akbilek*, s. 183.

ortaklar bakımından kanuni bir hal olmadığını kabul etmekle birlikte, birleşen ortaklıkların yönetim kurullarının, ortakların, ayrılma akçesinin seçimlik hak olarak sözleşmeye konulmasına dair taleplerini dikkate alması gerektiğini, talep sayısının fazla olmadığı; doğal olarak ayrılma akçesinin büyük bir yük getirmeyeceği hallerde de bu hakkın tanınmasının doğru olacağını dile getirmiştir. Ayrıca yazar birleşmeyi tehlikeye düşürmediği halde bu hakkın tanınmadığı durumda da birleşmeye olumsuz oy veren pay sahiplerinin TTK m. 192 ve 445 ile 446'ya göre iptal davası açabileceğini kabul etmektedir²².

Sonuç olarak birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesinin düzenlendiği hallerde devrolunan ortaklığın ortakları, devralan şirkette iktisap edecekleri pay ile bu paylara denk gelen bedeli alma konusunda bir seçim hakkına sahip olacaklardır. Bu kuralın tek istisnası TTK m. 155'te düzenlenen kolaylaştırılmış birleşmede ayrılma akçesi tanınmasıdır. Buna göre devralan ortaklık, devreden ortaklığın oy hakkı veren paylarının en az %90'ına sahipse kolaylaştırılmış birleşmeden yararlanabilmek için birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer vermek zorundadır²³.

B- Seçimlik Ayrılma Akçesi İçeren Birleşme Sözleşmesi Karar Nisabı

Ayrılma akçesi içeren birleşme sözleşmesinin karar nisabı TTK m. 151/5'te düzenlenmiştir. Buna göre; *"Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyorsa bunun, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oylarıyla onaylanması şarttır"*²⁴. Görüldüğü üzere madde metninde genel bir ifade olarak *"ayrılma akçesi"*ne yer verilmiştir. Dolayısıyla bunun seçimlik ayrılma akçesi mi, zorunlu ayrılma akçesi mi yoksa her ikisi için de mi geçerli nisap olup olmadığı açık değildir. Mevzuatın m.18/3'e bakıldığında, ayrılma akçesinin önünde *"sadece"* kelimesine yer verildiği dolayısıyla yüzde doksanlık nisabın birleşme sözleşmesinde yalnızca ayrılma akçesinin öngörüldüğü diğer bir ifadeyle zorunlu ayrılma akçesinin öngörüldüğü hallerde geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde de bu konuda görüş birliği mevcut değildir. Şener, ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde düzenlenmesi halinde, seçimlik veya zorunlu

²² Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, B. 4, s. 701, (Sermaye Ortaklıkları).

²³ Sönmez, s. 188.

²⁴ Mevzuatın m.18/3'te şahıs şirketi, sermaye şirketi ayrımına gitmeden şirkette oy hakkına sahip ortakların yüzde doksanının onayıyla karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin aynen alınmadan böyle bir ayrıma gidilmesi İsviçre doktrinde halen süren sermaye şirketlerinde de ortakların yüzde doksanının onayının aranıp aranmayacağı yönündeki tartışmaların başından engellenmesi bakımından isabetli olmuştur, Çoştan, Kararlar, s. 116; Pulaşlı, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans- Bildiriler Tartışmalar, 13-14 Mayıs, Ankara 2015, s. 183, (TTK Tasarısı).

olup olmadığına bakılmaksızın yüzde doksanlık nisabın her iki hal bakımından uygulanması gerektiğini ifade etmektedir²⁵. Sönmez ise iki düzenleme arasındaki farklılığa işaret ederek Türk kanun koyucusunun burada bilinçli olarak genel bir ifade kullandığını savunmaktadır. Yazar TTK m. 151/5 ile ayrılma hakkını düzenleyen başka ülkelerde olmayan bir şart öngörüldüğünü; yüzde doksanlık nisabın birleşme sözleşmesinin değil ayrılma hakkının kullanılabilmesinin ön koşulu olduğunu belirtmektedir²⁶.

Bu görüşlere katılmak isabetli değildir zira zorunlu ayrılma akçesini düzenleyen TTK m. 141/2'nin gerekçesinde; *“Birleşme sözleşmesi, sadece ayrılma akçesinin ödenmesini öngörüyorsa, bu sözleşmenin devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının yüzde doksanı tarafından onaylanması gerekir. Bu nisapla onaylanmak şartıyla birleşme sözleşmesi belirli ortakların, devralan şirkette pay sahibi olmalarına engel olup onların ayrılma akçesi almalarını zorunlu olarak öngörebilir. Bu nisapla alınan bir karara çıkarılmaları birleşme sözleşmesinde ismen belirtilmiş bulunan ortaklar itiraz edemezler. Bu yüksek nisap, adeta onların haklarını kaldırmakta ve yüzde doksanının istemediği bir kişinin şirkette kalmasına izin verilmemektedir”* denmektedir. Buna göre yüzde doksanlık nisap birleşme sözleşmesinde yalnızca zorunlu ayrılma akçesinin öngörüldüğü hal ile özdeşleştirilmiştir²⁷. Aynı şekilde Genel Gerekçenin 134. paragrafında *“..birleşme bağlamında şirketten çıkarma devreden şirketin oy hakkına haiz ortaklarının yüzde doksanının onayıyla alınabildiğine göre...”* ifadesine yer verilerek çıkarılma ile TTK m. 151/5 arasındaki bağlantı kurulmuştur. Seçimlik ayrılma akçesini düzenleyen TTK m. 141/1'in gerekçesine bakıldığında da ise TTK m. 151/5 ile herhangi bir ilişki kurulmadığı aksine birleşmeye katılmak istemeyen ortağın zorla tutulmaması gerektiği vurgulanmaktadır²⁸. Nitekim kanunun seçimlik ayrılma akçesini öngörmesindeki amaç; birleşme işlemi kolaylaştırmaktır, bu kadar yüksek bir nisabın öngörülmesi hali ise birleşme sürecini daha da yavaşlatacaktır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde kanunun mehzandan farklı bir düzenlemeye gitme amacı gütmeyeceği, maddenin sehven *“yalnızca ayrılma akçesi öngörülüyorsa”* yerine *“bir ayrılma akçesi öngörülüyorsa”* şeklinde kaleme alındığı açıktır. Dolayısıyla, birleşme sözleşmesinin seçimlik ayrılma akçesini içermesi halinde TTK m. 151/5'te düzenlenen nisabın aranmayacağıının

²⁵ Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, B. 2, s. 123. Aynı yönde; Al Kılıç, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009, s. 52-53; Develi, s. 450; Özatlan, s. 126-127.

²⁶ Sönmez, s. 189.

²⁷ Çoştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2013, B. 3, s. 111, (Kararlar).

²⁸ Çoştan, Kararlar, s. 112.

kabulü gerekir²⁹.

C- Seçimlik Ayrılma Akçesinden Yararlanabilecek Pay Sahipleri

TTK m. 141/1 uyarınca “Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, ... seçim hakkı taniyabilirler”. Maddede “ortaklar” şeklinde genel bir ifade kullanılması ilk bakışta bu hakkın tüm ortaklar bakımından geçerli olabileceğini akla getirirse de devamında iktisap edilecek paylardan söz edilmiş olması bu kurumun devrolunan ortaklık ortakları bakımından işlerlik kazanacağını göstermektedir³⁰. Kaldı ki TTK m. 141/1’in gerekçesi açıktır; “..birleşmeye katılmak istemeyen, birleşmeyi kendi menfaatine aykırı gören **devredilen şirketin** ortaklarını zorla devralan şirkette tutmak doğru değildir”. Dolayısıyla bu hak devrolan ortaklık ortaklarına özgülenmiş olup, devralan ortaklığın ortaklarının çıkma veya çıkarılma hakkı bulunmamaktadır³¹. Yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde ise birleşen tüm ortaklıklar “devrolunan” sayılacağından birleşme sözleşmesinde düzenlenmiş olması halinde tüm ortaklar seçimlik ayrılma akçesi olarak ortaklıktan ayrılabilme hakkına sahip olacaktırlar³².

İkinci olarak, bu haktan faydalanabilecek devrolunan ortaklık ortakların sayısına ilişkin bir sınırlama getirilemez³³. Gereğede bu husus “Bütün ortakların ya da çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir. Bu da bir sakınca

²⁹ Akbilek, s. 186; Çoştan, Kararlar, s. 112; Göktürk, s. 645.

³⁰ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 174. Tekinalp, Ayrılma Akçesi, s. 23. Sönmez ise birleşmede ayrılma akçesinin yalnızca devrolunan ortaklık ortaklarına tanınmasını eleştirerek devralan ortaklık ortaklarının da böyle bir hakkın tanınmamış olmasını eksiklik olarak nitelendirmektedir, Sönmez, s. 201.

³¹ Aksi yönde Develi, s. 451. Yazar devralan şirket ortaklarına ayrılma akçesi hakkının kanunda açıkça tanınması gerektiğini belirtmekte ve bir açıklık olmamasına karşın bu hakkın varlığından söz edilebileceğini kabul etmektedir. Buna göre TTK m. 191/2 uyarınca denkleştirme davasına ilişkin hükmün davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde birleşmeye katılan tüm ortaklara bakımından hüküm doğuracak olması bunu kanıtlar niteliktedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere ikinci fıkra, mahkeme kararının etkisini aynı hukukî durumdaki ortaklara da taşıyan bir düzenlemedir. Bununla birlikte ayrılma akçesinin uygun tespit edilmemesi sonucu zararı doğmuş olan diğer devrolan ortaklık pay sahipleri de bu hükümden faydalanabileceklerdir. Dolayısıyla kanunun gerek 141. madde de gerekse bu maddenin gerekçesindeki açık düzenlemesini görmezden gelerek TTK m. 191/2 ile birleşmeye katılan tüm şirket ortaklarına ayrılma hakkı ve ayrılma hakkı temelli denkleştirme akçesi verildiğini kabul etmek hukuken mümkün değildir.

³² Al Kılıç, s. 50.

³³ Özatlan, kanunda herhangi bir sınırlamanın olmadığını kabul etmekle birlikte, tüm devrolunan ortaklık pay sahiplerine bu hakkı tanınmanın birleşmenin gerçekleşmesini engelleyeceği dolayısıyla eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek bir sınırlamanın getirilmesi gerektiğini savunmaktadır, Özatlan, s. 131.

olarak değil, pay sahipleri demokrasisinin gereği olarak değerlendirilmelidir” denilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Son olarak incelenmesi gereken bir diğer husus genel kurulda birleşme kararına muhalif olmayan diğer bir ifadeyle olumlu oy kullanan pay sahiplerinin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kanunda konuya ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmadığından lehe oy kullanmış pay sahiplerinin de ayrılma akçesinden yararlanabilecek pay sahipleri arasında kabulü gerekir³⁴. Dolayısıyla birleşmede seçim hakkını ayrılma akçesini alma yönünde kullanan ortakların mutlaka birleşme sözleşmesi aleyhine oy kullanmış olması gerekmez. Bir adım ileriye giderek ortakların karar alınırken genel kurula katılma zorunluluklarının olmadığını da söylemek yanlış olmayacaktır. Zira aksi yönde bir sınırlamanın getirilmesi eşit işlem ilkesinin ihlali anlamındadır³⁵.

D- Talep Edilme Şekli ve Süresi

TTK’da, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer verildiği hallerde ortakların bu haklarını nasıl veya ne kadar süre içerisinde kullanabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla birleşme sözleşmesinde bu hakkın kullanılma biçimi, süresi gibi konulara ilişkin kurallar öngörülebilecektir. Böyle bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde ise mevcut koşulların ortaklar aleyhine yorumlanamayacağı ve kullanamayacağı kabul edilmektedir³⁶.

Seçim hakkını ayrılma akçesi alma yönünde kullanacak olan ortağın bu talebini devrolunan ortaklığa bildirmesi gerekir. Bildirimin nasıl yapılacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu işlemin yasal başvuru niteliği taşıdığı göz önüne alındığı takdirde, ortaklığa yazılı bir ihbar şeklinde yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir³⁷.

Bir diğer mesele ortakların seçim haklarını ne zaman kullanabileceğidir.

³⁴ Göktürk, s. 645; Özatlan, s. 125; Sönmez, s. 187, 202. Aksi görüş için bkz. Akbilek, s. 183. Yazar pay sahiplerinin bu hakkı kullanabilmeleri için birleşmeye ilişkin genel kurul kararına red oyu vermeleri veya yönetim kurulu kararı ile gerçekleştirilebilecek bir birleşme söz konusu ise yönetim kurulu kararına karşı yazılı olarak itiraz edilmeleri gerektiğini savunmakta, dayanak olarak TTK m.193/3’ün, 202’ye yollamasını göstermektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira dayanak gösterilen 193/3 ve 202/2 sorumluluğa ilişkin maddeler olup, haklı bir nedene dayanmaksızın yapılan birleşmeye karşı zarara uğrayan pay sahibinin bu zararını tazmin için başvurabilmesi için gerekli koşulları düzenlemektir. Dolayısıyla hukuki niteliği itibarıyla tazminat dahi olmayan bir kuruma kıyasen uygulanması mümkün değildir. *Al Kılıç* ve *Develi* ise birleşme durumuna karşı olumsuz oy kullanmanın tutanağa geçirilmesinin aranmadığını kabul ile birlikte olumlu oy kullanan pay sahiplerine bu hakkın tanınmaması gerektiğini savunmaktadır, *Al Kılıç*, s. 53; *Develi*, s. 453-454.

³⁵ Özatlan, s. 125

³⁶ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 25.

³⁷ Özdoğan, A.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, C. II, s. 737.

TTK'da süreye ilişkin de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ortakların bu haklarını birleşme sözleşmesinin hukuki geçerlilik kazanmasından önce mi, yoksa sonra mı kullanacağı belirsizdir. Süre bakımından herhangi bir sınırlamanın olmaması, diğer bir ifadeyle her iki halin kabulü, uygulamada ciddi sıkıntılara yol açacaktır. Şöyle ki; ortakların seçim haklarını ayrılma akçesini alarak ortaklıktan çıkma yönünde kullanmaları halinde şirket malvarlığında ciddi bir azalma olacaktır. Diğer taraftan ayrılma akçesi yerine devralan şirketin pay sahipliği haklarını tercih etmeleri halinde ise sermaye artırımını gündeme gelecektir³⁸. Ortakların bu hakkı birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra da kullanabileceğini kabul etmek, sermayenin ne miktarda artırılacağı başta olmak üzere birçok problem doğuracaktır. Bu nedenle ortakların seçim haklarını birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce kullanmaları gereklidir³⁹. Kaldı ki, ayrılma akçesinin hatalı tespiti sonucu TTK m. 191 uyarınca açılacak olan denkleştirme davasının birleşmenin tescilinin ilanından itibaren 2 aylık hak düşürücü süreye tabi olması da bunu destekler niteliktedir. Aksi bir düzenlemenin kabulü ortakların bu süreyi tam olarak kullanamamalarına yol açacaktır⁴⁰. Son olarak seçim hakkı birleşmenin geçerlilik kazanmasından önce kullanılacak buna karşın çıkma diğer deyişle ortaklık sıfatının kaybı birleşmenin ticaret siciline tesciliyle hüküm ifade edecektir⁴¹.

Ayrılma hakkının kısmi olarak kullanıp kullanamayacağı bu hakkın talebi hususunda ele alınması gereken bir diğer noktadır. TTK'da bu konuya ilişkin de herhangi bir hüküm yoktur. *Sönmez*, kısmi kullanım bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamasını bilinçli bir tercih olarak nitelendirmektedir. Yazar, Türk hukukunda dar anlamda münhasırlık⁴² ilkesinin kabul edildiğinden bahisle payların tümü için kullanımda açık bir menfaat olmadıkça kısmi kullanıma cevaz verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴³. Bu noktada bu görüşün kabulü halinde kanunun seçimlik ayrılma akçesini düzenlemesindeki amacın aksi yönünde bir sonucun doğacağı akla gelebilir. Şöyle ki, ayrılma akçesinin tanınmasındaki amaç birleşmeye muhalif ortağın zorla tutulmaması, birleşme işleminin yoğunlaşmasının engellenmemesidir. Pay sahibinin yalnızca bir kısım payı için ayrılma hakkını kullanması ve dolayısıyla birleşen ortaklıklardaki ortak sıfatının devamı ayrılma akçesi kurumunun getiriliş mantığına ters düşecektir.

³⁸ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 175.

³⁹ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 175; Develi, s. 453.

⁴⁰ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 176.

⁴¹ *Taşdelen*, N.: Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012, s. 146.

⁴² *Sönmez* ayrılma hakkının münhasırlığı ilkesini pay sahibinin bu hakkın doğumuna yol açan genel kurul kararına karşı diğer hukuki yollara başvuramaması, yalnızca ayrılma hakkını kullanması olarak tanımlamaktadır, *Sönmez*, s. 164.

⁴³ *Sönmez*, s. 163. Aynı yönde, *Develi*, s. 454.

Ne var ki, pay sahibinin yatırım tercihini bu yönde kullanmasını, kanununda herhangi bir sınırlama bulunmamasına karşın, kanunun amacını öne sürerek engellemek ticari hayatın işleyişi ve gerekleri göz önünde bulundurulduğu takdirde mümkün değildir. Sonuç olarak ayrılma hakkının kısmi olarak da kullanılabilmesinin kabulü gereklidir.

2. Zorunlu Ayrılma Akçesi

A- Genel Olarak

Zorunlu ayrılma akçesi TTK m. 141/2'de "*Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler*" şeklinde düzenlenmiştir. Uluslararası birleşme literatüründe "*squeeze out merger*" veya "*cash-out merger*" ya da "*freeze out merger*", yani ortağı çıkararak birleşme olarak adlandırılmaktadır⁴⁴. Bu düzenleme ile amaçlanan yüzde doksanın istemediği yani arzu edilmeyen, sorun çıkaran azlığın şirkette kalmasının önüne geçilmesi böylece şirket içi barış ve huzurun sağlanmasıdır. Zorunlu ayrılma akçesi verilerek ortaklıktan çıkarılma ile şirket menfaati, azınlık pay sahibinin meşru ve iyiniyetli olmayan özel menfaatine nazaran üstün tutulmaktadır⁴⁵.

TTK m. 141/2'de açıkça ifade edildiği üzere bu hakkın kullanılabilmesi birleşme sözleşmesinde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Buna göre birleşme sözleşmesinde, genel kurul alınan karar uyarınca ihraç edilecek ortaklar, ismen belirtilerek çıkarılma karşılığında ayrılma akçesinin ödeneceğinin düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁶. Genel kurul kararı ile doğrudan ihraç edilen ortaklar, bir seçim hakları olmaksızın ayrılma akçesi almak zorunda bırakılmaktadır⁴⁷. Yüksek nisapla alınan bu karara itiraz mümkün değildir⁴⁸. Ancak ödenen bedelin uygun olmadığı gerekçesiyle denkleştirme talebiyle dava açılabilir. (TTK m.191)⁴⁹.

⁴⁴ *Gerekçe*, s. 116.

⁴⁵ *Karababa*, S.: Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze Out) ve Çıkarma Hakları, Ankara 2016, s. 183.

⁴⁶ Çelik, A.: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012, B. 3, s. 264-265; Taşdelen, s. 210.

⁴⁷ *Karababa*, s. 182.

⁴⁸ Ayrılma akçesine ilişkin karara itiraz mümkün olmamakla birlikte, genel kurul kararının kanunla belirlenen nisapla alınmamış olduğu veya TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımının varlığı gerekçesiyle itiraz edilebileceğine ilişkin bkz. *Karababa*, s. 183.

⁴⁹ Davacı taraf ayrılma akçesinin uygun belirlenmemiş olması ile birlikte, ayrılma akçesine dair kararın TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine de aykırı olarak alındığını iddia ediyorsa, her iki davanın birlikte açılabilmesi kabul edilmektedir, *Narbay, Ş/ Kesici*, B.: Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme", TFM, 2015, S. 1, s. 145.

B- Zorunlu Ayrılma Akçesi İçeren Birleşme Sözleşmesi Karar Nisabı

Birleşme sözleşmesinin zorunlu ayrılma akçesini içermesi halinde, yukarıda da bahsedildiği üzere, TTK m. 151/5’de düzenlenen karar nisabına uyulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle TTK m. 141/2’nin, TTK m. 151/5 ile birlikte değerlendirilmesi zorunludur⁵⁰.

Bu noktada TTK m. 151/5’te olduğu gibi şahıs ve sermaye şirketi ayırımına gidilerek nisapların incelenmesinde fayda vardır. Ancak bundan önce açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus yüzde doksanlık nisabın devreden şirkette birleşme kararı alınması için yeterli olup olmadığıdır. Genel kabul gören ve bizimde katıldığımız görüş uyarınca TTK m. 151/5, TTK m. 151’in diğer fıkralarına ek olarak getirilmemiştir⁵¹. Diğer bir deyişle yüzde doksanlık nisap ayrılma akçesinin değil, ayrılma akçesi içeren birleşme sözleşmesinin onayı için, hem toplantı hem de karar nisabı olarak, aranmaktadır⁵².

a- Şahıs Şirketinin Devreden Olarak Katıldığı Birleşme

Her ortağın bir oy hakkına sahip olduğu şahıs şirketlerinin devreden olarak katıldığı ve zorunlu ayrılma akçesinin öngörüldüğü birleşme sözleşmelerinde karar nisabı TTK m. 151/2, 5’in birlikte değerlendirilmesi sonucu bulunacaktır⁵³.

TTK m. 151/2 uyarınca; *“Kollektif ve komandit şirketlerde birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekir. Ancak, şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması öngörülebilir”*. TTK m. 151/5’de ise *“Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüorsa bunun, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz⁵⁴ ortaklarının.... yüzde doksanınin olumlu oylarıyla onaylanması şarttır”* denilmektedir.

Buna göre şahıs şirketinde zorunlu ayrılma akçesi içeren birleşme sözleşmesi ancak şirket sözleşmesinin tüm ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanabileceği düzenlenmiş ise uygulama alanı bulacak diğer bir deyişle bu takdirde yüzde doksanlık nisabın aranması mümkün olabilecektir. Şirketin 9 kişi veya daha az olduğu hallerde ise böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olsa bile ayrılma akçesi içeren birleşme sözleşmesi ancak oybirliğiyle

⁵⁰ Kendigelen, A.: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, B. 3, s. 139.

⁵¹ Çoştan, Kararlar, s. 113.

⁵² Çoştan, Kararlar, s. 113; Karababa, s. 182.

⁵³ Çoştan, Kararlar, s. 114.

⁵⁴ Şahıs ortaklıklarında oy hakkına haiz olmayan ortağın olmadığından mütevellit mehoz İsviçre Birleşme Kanununda da yer almayan “oy hakkına haiz” ifadesinin kaldırılmasının daha yerinde bir tercih olacağı yönünde bkz. Sönmez, s. 189

onaylanabilecektir⁵⁵. Dolayısıyla bu halde şirketin çıkarma hakkının olmadığı kabul edilebilir.

Son olarak TTK m. 151/5’de şahıs ve sermaye şirketi olarak sınıflandırılmayan kooperatifler düzenlenmemiştir. Nasıl ki kolektif şirketin her ortağının bir oy hakkı varsa (TTK m. 226), kooperatif ortaklarının da genel kurulda bir oy hakkı bulunmaktadır (KoopK m. 48). Bu bağlamda, şahıs şirketine ilişkin hükümlerin kooperatifler için de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir⁵⁶.

b- Sermaye Şirketinin Devreden Olarak Katıldığı Birleşme

TTK m. 151/5 uyarınca; *“Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyorsa bunun, devreden şirket ... sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oylarıyla onaylanması şarttır”*. Sermaye şirketlerinin birleşme kararı için gerekli genel nisaplar, TTK m. 151/1(a),(b) ve (c)’de düzenlenmiş olup, bu bentlerde oy hakkının yanı sıra sermayeyi de esas alan çifte nisaplara yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere TTK m. 151/5 sermayeye ilişkin bir nisap öngörmemektedir. Burada kanun koyucunun zorunlu ayrılma akçesine ilişkin düzenlemenin işlerlik kazanmasını sağlamak adına böyle bir tercih yaptığı söylenebilecektir. Zira sermaye şirketlerinde yüzde doksanlık oranın yalnızca toplam oy hakları alınarak hesaplanması halinde dahi, bu oranı temsil eden pay sahiplerinin genel kurula katılması ve oy birliğiyle karar almasının çok nadir rastlanabilecek bir durum olduğu açıktır⁵⁷. Ancak sermayeye bağlı nisabın öngörülmemiş olması birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, toplam oy esas alındığı takdirde, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy hakkının esas sözleşmeyle sınırlandırıldığı TTK m. 434/2 ve m. 618/1 bakımından adil olmayan sonuçlar doğabilecek, sermayenin yüzde onundan fazlasını elinde bulunduran ortak dahi ortaklıktan çıkarılabilecektir⁵⁸. Zorunlu ayrılma akçesinin getiriliş amacını aşan bu sonucun engellenmesi ise hem esas sermaye hem de oy haklarına göre belirlenecek bir nisabın geçerli olmasıyla mümkündür⁵⁹.

C- Zorunlu Ayrılma Akçesi Verilerek Ortaklıktan Çıkarılabilecek Pay Sahipleri

TTK m. 141/2’nin gerekçesine bakıldığında bu fıkra ile amaçlananın arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkaran azınlığı ve/veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma olduğu belirtilmektedir. Ancak hemen eklemek

⁵⁵ Çoştan, Kararlar, s. 115.

⁵⁶ Çoştan, Kararlar, s. 114.

⁵⁷ Çoştan, Kararlar, s. 117.

⁵⁸ Çoştan, Kararlar, s. 118.

⁵⁹ Çoştan, Kararlar, s. 118.

gerekir ki, ortaklıktan çıkarılacak ortağın “*arzu edilmeyen*” veya “*şirket huzurunu bozan*” davranışlarda bulunduğu kanıtlanması aranmayacaktır⁶⁰. Dolayısıyla TTK m. 151/5’te düzenlenen nisabın sağlanması halinde herhangi bir gerekçe ileri sürülmeksizin her ortak ayrılma akçesi verilerek ortaklıktan çıkarılabilecektir.

Bu konuya ilişkin bir diğer mesele zorunlu ayrılma akçesini hükme bağlayan TTK m. 141/2 azlığın hangi ortaklıktan ihraç edildiğine ilişkin bir düzenleme içermemesidir. Bu maddenin gerekçesine bakıldığında “*Daha açık bir ifadeyle denilebilir ki, bu hükmün özelliği, birleşmeye karşı olan ortağın veya ortakların şirketten çıkarılmaları olanağını devredilen şirkete sağlamış olmasıdır*” denilmek suretiyle bu husus açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Buna göre, çıkarılma devrolunan ortaklık ortakları bakımından hüküm ifade edecektir. Zira azlık devralan ortaklığa dahil olmadan çıkarılma gerçekleşmektedir⁶¹. Dolayısıyla devralan şirkette birleşmeye muhalif kalan pay sahiplerine bu yönde bir zorlama getirilemeyecektir⁶².

IV. AYRILMA AKÇESİ DEĞERİNİN TESPİTİ

TTK m. 141/1 ortaklara devralan ortaklıkta iktisap olunacak payların *gerçek değerine* denk gelen bir ayrılma akçesi öngörülebileceğini belirtmiştir. Gerekçede de gerçek değer nasıl hesaplanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakta yalnızca bu değer tespiti “*yaşayan bir şirket*”in esas alınması gerektiği belirtilmektedir⁶³.

Ayrılma akçesi değerinin tespiti, devralan ortaklığın pay değerinin tespitiyle mümkündür. Bu değer doğru şekilde belirlenmesi ise iki aşamalı bir süreçtir. Öncelikle birleşmeye katılan şirketlerin değeri göz önüne alınarak bir payın değeri bulunmalı, ardından karşılığında ayrılma akçesi verilecek payın şirket

⁶⁰ Çelik, s. 264. Aksi yönde Develi, s. 462. Yazar; TTK m. 193/3 ile 208. maddeye yollama yapıldığını dolayısıyla azlığın şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilebilir bir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesi halinde çıkarma hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira dayanak gösterilen 193/3 sorumluluğa ilişkin bir madde olup, haklı bir nedene dayanmaksızın yapılan birleşmeye karşı zarara uğrayan pay sahibinin bu zararını tazmin için başvurabilmesi için gerekli koşulları düzenlemektir. Böyle bir durumda yani azlığın haksız bir gerekçeyle ortaklıktan çıkarılması halinde TTK m. 191 uyarınca denkleştirme davası açılabilir. Kaldı ki gerekçede de amaç açıklanırken yalnızca “*arzu edilemeyen*” azlığın ortaklıktan çıkarılması üzerinde durulmuş ayrıca herhangi bir koşula yer verilmemiştir, bkz. *Gerekçe*, s. 116.

⁶¹ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 26.

⁶² Özatlan, zorunlu ayrılma akçesi ile amaçlananın huzuru bozan pay sahiplerinin şirketten çıkarılması olduğuna dikkat çekerek, bu hakkın devralan ortaklık bakımından da tanınabileceğinin tartışmaya açılması gerektiğini savunmaktadır, Özatlan, s. 133.

⁶³ Bkz. *Gerekçe*, s. 116.

değerinden bağımsız bir değere sahip olup olmadığı incelenmelidir⁶⁴. Aksi bir uygulama hatalı sonuçlara yol açacaktır. Örneğin bir ortaklıkta imtiyazlı payların bulunması şirket değerini etkilemese bile payın değerini etkileyecektir.

Dolayısıyla değer tespiti bakımından ilk dikkat edilmesi gereken husus pay üzerinde payın gerçek değerine etki edecek nitelikte bir hakkın bulunup bulunmadığıdır. Böyle bir hakkın var olmadığı hallerde çözüm basittir. Ayrılma akçesi, ortağın sahip olduğu pay sayısının ortaklığın değerlemesi sonucu ortaya çıkan gerçek değer ile çarpılması suretiyle elde edilebilecektir⁶⁵. Ancak pay üzerinde bir hakkın varlığı halinde gerçek değer tespiti bu kadar kolay olmamaktadır. Uygulamada ve karşılaştırmalı hukukta bu konuya ilişkin çeşitli yöntemler ileri sürülmüştür. Bunlar arasında en çok başvurulan aynı konumdaki eşdeğer bir veya birkaç şirket ile karşılaştırarak pay değerini belirleme veya piyasa değerini ya da payın borsada işlem görmesi halinde borsa değerini esas almadır⁶⁶. Görüldüğü üzere payın gerçek değerini belirlemede tek bir yöntem bulunmamaktadır. Dolayısıyla değer doğru olarak belirlenmesinde tüm yöntemlere başvurulması ve karşılaştırmaya gidilmesi en akılcı çözüm yoludur.

V. AYRILMA AKÇESİNİN ÖDENMESİ

6102 sayılı TTK ayrılma akçesinin hangi kaynaktan, kimin tarafından, ne zaman veya nasıl ödeneceğine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir. Bunun yerine çeşitli maddelerde bu konuyla bağlantılı hükümlere yer verilmiştir.

Ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin ilk mesele ödemenin kimin tarafından yapılabileceğidir. Birden çok alternatiflerin varlığına karşın genel kabul gören görüş ödemenin devrolunan ortaklık tarafından yapılacağıdır⁶⁷. Bu halde aşağıda ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere TTK m. 379 vd. düzenlenen şirketin kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. İkinci bir alternatif olarak ayrılma akçesi devrolunan ortaklığın tüm pay sahiplerince ya da bir veya birkaçı tarafından ödenebileceğidir. Bu halde ödemeyi yapanlar bu payların sahipleri olarak işlem göreceklerdir⁶⁸. Son olarak ayrılma akçesi devralan ortaklığın veya bu ortaklığın ortakları tarafından da ödenebilir. Belirmek gerekir ki bu hal çok sıradışı olup, ancak

⁶⁴ Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2015, B. 4, s. 82.

⁶⁵ Özatlan, s. 135.

⁶⁶ Özatlan, s. 136.

⁶⁷ Çelik, s. 269; Karababa, s. 184; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 703.

⁶⁸ Tekinalp, bu alternatifin gerekçede yer almamasının nedeni olarak bu çözümün tamamen pay sahiplerinin iradesine bağlı olmasını göstermiştir. Yazar böyle bir hususun gerekçede örnek olarak gösterilmesi halinde ikincil yükümlülük kavramına sokularak ortaklara dayatılabileceğinden endişe duyulduğunu belirtmiştir, Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 703.

istisnai durumlarda söz konusu olabilir⁶⁹.

Ayrılma akçesi birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasıyla birlikte muaccel hale gelmektedir⁷⁰. Ayrılma akçesi nakit olabileceği gibi bir ayın da olabilir, alacak hakkı veya başka bir ortaklığın payları da akçe olarak verilebilir⁷¹. Nelerin ayrılma akçesi adı altında ödemeye konu olabileceğine ilişkin sınır ekonomik değil hukuki kriterler çerçevesinde belirlenmelidir. Öyle ki, devralan şirkette pay sahipliği veya ortaklık hakkı verilmesi ayrılma akçesi olarak nitelendirilemeyecekken, yavru bir şirketin üçüncü şirket tarafından devralınmasında ortakların, ana şirketin paylarını devralmaları hali ayrılma akçesi olarak değerlendirilebilecektir⁷².

Ayrılma akçesinin ödenmesi konusunda açıklanması gereken bir diğer mesele ödemenin hangi kaynaklardan yapılacağıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ayrılma akçesi, sermayenin geri ödenmesine mevzuat tarafından izin verilen hallerden birisini oluşturmaktadır⁷³. Ancak yapılacak bu ödeme ile sermayenin korunması bir diğer yandan alacaklıların zararına bir durumun oluşmasının da önlenmesi gerekmektedir. Gereğince ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek yedeklerden alınması, yoksa sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴. Ancak bu belirleme koruma sağlamak adına tek başına yeterli değildir. Doktrinde de kabul edildiği üzere ortağın ayrılması nedeniyle yapılacak ödemelerde, şirketler birleşme anındaki serbestçe tasarruf edilebilir sermaye miktarını aşmamalı ve TTK m. 379 vd. düzenlenen “*şirketin kendi payını iktisap ve rehin kabul etmesi*”ne ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁷⁵. Aksi halde yani birleşme kararı öncesinde ayrılma akçelerinin toplam miktarının serbestçe tasarruf edilebilir sermayeyi aşması durumunda yönetim organının birleşme kararına engel olması gerekmektedir⁷⁶. Buna karşın birleşme kararı alınması emredici hükümlerin ihlali nedeniyle hukuka aykırılık teşkil edecektir⁷⁷.

Son olarak ödemenin yapılmasında m. 379’da belirtilen yüzde onluk sınırın

⁶⁹ *Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları*, s. 703. Farklı yönde görüş için bkz. *Al Kılıç*, s. 51, Yazar istisnai olarak değil aksine kural olarak ayrılma akçesinin devralan ya da yeni kurulan şirketin yedek akçelerinden ödeneceğini savunmaktadır.

⁷⁰ Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 179.

⁷¹ *Akbilek*, s. 183; *Çelik*, s. 268; Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 173; *Tekinalp, Ayrılma Akçesi*, s. 27.

⁷² *Pulaşlı, Şirketler Hukuku*, s. 78.

⁷³ Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 173.

⁷⁴ *Gereğince*, s. 116.

⁷⁵ Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 176.

⁷⁶ Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 177, dp, 333.

⁷⁷ Çoştan, *Alacaklıların Korunması*, s. 177, dp, 334.

uygulanıp uygulanmayacağı değinmekte yarar vardır. TTK m. 379/1 uyarınca *“Bir şirket kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir”*. Bu konuda farklı gerekçelerle de olsa genel kabul gören görüş bu sınırın uygulanamayacağı yönündedir⁷⁸. Gerçekten de, birleşme öncesi birleşmeye katılan ortaklıkların serbestçe tasarruf edilebilir toplam sermayelerinin ayrılma akçesinin ifası için yeterli olması halinde, ayrılma akçesi karşılığında iktisap edilen payların şirketin elinde kalmayacağı da göz önünde alındığında, yüzde onluk sınırın uygulanmayacağı kabul söylenebilecektir.⁷⁹

SONUÇ

Bir birleşme kurumu olan ayrılma akçesi; ticaret ortaklıklarının birleşme süreci içinde iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen ve birleşmeye katılmayan veya birleşmeden çıkarılan ortaklara ödenen pay bedeli veya pay bedellerinin toplamı olarak tanımlanabilecektir. Buna göre birleşmeye katılmak istemeyen ortağın payının gerçek değerine denk gelen karşılığı ifade eden ayrılma akçesi niteliği itibarıyla bir ödemedir.

Ayrılma akçesi TTK'nın 141. maddesinde seçimlik ve zorunlu ayrılma akçesi olmak üzere iki tür olarak kaleme alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında hükme bağlanan seçimlik ayrılma akçesi uyarınca; birleşme sözleşmesinde düzenlenmiş olmak şartıyla, devrolunan ortaklığın ortakları, devralan şirkette iktisap edecekleri pay ile bu paylara denk gelen bedeli alma konusunda bir seçim hakkına sahiptir. Devredilen şirketin tüm ortakları bu haktan herhangi bir sınırlama olmaksızın yararlanabilecektir. Seçim hakkını ayrılma akçesi olarak ortaklıktan çıkma yönünde kullanmak isteyen ortağın bunu yazılı bir şekilde ve birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce devrolunan ortaklığa bildirmesi yeterlidir.

TTK'nın 141. maddesinin ikinci fıkrasında da zorunlu ayrılma akçesi *“Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler”* şeklinde düzenlenmiştir. Zorunlu ayrılma akçesi verilerek ortaklıktan çıkarılma ile şirket menfaati, azınlık pay sahibinin meşru ve iyiniyetli olmayan özel menfaatine nazaran üstün tutulmaktadır. Birleşme sözleşmesinin zorunlu ayrılma akçesini içermesi halinde kabulü için, seçimlik ayrılma akçesinden farklı olarak, TTK m. 151/5'de düzenlenen yüzde

⁷⁸ İsviçre doktrininde konuya ilişkin ileri sürülen görüşlerin ayrıntıları için bkz. Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 179.

⁷⁹ Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 179, Yazar ayrıca bu konunun TTK m. 141'de m. 379/1,2,4 ve 5(c)y.1 uygulanmayacaktır şeklinde hükme bağlanması gerektiğini de eklemektedir.

doksanlık karar nisabına uyulması gerekmektedir. Bu nisabın sağlanması halinde arzu edilmeyen tüm ortaklar herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin çıkarılabileceklerdir.

Ayrılma akçesi değerinin tespiti, devralan ortaklığın pay değerinin tespitiyle mümkündür. Bu değer doğru şekilde belirlenmesi ise iki aşamalı bir süreçtir. Öncelikle birleşmeye katılan şirketlerin değeri göz önüne alınarak bir payın değeri bulunmalı, ardından karşılığında ayrılma akçesi verilecek payın şirket değerinden bağımsız bir değere sahip olup olmadığı incelenmelidir.

Son olarak birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasıyla birlikte ayrılma akçesi muaccel olacak ve devrolunan ortaklık tarafından çıkan veya çıkarılan ortağa tespit edilen karşılık değeri uyarınca ödeme yapılacaktır. Devrolunan ortaklığın yaptığı bu ödemeye ilişkin TTK m. 379 vd. yer alan “*şirketin kendi payını iktisap ve rehin kabul etmesi*”ne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

Akbilek, N.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009.

Al Kılıç, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009.

Bilgili, F./ Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2015, B. 4.

Büyükaka, C.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü, REGESTA, 2011, C.I, S. 1, s. 83 – 125.

Çelik, A.: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012, B. 3.

Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, (Anılış: Alacaklının Korunması).

Çoştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2013, B. 3, (Anılış: Kararlar).

Develi, B.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD, 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 443-489.

Durgut, R.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim Olan İlkeler, e-akademi, 2012, s. 126, s. 1-18, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=126>, (e.t.: 01.12.2016).

Göktürk, K.: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 631- 662.

Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılanma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004.

Kağıtçıoğlu, M.: Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012.

Karababa, S.: Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze Out) ve Çıkarma Hakları, Ankara 2016.

Kendigelen, A.: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, B. 3.

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, B. 8.

Narbay, Ş/ Kesici, B.: Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine “Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, TFM, 2015, S. 1, s. 107-160.

Özatlan, Y.: Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul 2014.

Özdoğan, A.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, 2004, C. II, s. 693- 762.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 74, (Anılış: Şirketler Hukuku).

Pulaşlı, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans- Bildiriler Tartışmalar, 13-14 Mayıs, Ankara 2015, (Anılış: TTK Tasarısı).

Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, B. 2.

Sönmez, Y. Z.: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009.

Susuz, K.: Anonim Şirketlerin Bölünmesinde Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı, Legal Mali Hukuk Dergisi, 2011, Y. 7, s. 77, s. 1290 - 1298.

Taşdelen, N.: Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

Tekinalp, Ü.: Birleşmede Ayrılma Akçesi, REGESTA 2012, C.II, S. 1, s. 22-27, (Anılış: Ayrılma Akçesi).

Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, B. 4, (Anılış: Sermaye Ortaklıkları).

İSTİNAF KANUN YOLUNUN İDARİ YARGILAMA USULÜNE BAŞLICA ETKİLERİ

The Main Effects of Appeal on Administrative Jurisdiction Procedure

Arş. Gör. Zeynep Nihal AYDINOĞLU¹

Geliş Tarihi: 25.01.2018

Kabul Tarihi: 16.02.2018

ÖZET

İdari yargıda yargısal etkinliğin sağlanmasına yönelik etkili çözümlerden en sonuncusu istinaf yolunun kabul edilmesi olmuştur. Bu kanun yoluyla birlikte itiraz ve karar düzeltme kanun yolları kaldırılmıştır. Ancak bu yeni kanun yolları düzeniyle, klasik anlamda istinaf yolunun sonucu olan üç dereceli yargılamanın tam anlamıyla gerçekleşeceği kuşkuludur. Var olan düzenleniş biçimiyle idari yargıda istinafın itiraz yolundan farklı olarak neleri değiştireceğinin ve idari yargıdaki temel sorunlardan başlıcaları olan iş yükü, yargılamanın makul sürede tamamlanması, nitelikli yargı kararı, içtihat birliğinin sağlanması, yargısal etkinliğin güçlendirilmesi gibi sorunlara çare olup olmayacağı tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kanun yolları, istinaf, iş yükü, makul süre, içtihat birliği, yargısal etkinlik.

ABSTRACT

Enactment of appeal in administrative jurisdiction had been last effective resolution of the ensure the judicial efficiency in the administrative jurisdiction. Approval of this remedy, remedy of objection and revision of judgment have been abolished. However, it is doubtful that this new regime of remedy will provide three-degree remedy system in strictly which is the natural result of the classical view of appeal. It is necessary to discuss that with the existing arrangement of appeal in administrative jurisdiction would change what differently from remedy of objection and would be a solution of main problems in administrative jurisdiction such as work overload, the completion of the judiciary within a reasonable period, quality of judgments, provide of stare decisis and strengthening of judicial efficiency.

Keywords: Remedy, appeal, work load, reasonable period, stare decisis, judicial efficiency.

GİRİŞ

İstinaf kanun yolu gerek hukuk ve ceza yargısı, gerekse idari yargılama usulü bakımından uzun yıllar tartışıldıktan sonra, ilk olarak 2004 yılında 5234 sayılı Kanunla ceza; 5236 sayılı Kanunla hukuk yargısında kabul edilmiş; 2014 yılında 6545 sayılı TCK ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla da idari yargılama usul hukukundaki yerini almıştır. Ancak gerekli alt yapının oluşturulması amacıyla 20 Temmuz 2016 tarihine kadar kurulup göreve başlamayan istinaf mahkemeleri, bu tarihten itibaren yargılama usulüne ilişkin kimi sorunlara çözüm getireceği beklentisiyle çalışmaya başlamıştır. Nitekim 6545 sayılı Kanundan önce idari yargıda istinaf konusuna yaklaşımın

¹ Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD, Araştırma Görevlisi, zeynepaydinoglu@cankaya.edu.tr

temelinde, istinafın bir kanun yolu olarak yargı kararlarının doğruluğu açısından güvence oluşturmasının çok ötesinde, idari yargılama usulünde sorun olarak nitelenen pek çok mesele için bir anlamda “çıkış yolu” olarak görülmesi yatmaktadır. Bir yargısal sistem içindeki tüm sorunları yeni bir kanun yolunun çözmesini beklemek gerçekçi olmasa da birtakım iyileşmelerin gözlemlenmesi gerekmektedir.

Çalışmada öncelikle genel hatlarıyla istinaf kanun yoluna ve bu kanun yoluyla ilgili olarak ileri sürülen lehe ve aleyhe görüşlere yer verilmiş; ardından üç dereceli bir kanun yolu sisteminin hukuk devleti ilkesine katkısı ele alınmıştır. Çalışmanın ana eksenini oluşturan “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu” ve “İdari Yargıda Başlıca Sorunlar ve İstinaf” başlıkları altında tüketici biçimde olmamakla birlikte idari yargılama usulüne ilişkin temel bazı sorunlar ve bu sorunların kaynağı ele alınmış; var olan düzenleniş şekliyle ve henüz ilk uygulama aşamasıyla istinaf yolunun çözüm olup olmayacağı değerlendirilmiştir.

I. GENEL ÖZELLİKLERİYLE İSTİNAF KANUN YOLU

İstinaf kelimesi *enf* kökünden türemiş olup; Arapçada uç, burun anlamına gelirken² Türkçe karşılığı “yeniden başlamak”, “sözün başı”dır.³ Modern anlamda istinaf kurumunun kökenlerinin, Roma hukukuna kadar gittiği belirtilmektedir. Batı hukuk sisteminin Roma hukukundan aldığı istinaf sistemi, her zaman hukuki bir kurum olarak görülmemiş, bu mahkemeler daha çok politik amaçlarla siyasi otoriteyi temsil etmek amacıyla kurulmuşlardır. İstinaf kavramı zamanla bugünkü hukuki niteliğine kavuşmuş, hukuki bir kurum olarak ele alınmıştır.⁴ Roma hukukunda ilk hakim kararına karşı ikinci bir hakime başvurma yolu, “*appellatio*” olarak ifade edilmiş; bu terim diğer Avrupa ülkelerini de etkilemiş, die Appellation (die Berufung), appeal, d’appel olarak çeşitli dillerde Latincenin etkisi altında kalmıştır.

Kanun yolu ise, davanın taraflarına hatalı olarak verildiği ileri sürülen yargı kararlarının yeniden incelenmesi ve değiştirilmesine imkan sağlayan hukuki

² Hakan PEKCANITEZ, Hukuk Güvenliği Açısından İstinaf Mahkemeleri, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 134.

³ Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Seda TAŞPINAR AYVAZ, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 587, Mustafa AVCI, İdari Yargıda İstinaf, **TBB Dergisi**, Sayı: 96, Ankara, 2011, s. 181.

⁴ Cenk AKİL, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 59. İstinaf kavramının Roma hukukundaki anlamı üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Nadi GÜNAL, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Yeniden Kabulü Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 14 – 18.

yoldur.⁶ Mevcut hukuk sistemimiz esas alınarak kanun yolları şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Mahkemece hükmedilmiş olan nihai kararın doğruluğunun bir üst mahkemece yeniden gözden geçirilmesini temin eden ve gerekliyse düzeltilmesini sağlayan bu suretle hükmün şekli anlamda kesinleşmesini erteleyen hukuki müessesedir.”*⁷ Kanun yollarının iki temel karakteristik özelliği bulunmaktadır: Kanun yolunun erteleyici ve aktarıcı etkisi. Erteleyici etki, hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin önlenmesi anlamına gelirken; aktarıcı etki kanun yolu incelemesinin bir üst mahkeme tarafından yapılmasıdır.⁸

İstinaf yolu, Türk yargı sistemine tamamen yabancı değildir. Osmanlı döneminde kadılar tarafından yerine getirilen yargı faaliyetleri tek dereceli olmuştur.⁹ Tanzimat döneminde yapılan hukuk reformlarına paralel olarak nizamiye mahkemelerinin kurulmasıyla, 1879’da Mehakim_i Nizamiye’nin Teşkilat Kanunu Muvakkatı Kanunu ile Osmanlı hukuk sistemine istinaf mahkemeleri de dahil olmuştur.¹⁰ Ancak Cumhuriyetin ilanından sonra çıkarılan 469 sayılı Mahakimi Şeriyenin İlgasına ve Mahakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanununun 9. maddesiyle, istinaf mahkemeleri ve istinaf görevi kaldırılmıştır.¹¹ O yıllarda, yetişmiş yargıç sıkıntısından kaynaklı olarak üç dereceli yargı sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesinin beklenemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹² Nitekim kaldırılma sebepleri arasında istinaf mahkemelerinde görev yapacak hakimlerin yeterli olmayışı, istinaf uygulamasının yargılama sürecini uzatması, içtihat farklılıklarına yol açması gösterilmiştir.¹³

Klasik anlamda istinaf, ilk derece mahkemesinin önünde gerçekleşmiş yargılamadan bağımsız bir biçimde, ortaya çıkan yargılamaya ilişkin yeni değişiklikler ve herhangi bir sınırlama olmadan ileri sürülen yeni deliller ve olayların değerlendirilmesi suretiyle uyuşmazlığın, yeniden ele alınması ve karar

⁶ Turgut TAN, Şeref GÖZÜBÜYÜK, İdare Hukuku, C. II, 8. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2016, s. 974.

⁷ Abdurrahim KARSLI, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012, s. 774.

⁸ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 513.

⁹ Aksi görüş için bkz, H. Tahsin FENDOĞLU, Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu, 1998. (www. hasantahsinfendoglu.com, Erişim Tarihi: 15.10.2017)

¹⁰ FENDOĞLU, Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu, 1998.

¹¹ Fahrünnisa TUNCA, İdari Yargıda İstinaf, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyum 141. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 79, Ankara, 2009, s. 87 – 88.

¹² Ali AKYILDIZ, İstinafa İlkel Bakmak, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 11.

¹³ Esat TOKLU, İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 63.

verilmesidir.¹⁴ Vakıa incelemesi yapılması sebebiyle istinaf mahkemelerine, hukukilik denetimi yapan temyiz mahkemelerinin aksine, vakıa mahkemesi de denilmektedir.¹⁵

İstinaf yolunun dar ve geniş anlamları bulunmaktadır. Dar – sınırlı anlamda istinafta ilk derece mahkemesinde yapılan inceleme baştan sona tekrar edilmemekte, maddi olaylar gereken noktalarda yeniden ele alınmaktadır.¹⁶ Sınırlı istinafın temel fonksiyonu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrol edilmesinden ibarettir.¹⁷ İstinaf mahkemesi, yerel mahkemenin olaya ilişkin saptamaları ve ilk derece yargılamasındaki dava malzemesiyle bağlıdır. Geniş veya diğer bir ifadeyle tam anlamda istinafta ise, istinaf aşaması tamamen yeni bir usul süreci olarak görülmektedir. Bütün vakıalar yeniden, sil baştan incelenmektedir.¹⁸ Muhakeme tamamen tekrarlanmaktadır.¹⁹

Bugün için genel eğilimin, dar anlamda istinaf yolunun benimsenmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim maddi vakıaların bütünüyle yeniden ele alınmasının, yargılama sürecini uzatacağı, bunun da hem usul ekonomisi yönünden uygun olmadığı hem de adaletin geç tecelli etmesi sebebiyle kamu yararına aykırı olduğu belirtilmektedir.²⁰

A. İstinaf Kanun Yoluyla İlgili Lehe ve Aleyhe Görüşler

İstinaf yolunun lehine görüşlerin başında, gelişmiş tüm ülkelerin istinaf kurumuna sahip olduğu, hak arayanlar bakımından güvence oluşturması sebebiyle hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde önemli rol oynaması gelmektedir.²¹ Lehe görüş taraftarlarına göre gelişmişliğin bir ölçütü olarak görülen istinaf yolu, isabetli karar verilmesini sağlayacağı için yargıya olan güveni de arttıracaktır.²² Bir kararın iki ayrı ve birisi üst derece yargı organı tarafından denetlenmesi, daha doğru karar verilmesi ihtimalini güçlendirmiş olmaktadır.²³ Ayrıca bir görüşe göre istinaf incelemesi sonucunda “yanlış”

¹⁴ Ejder YILMAZ, İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 21.

¹⁵ YILMAZ, s. 22.

¹⁶ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 587.

¹⁷ Nevhis DEREN YILDIRIM, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, **Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı**, Ankara, 2003, s. 269.

¹⁸ KARSLI, s. 786.

¹⁹ Devrim GÜNGÖR, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 36.

²⁰ YILMAZ, s. 22, ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 587.

²¹ YILMAZ, s. 23, Faruk EREM, İstinaf Mahkemeleri, AÜHFD, C. 7, sayı: 1 – 2, 1950, Ankara, s. 12.

²² FENDOĞLU, Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu, 1998. TUNCA, İdari Yargıda İstinaf, s. 89.

²³ Oğuz SANCAKTAR, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl**, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 2012, s. 22.

bulunan kararların kaldırılarak “doğru” kararların getirilmesiyle ilk derece mahkemesi hakimleri üzerinde disipline edici ve pedagojik bir etki de söz konusu olacaktır.²⁴ Diğer yandan ilk derece mahkemelerinin mahalli etkiler altında kalmasının mümkün olduğu, buna karşılık istinaf mahkemesi hakimlerinin bu etkilerden uzak olacağı da ileri sürülmüştür. EREM’e göre, hukuki olmayan bu görüş yerinde değildir. Nitekim her derecedeki hakimin yerel veya başka türden etkilere kapalı olması gerekmektedir.²⁵

İstinaf yoluna ilişkin lehe görüşlerden, üzerinde en çok durulan ve bizim hukuk sistemimizde de bu yolun kabul edilmesinde etkili sebep olarak nitelendirilebilecek olanı, istinaf kurumunun, yüksek mahkemelerin iş yükünün azalmasını sağlayacak olmasıdır.²⁶ Böylece temyiz mercilerinin tam bir içtihat mahkemesi olması sağlanmış olacaktır.²⁷

Buna karşılık istinaf uygulamasına genel olarak yapılan en önemli eleştiri, istinaf yolunda yargılama yeniden yapılacağından, bu usulün kabul edilmesi halinde davaların uzamasına ve zaman kaybına yol açacağıdır. Öte yandan istinafın kabul edilmesi halinde adaletin pahalılaşacağı düşünülmektedir.²⁸

Lehe görüş taraftarlarının aksine olarak istinaf sistemine karşı olanlar tarafından, bu yol kabul edilirse ilk derece mahkemesi hakimlerinin, kararların tekrar gözden geçirilmesi sebebiyle özensiz davranabilecekleri ileri sürülmüştür.²⁹

İstinaf sisteminin özellikle medeni usul hukuku bakımından ileri sürülen aleyhe görüşlerden bir tanesi de, Türk hukuk sisteminin bugün hali hazırda devam eden yapısal problemlerinin çözüme kavuşturulmadan istinaf mahkemelerinin göreve başlamalarının kaotik bir ortam yaratacağıdır.³⁰ İstinafın geniş anlamda bir hukuk sistemine girmesinin yargılamanın uzamasına sebep olmasının yanında tarafların ilk derece mahkemesine olan güvenlerinin sarsılacağı da ileri sürülmüştür. Bu nedenle istinafın dar anlamıyla uygulanması gerekliliği şu metaforla anlatılmıştır: “*İstinaf hakimi hastayı kendi muayene eden bir doktor değil; meslektaşının hazırladığı rapora göre teşhis koyan bir doktordur.*”³¹

²⁴ Bernard PACTEAU, **Traite de contentieux administratif**, 1. edition, PUF, Paris, 2008, s. 489, aktaran, Gürsel KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 438.

²⁵ EREM, s. 12.

²⁶ YILMAZ, s. 12 – 13.

²⁷ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 709.

²⁸ KARSLI, s. 587.

²⁹ FENDOĞLU, *Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu*, 1998, (www.hasantahsinfendoglu.com)

³⁰ Özdemir ÖZOK, “**Bölge Adliye Mahkemeleri” Ya Da “Üst Mahkemeler” Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar**, TBB Dergisi, Sayı: 63, Ankara, 2006, s. 28.

³¹ TUNCA, *İdari Yargıda İstinaf*, s. 89.

B. İstinaf Yolunun Hukuk Devleti İlkesine Katkısı

Kanun yolları hukuk politikası bakımından, kararların doğruluğunun garantisini sağlamaktadır. Ayrıca ilk derece mahkemelerinin kararlarını verirken daha özenli davranmaları³² yolunda bir tür baskı da oluşturmaktadır.³³ Nitekim, denetim ne kadar fazla olursa hata olasılığı da o kadar azalacaktır.³⁴ Hukukun uygulanmasında yeknesaklık sağlanması, mahkeme kararlarının üst denetiminin bir başka sebebini oluşturmaktadır. Mahkeme kararları arasında çelişkilerin bulunmasının kanun önünde eşitlik ilkesi açısından doğuracağı sakınca, kararlar arasında uyumun sağlanması yolunda bir zorunluluk doğurmaktadır. Üst yargı mercii tarafından, yerel mahkeme kararının değerlendirilmesinin de, uygulama birliğini sağlayan önemli bir araç olduğu ileri sürülmektedir. Üst derece yargı merci tarafından yapılan inceleme mahkemeler tarafından verilecek kararların kalitesini de arttıracak; hukuk uygulamasında birliğin sağlanarak bireysel yarar yanında kamusal yarara da hizmet edecektir.³⁵ Ancak bugün yüksek mahkemelerin iş yükü sebebiyle, bu amacı gerçekleştirebildiklerini söylemek çok mümkün olmamaktadır. Nitekim Yargıtay'da bazı içtihadı birleştirme taleplerinin birkaç yıldan beri görüşülememiş olması bunu kanıtlamaktadır.³⁶

Hukuki güvenlik, belirlilik, kanun önünde eşitlik ve hatta adil yargılanma hakkı bağlamında kanun yolları ile ilgili bir inceleme, bu yolların hukuk devletinin tesisinde oynadıkları rolün belirlenmesini de gerektirmektedir. Gerçekten de her hukuk düzeninin, doğru karara ulaşmak hedefi çerçevesinde, kararın üst mahkeme tarafından sınırlı da olsa, bir incelemenin yapılmasını sağlayacak kanun yolu mekanizmasına sahip olduğu belirtilmektedir.³⁷

Özellikle idari yargılama hukukunda iptal davaları ile amaçlananın, sakat olan idari işlemin iptali ile, idarenin hukuk sınırları içinde kalmasını sağlamak olması karşısında,³⁸ mahkeme kararının hakkın yerine getirilmesini sağlamaktan öte bir anlam taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu halde, kesinleşen mahkeme kararının doğru ve hakkaniyete uygun olması, bu yargılama kolu bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

³² Bu konuda bkz. Ramazan YILDIRIM, **Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkisi**, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 36 – 37.

³³ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, s. 513.

³⁴ Muhammet ÖZEKES, **Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 1.

³⁵ KARSLI, s. 775, PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, s. 521.

³⁶ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, s. 521.

³⁷ Kamil YILDIRIM, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 1.

³⁸ Yahya ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku C. II, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2012, s. 224.

Ancak Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, “kanun yoluna başvurma hakkı, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamında olmakla birlikte bu hak her uyumsuzluğun zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmemektedir. Buna göre kanun koyucu uyumsuzlukların niteliklerini gözeterek, Anayasa’daki yargı ile ilgili temel ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak şartı ile yargı yerlerince verilecek kararlara karşı başvurulacak kanun yollarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir”³⁹ biçiminde kanun yollarına başvurunun, adil yargılanma ve hak arama özgürlüğünün tesisinde zorunlu olmadığını belirtmiştir.

İstinaf, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre adil yargılanma hakkı için mutlak bir gereklilik olarak değil; sadece hakkın gerçekleşmesinde önemli bir katkı olarak görülmektedir.⁴⁰ Öte yandan iç hukukta üst yargı merciine başvuru olanağı tanınmış ise, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının, üst mahkemelere başvurma hakkını da içerdiği kabul edilmektedir.⁴¹ Ayrıca iç hukukta böyle bir yol öngörülmüş ve hak sahibi tarafından talep edilmiş ise üst mahkemede yargılama sürecinde de, AİHS madde 6/1’deki adil yargılanma hakkına ilişkin gereklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Öte yandan iç hukukta kanun yolları genel olarak tanınmış; ancak bazı dava türleri için bu başvuru hakkı tanınmamış ise⁴², bu durum da ayrımcılık yasağı ile birlikte davaya konu olan hakkın da ihlali sonucunu doğurabilir.⁴³

Buna karşılık, İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesine ilişkin 1984 tarihli 7 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesiyle ceza yargılamasında verilen karara karşı, bireye kararın üst dereceli bir mahkeme tarafından incelenmesini isteme hakkı tanınmıştır.⁴⁴ Türkiye Ek 7 No’lu Protokolü onay işlemini, 2016/8717

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/146, K. 2015/35, KT: 19.03.2015, (www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr)

⁴⁰ KARSLI, s. 787.

⁴¹ Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 619.

⁴² İdari yargıda istinaf yolunun kabul edilmesinden sonra, ilk inceleme aşamasında kesinleşecek kararların varlığının, adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınmasına yönelik inceleme aşağıda yapılmıştır. Bkz. s. 412 vd.

⁴³ Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Tıpkı 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 117.

⁴⁴ YILMAZ, s. 23. İlgili madde şu şekildedir: “Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen

sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla⁴⁵ tamamlayarak ceza mahkumiyetinde üst yargı organına başvurma hakkını sağlamakla yükümlü hale gelmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanun yollarına başvurmanın hukuk devletiyle olan ilişkisi dahi, bu yollara sınırsız bir başvuru olanağı anlamına gelmemektedir. Kararın kanun yollarından geçmesinden veya başvuru sürelerinin geçirilmesinden sonra kesinleşmesi halinde, o karara karşı normal kanun yollarına başvuru yapılamaz. Aksi halde uyuşmazlığın sona erdirilmeyerek, sonucunun belirsiz kalması toplumsal bir huzursuzluğa neden olarak, adalete olan güvenin de zedelenmesi sonucunu doğururdu.⁴⁶

II. İDARİ YARGIDA İSTİNAF KANUN YOLU

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, idari yargılama usulü hukukuna getirdiği en önemli değişiklik kuşkusuz istinaf sisteminin kabulüdür. Bu kanunla beraber 2577 sayılı Kanunun 45. maddesi şu şekilde değişmiştir:

“İdare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresinde bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemesince verilen kararlar kesin olup; bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz”

Düzenlemede istinaf yolunun üç dereceli bir yargılama sistemi getirme beklentisine ters bir biçimde, ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf yolunda kesinleşmesi asıl; bu yol tüketildikten sonra temyiz yoluna başvurulması istisnai hale gelmiş ve sadece⁴⁷ 46. maddede belirtilen uyuşmazlıkların temyiz

mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.” (www.aihmbasvuru.com/ek-protokoller/ek-protokol-no-7.html, Erişim Tarihi: 12.04.2016) Öte yandan bu hükmün, üçlü bir sistem için emredici nitelik taşımadığı, AİHM’in de, böyle bir başvuru imkanı bulunmaması dolayısıyla hiçbir ülkeye eleştiri yöneltmediği de belirtilmektedir. Bkz. ÖZOK, s. 23.

⁴⁵ 08.04.2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmi Gazete, 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁴⁶ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 580.

⁴⁷ İYUK madde 46 dışında, ivedi yargılama usulüyle verilen kararlar ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin verilen kararlar da, istinaf aşaması atlanarak doğrudan temyiz incelemesine konu olmaktadır. Ancak Danıştay bu türden davaları incelerken, evrak üzerinden yaptığı inceleme sonucunda maddi vakıalara ilişkin bilgiyi yeterli bulursa veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkinse ya da temyiz edilen karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkünse işin esası hakkında karar verir. Aksi takdirde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Burada esasen Danıştay istinaf merciinin yaptığı türden bir inceleme yapmaktadır. Ancak ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesinidir. İlk derece mahkemesinin bu kararlara karşı direnmesi söz konusu olamayacaktır.

incelemesine konu olacakları belirtilmiştir. Böylelikle ilk derecede ve istinafta kesinleşen kararlar düşünüldüğünde, üç dereceli bir sistemin kabul edildiğini söylemek zordur.⁴⁸

Bununla birlikte bölge idare mahkemelerinin yapısı da değişikliğe uğramıştır. 2575 sayılı Kanunun 3. maddesinde, 6545 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce bölge idare mahkemelerinin, bölge idare mahkemesi başkanı ile iki üyeden oluşacağı belirtilirken, 6545 sayılı Kanunla getirilen “*Bölge idare mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur. Bölge idare mahkemelerinde biri idare diğeri vergi olmak üzere en az iki daire bulunur (...) Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur*” hükmü gereğince artık daireler halinde çalışılacaktır. Bu düzenlemenin gerek artan iş yükü gerek dairelerde uzmanlaşmanın sağlanması bakımından olumlu olduğu düşünülmektedir.⁴⁹

İstinaf yolunun kabul edilmesinden önceki kanun yolu olan İtiraz yolu, bölge idare mahkemesinin inceleme, tahkikat yapma, nihai karar verme yetkileri açısından *istinaf yoluna*; aldığı kararların kesin olması yönünden ise, temyiz yoluna benzetilmektedir.⁵⁰ DURAN’a göre itiraz, uyuşmazlıkların bir defa daha esastan görülmesine imkan sağlaması bakımından bir tür istinaf olarak kabul edilebilirse de, bu kararlar Danıştay’da temyiz edilemeyeceğinden güvencesiz

Bu davalar için istinaf yoluna gidilememesi Anayasa Mahkemesi tarafından da incelenmiş, yüksek mahkeme, *Kanun koyucunun ivedi yargılama usulüne tabi davalarda yargılama sürecini hızlandırmak amacıyla farklı bir kanun yolu sistemi öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda istinaf yoluna başvuru hakkı kaldırılarak doğrudan temyiz yoluna başvuru usulü getirilmiş, temyiz incelemesinde de Danıştay’a istinaf yolundakine benzer şekilde denetim yapma yetkisi verilmiştir. Nitekim, 2577 sayılı Kanun’un 20/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinde, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda verilen kararlara karşı on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği, (i) bendinde ise temyiz incelemesinde Danıştay’ın gerekli inceleme ve tahkikatı yaparak esas hakkında karar vereceği ve verilen kararların kesin olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, ivedi yargılama usulüne tabi olan davaların bir an evvel kanun yolu incelemesinden geçerek kesin hükümle sonuçlandırılması amacıyla bu davalarda istinaf yoluna başvurunun ortadan kaldırılması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda adil yargılanma ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır*” gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/146, K. 2015/31, KT: 19.03.2015, (www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr)

⁴⁸ 2577 sayılı Kanunun 46. maddesi, değişiklikten önceki halinden farklı olarak, temyiz incelemesine konu olacak kararlar tek tek belirtilmiştir.

⁴⁹ 2576 sayılı Kanun’un 3D maddesinde “*Gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak bölge idare mahkemesi daireleri arasındaki iş bölümü, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir*” hükmü yer almaktadır.

⁵⁰ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, İdare Hukuku C. II, 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 1023. İtiraz yolunun sınırlı bir istinaf yolu olarak değerlendiren görüş için bkz. Turgut CANDAN, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 966 – 967.

ve eksik bir ikinci derece yargılamasıdır.⁵¹ İstinaf yolu kabul edilmeden önce de, Danıştay'ın iş yükü sebebiyle, sınırlı uyuşmazlıklarda başvurulana itiraz denetiminin kapsamının genişletilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁵²

Aşağıda, bu düzenleniş biçimleriyle istinafın, itiraz yolunun olduğu idari yargılama sisteminden nasıl bir farkı olacağını ve var olan temel sorunlara çözüm olup olmayacağını belirlemeye çalışacağız. Bu bakımdan aleyhe ve lehe görüşü savunanlardan hangisinin öngörülerinin gerçekleşme ihtimalinin daha muhtemel olduğu da görülecektir.

III. İDARİ YARGIDAKİ BAŞLICA SORUNLAR VE İSTİNAF

A. İş Yükü

6545 sayılı Kanunun gerekçesinde, “2577 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinde yapılan değişiklikle, istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangisinin temyiz yolu ile Danıştay’a gideceği belirlenmekte olup, bu maddede tahdidi olarak sayılan bu konular dışındaki davaların bölge idare mahkemelerinde istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi öngörülmektedir. Böylece Danıştay’ın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştay’ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun ilgili bazı hükümleri de değiştirilerek bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısı, istinaf kanun yolu incelemesine uygun hale getirilmektedir.”⁵³ ifadesi yer almaktadır.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, istinaf yolunun kabul edilmesindeki temel amaç, Danıştay üzerindeki iş yükünün azaltılmasıdır. Ancak burada öncelikle var olan iş yükünün gerçekleşme sebebinin belirlenmesi gerekmektedir. Dosya sayısının çok olmasının önemli bir sebebi de, idarenin yargı kararlarını uygulamak istememesi, istikrar kazanmış kararları işlemlerinde dikkate almamasıdır.⁵⁴ Bu bakımdan birey – idare ilişkilerinin düzeltilmesi gerekmektedir.⁵⁵

⁵¹ Lütfi DURAN, İdari Yargı Adlileşti, İHİD, C. III, sayı: 1- 3, İstanbul, 1982, s. 75.

⁵² Bkz. Turan YILDIRIM, İdari Yargı, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 515.

⁵³ www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariyasamaları/Kanunlasarı/2014Yılı/6545%20s%C4%B1ra%20say%C4%B1s%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi: 04.04.2016)

⁵⁴ Türkiye pratiğinde, uygulanmayan yargı kararlarına ilişkin davaların daha çok iptal davalarına ilişkin olduğu görülmektedir. Bunun sebebi her şeyden önce tam yargı davalarının parasal bir hak içermesi nedeniyle, idare bu kararları uygulamakta bir sakınca görmemektedir. Bu aynı zamanda idarenin hukuka bakışını da göstermektedir. Ayrıca, idareye bu davalar sebebiyle İYUK yaptırım öngörmüştür. Bu halde idare, gecikme faizi ödeyecektir. (Evren ALTAY, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, s. 358)

⁵⁵ Sait GÜRAN İdari Yargı’da Yapılanma ve Yönetim Konuları, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133.

Öte yandan idare içindeki birtakım uyuşmazlıkların idare içinde sonlandırılmasına hizmet eden, idarenin karar alma sürecini kulsallaştıran, katılımı temin eden bir idari usul yasasının⁵⁶ olmayışı da, uyuşmazlıkların çoğalmasına sebep olmaktadır.⁵⁷ İdarenin hukuka uygun davranmayükümlülüğü bir ödev ise, iptal edilen işlemlerden sonra benzer işlemler konusunda idarenin de, uyuşmazlık yargıya taşınmadan yargı kararı doğrultusunda davranması beklenmektedir.⁵⁸

Gerçekten de, idarenin işleyişindeki kapalılık, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı konusunda kuşku yaratmakta ve bu nedenle yargı organlarına başvuru sayısı artmaktadır.⁵⁹ Ayrıca yargı öncesi çözüm usullerine ilişkin düzenlemelerin hayata geçirilmesi, bunlardan biri olan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin uygulamasındaki sıkıntıların aşılması gerektiği de belirtilmektedir.⁶⁰

İstinaf kanun yolu idari yargı sistemine dahil olmadan önce, Danıştay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla yapılan tedbirlerden bir tanesi de, daire sayısını arttırmak olmuştur.⁶¹ Ancak bu çözüm, iş yükünde kalıcı bir iyileşme sağlamaktan uzaktır.⁶²

Aynı amaçla itiraz yolunda incelenecek uyuşmazlıklar, önceleri sadece tek hakimle verilen kararlardan ibaretken, zamanla kurul halinde verilen bazı kararlar da itiraz yolunun incelemesine tabi tutulmuştur. Adli İstatistik Kurumu'nun verilerine göre, itiraz yolu uygulamadayken idari davaların yaklaşık %30'u bölge idare mahkemelerinde itiraz yoluyla kesinleşmekteydi. Buradan yola çıkarak itiraz yolunun, idari yargı sisteminde iyi işlemiş olduğunu söylemek

Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, s. 13.

⁵⁶ Aydın GÜLAN, İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, s. 36.

⁵⁷ Fahrünnisa TUNCA, İdari Yargının Sorunları Ve İdari Yargıda İstinaf, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 26.

⁵⁸ Yıldırım ULER, Yönetmelik Yargıda Dava Açma Süresi, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Danıştay Yayınları No: 50, Ankara, 1990, s. 246.

⁵⁹ Murat SEZGİNER, İdarenin İşleyişi, Yargıya Yansımaları ve Genel İdari Usul, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 39.

⁶⁰ Ramazan YILDIRIM, Türkiye'de İstinaf Uygulamasının..., s. 36.

⁶¹ Zuhâl BERKET, İdari Yargılama Usulü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu, **Danıştay Dergisi**, C. 27, sayı:11, Ankara, 1996, s. 103.

⁶² Şeref GÖZÜBÜYÜK, Danıştay Kanununda Yapılan Değişiklikler, **SBFD**, C. 15, sayı: 1, Ankara, 1960, s. 239. 2017 yılı itibarıyla Danıştay'da biri idari olmak üzere on beş daire bulunmaktadır.(Danıştay Başkanlık Kurulu Kararı, Karar No: 2016/72, 31.12. 2016 tarihli ve 29935 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.)

yanlış olmayacaktır.⁶³ 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren çalışmakta olan istinaf mahkemeleri bakımından bu türden bir tespitin yapılması için erken olsa da, Adli İstatistik Kurumuna göre, Bölge İdare Mahkemelerinde 2016 yılında gelen dosyaların yıl içinde karara bağlanma yüzdesi %78,5 olmuştur. Bu oran 2015 yılında, %90.9'dur. Aynı şekilde idari yargıda istinaf incelemelerinin de katıldığı verilere göre, son 10 yıl içinde bir sonraki yıla devreden dosya sayısı 209.919 ile en fazla 2016 yılında görülmüştür.⁶⁴ Bu artışa yol açacak başka etkenlerin de söz konusu olabileceği göz önünde bulundurularak istinaf yolunun iş yüküne etkisinin önümüzdeki yıllarda daha sağlıklı şekilde değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz.

İstinaf sistemini kabul eden ülkelerden İsveç'te böyle bir yoğunluğun yaşanmaması amacıyla, mahkemelerde dava açmadan önce konunun karar veren taraflar arasında tekrar gözden geçirilmesini sağlamak amacıyla, idareler bakımından kendi kendine düzeltme yöntemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır. İdari merci açık hata yapmışsa ve diğer gerçek kişileri olumsuz yönde etkilemiyorsa kararı değiştirmekle yükümlü tutulmuştur.⁶⁵ Fransa'da ise, ilk derece mahkemesinde alınan bütün kararlar istinaf incelemesine konu olabilmektedir. İstinaf üzerine alınan bütün kararların ise, temyize gidebileceği kabul edilmiştir. Temyiz incelemesine konu kararlar bakımından filtreleme sistemi geçerli olmakta; yani Conseil d'Etat temyiz başvurusunu kabul etmeden önce kendisi katı bir kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır. İstinaf yolu bakımından ise böyle bir mekanizma olmamasına rağmen kararların yaklaşık %20'sinin istinaf başvurusuna konu olduğu, bunda da en büyük etkenin tarafları tatmin eden kaliteli kararların bulunması ve yargıya güvenilmesi olduğu belirtilmektedir.⁶⁶ Bu açıdan Türkiye'de de "takdiri temyiz" mekanizmasının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yolla davaların son yargısal denetim aşamasına gelmeyi gerektiren bir "hukuk meselesi" bulunmalıdır. Davanın hukuki açıdan bu aşamada da ele alınmayı gerektirir değerinde bir hukuki sorunu içerip içermediği Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından belirlenecektir.⁶⁷

6545 sayılı Kanununun gerekçesine göre, Danıştay'daki mevcut iş yükünün % 80 oranında azalması beklenmektedir. Ancak daire esasına göre yeniden

⁶³ AKYILDIZ, s. 14.

⁶⁴ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Haber Bülteni 17 Mayıs 2017, Adalet İstatistikleri 2016, (www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/bulten2016.pdf, Erişim Tarihi: 24.10.2017)

⁶⁵ Johan HIRSCHFELD, İsveç İdari İstinaf Örneği, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 84.

⁶⁶ SANCAKTAR, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 54.

⁶⁷ GÜRAN, s. 14.

örgütlenen bölge idare mahkemelerinin bu yükü kaldırıp kaldıramayacakları belirsizliğini sürdürmektedir. Bölge İdare Mahkemeleri ağır bir iş yüküyle karşı karşıya kalmaları durumunda yaşanan tıkanıklık sebebiyle istinaf mercilerinin küçük birer istinaf öncesi Danıştay olma tehlikesi bulunmaktadır.⁶⁸ Adli İstatistik Kurumu verilerine göre, 2016 yılında idare mahkemelerinden istinaf incelemesi için bölge idare mahkemelerine gelen dosyaların %24,5'i karara bağlanabildiğinin görülmesi⁶⁹, bölge idare mahkemelerinin hali hazırdaki iş yükü hakkında ilk etapta olumsuz bir izlenim yaratmaktadır.

Öte yandan gerekçeden çıkan sonuca göre, istinaf yolunun kabul edilmesindeki yegane amacın, iş yükünün azaltılması olduğu görülmektedir. Halbuki bir yargı düzeni olarak istinafın hukuk sistemine dahil edilmesindeki tek hedefin iş yükünü hafifletmek olmaması gerekir.⁷⁰ Aşağıda kategorik olarak belirtmeye çalıştığımız üzere, idari yargı içerisinde iş yükü dışında değişikliğe ihtiyaç duyulan başka konular da bulunmaktadır.

Kanun değişikliğinden sonra bölge idare mahkemeleri ve yargı çevrelerindeki idare mahkemeleri de yeniden düzenlenmiştir.⁷¹ Ancak UYAP verileri esas alınarak yapılan bu belirlemenin sağlıklı olup olmadığı konusunda kuşku bulunmaktadır. UYAP'taki dava kodların sağlıklı işlenmemesi, idare mahkemesinde açılan davaların %30'a yakınının diğer dava kodları başlığı altında sistemde bulunması sebebiyle, kurulan istinaf mahkemelerinin sayısının da yeterli olup olmayacağı kuşku olarak değerlendirilmiştir.⁷²

B. Makul Sürede Yargılama

Yargılamanın makul sürede tamamlanması, Anayasa madde 36 bağlamında hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gereklerinden biri olduğu gibi; Anayasa madde 141/1'de de davaların *mümkün olan süratle* sonuçlandırılması yargının görevi olarak düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi gereğince de yargılamaların makul sürede tamamlanması, adil yargılamanın gerçekleşme koşullarından birini oluşturmaktadır.

İstinaf yolunun kabul edilmesiyle beraber AİHM'e başvurmadan önce tükenmesi zorunlu bir iç hukuk yolu daha doğmuş olmaktadır.⁷³ Gecikmiş

⁶⁸ GÜNGÖR, s. 40. Yazar burada ceza yargısında, bölge adliye mahkemelerinin iş yükü açısından Yargıtay'a dönüşme tehlikesinden söz etmektedir. Ancak aynı risk, idari yargı yolu için de söz konusu olabileceğinden bu karşılaştırma idari yargılama yoluna uyarlanarak yazılmıştır.

⁶⁹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2016, (www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2016, Erişim Tarihi: 24.10.2017)

⁷⁰ AKYILDIZ, s. 17.

⁷¹ Bu konuda bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Adli-Idari-Yargi-Listesi.aspx>.

⁷² TOKLU, s. 65.

⁷³ SANCAKTAR, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 92.

adaletin adaletsizlik olarak kabul edilmesi sebebiyle, AİHS’de de bu konu düzenlenmiş ve yargılamanın makul bir süre içinde sonuçlandırılması bir yükümlülük olarak, adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddede yer almıştır.⁷⁴ Kural olarak makul sürenin, davanın mahkeme önüne getirildiği andan başlayıp; en üst mahkemenin nihai kararı vermesiyle sona ereceği kabul edilmektedir. İstinai olarak AİHM, dava süresinin idareye başvuru yapıldığı anı da kapsayacak şekilde hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁵ İdari yargı uyuşmazlıklarındaki zorunlu idari itiraz, her ne kadar mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacına yönelik olsa da ilgililerin mahkemeye erişim haklarını geciktiren etkisi⁷⁶ sebebiyle AİHM tarafından makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesi bakımından bir kriter olabilecektir. Bu bakımdan istinafla birlikte yargı öncesi aşamadaki usuli süreçlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Dar anlamda istinaf yolunun benimsenmesi ve karar düzeltme yolunun kalkmasıyla beraber davaların sonuçlanması bakımından ciddi bir farklılık oluşmayacağı ileri sürülmektedir.⁷⁷ Nitekim idari yargıda, hem karar düzeltme yolunun kalkması ve temyiz incelemesine gidecek davaların sınırlı olması hem de bir kısım uyuşmazlıkların ilk derece yargılamasından sonra kesinleşmesi beraber değerlendirildiğinde korkulduğu üzere, istinaf yolunun davaların makul sürede sonuçlanmasını ciddi bir biçimde etkilemesinden söz edilemeyecektir. Ancak bu “hızlılığın” yargılamanın adaletli bir biçimde gerçekleşmesine de hizmet edip etmeyeceği ise ancak önümüzdeki yıllarda tam olarak değerlendirilebilecektir.

Dairelere göre farklılık göstermekle beraber, Danıştay’da ortalama temyiz süresi bir buçuk yıl sürmektedir. İlk derece mahkemesinde geçen süre ile beraber, ortalama bir davanın kesinleşmesi üç yılı bulabilmektedir. Eğer ilk derece mahkemesi bozma üzerine direnirse, bu süre daha da uzun olabilmektedir.⁷⁸ 2016 yılında Danıştay’a gelen davaların karara bağlanma oranı, %43.2 olmuştur.⁷⁹

Adli İstatistik Kurumu verilerine göre, 2015 yılında bölge idare mahkemelerinde davaların ortalama görülme süresi 27 günken, 2016 yılında bu süre 10 yıl içindeki en yüksek ikinci değere ulaşarak yaklaşık 60 gün olarak

⁷⁴ İNCEOĞLU, s. 370.

⁷⁵ DOĞRU – NALBANT, s. 634.

⁷⁶ K. Burak ÖZTÜRK, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 93.

⁷⁷ YILMAZ, s. 28.

⁷⁸ AKYILDIZ, s. 15.

⁷⁹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2016, (www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2016, Erişim Tarihi: 24.10.2017)

belirlenmiştir.⁸⁰ Ancak istinaf incelemelerinin işlerlik kazanmasıyla itiraz yolundan çok daha fazla uyuşmazlık istinaf yolunda kesinleşeceğinden bu artışın yargılama süresini uzattığından söz edilemez.

C. “Adil” Karar – Karar Yazımında Nitelik

Bir yargı sisteminde adaletin kalitesini belirleyen en önemli etken, yargı kararının kalitesidir.⁸¹ Nitelikli bir yargı kararında doğru sonuca, hakimlerin imkanları izin verdiğiince adil, hızlı, anlaşılır ve kesin bir biçimde ulaşılmış olmalıdır.⁸²

İstinaf kanun yolu temyizden farklı olarak retractation (kararı geri almaya yönelik) olmayıp; reformatik yani ilk derece mahkemesi kararını mükemmelleştirici, eksikliklerini giderici, ilk derece mahkemesinin gerekçelerini kuvvetlendirici yönüyle öne çıkmaktadır.⁸³ Bu bakımdan mevcut düzenlemelerin, kararların niteliği üzerindeki muhtemel etkileri incelenmeye değerdir.

İstinaf sisteminde tek hakim kararının üç hakim; üç hakim kararının ise beş hakim tarafından denetlenmesinin asıl olduğu belirtilmektedir.⁸⁴ Ancak yeni düzenlemeyle ilk derece mahkemesinde ve istinaf incelemesinden sonra kesinleşecek uyuşmazlık sayısı dikkate alındığında bu sistemin tam olarak geçerli olamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim 2577 sayılı Kanunun 45. maddesine göre, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi veya tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup; bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacak olmasının, kanun yoluna kapalı olacak bu türden uyuşmazlıkların, idarenin yargısal denetimini zayıflatacağı için hukuk devleti ilkesi gereğince, yerindeliğinin tartışılmalı olduğunu, yargılamanın üç dereceli hale getirilmesindeki temel mantıkla da çeliştiğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁸⁵ Bu durumda itiraz incelemesinin olduğu dönemle oluşan en önemli farklılık, daha fazla uyuşmazlığın temyiz incelemesine konu olmadan istinafta kesinleşecek olması olarak görülmektedir.⁸⁶

⁸⁰ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2016, (www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2016, Erişim Tarihi: 24.10.2017)

⁸¹ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin (AHDK) 11 numaralı Görüşü, Yargı Kararlarının Kalitesi, Çev. Abdülkadir Haşhaş, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitaz'e Armağan, İzmir, 2015, s. 1913.

⁸² Haşhaş, s. 1914.

⁸³ Aydın GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 20 – 21.

⁸⁴ SANCAKTAR, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 24.

⁸⁵ AKYILDIZ, a.g.m, s. 24.

⁸⁶ Bu haliyle istinafın genişletilmiş bir itiraz olduğu yolundaki görüş için bkz. AKYILDIZ, s. 32.

İYUK madde 46'da, "konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları"nın temyiz incelemesine konu olabilecekleri belirtilmiştir. Ancak parasal bir karşılığı (veya 100.000 TL⁸⁷'nin üzerinde parasal bir karşılığı) olmayıp; temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan konuların üç dereceli bir yargısal denetimden mahrum bırakılmasının tartışılması gerekmektedir.⁸⁸ Nitekim idari yargının bir hukuki uyumsuzluğu çözmek dışında, bireyleri kamu gücü karşısında koruma ve idarenin hukukla bağıni denetleme işlevi de, *temyiz incelemesine değer* olmayı parasal olarak belirlemenin eleştirilmesini gerektirir.

İstinaf sistemiyle birlikte karar düzeltme yolu da hukuk sistemimizden çıkmıştır. Üst yargı merciin kararlarını bir defaya mahsus olmak üzere, belli bir süre içinde ve kanunda belirtilen sebeplerden dolayı tekrar gözden geçirilmesi ve olası yanlışlıkların giderilmesini sağlayan hukuki yol⁸⁹ olarak tanımlanan

⁸⁷ %3.83 yeniden değerlendirme oranıyla birlikte 2017'de 120.000 TL olmuştur.

⁸⁸ AKYILDIZ, s. 30. Buna karşılık öğretilerde temel hak ve özgürlüklere ilişkin bireysel işlemlerin dayanağı olan düzenleyici işlemlerin temyiz incelemesine konu olabilecekleri ve temyiz sonucunda alınacak karara göre bireysel işlemlere ilişkin uyumsuzluklar bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir. Gül ÜSTÜN, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme, **MÜHF HAD**, C. 22, sayı: 2, İstanbul, 2016, s. 22 – 23.

⁸⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi, AÜSBFD, C. XX, Sayı: 4, Ankara, 1965, s. 146. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile karar düzeltme yolu yürürlükten kaldırılmasının adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve yüksek mahkeme: "Kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, aynı veya başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. 2577 sayılı Kanun'un 54. maddesinin önceki hâlinde yer alan karar düzeltme müessesesi, Danıştay dava dairelerince veya bölge idare mahkemelerince verilen kararın, aynı yargı mercii tarafından yeniden incelenmesine imkân tanıyan olağan bir kanun yoludur. Kanunla, 2577 sayılı Kanun'da "itiraz, temyiz ve karar düzeltme" şeklinde düzenlenen kanun yolu sistematüğinde değişikliğe gidilerek idari yargıda kanun yolları "istinaf ve temyiz" şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu yolla, ilk derece idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı kural olarak bölge idare mahkemesine istinaf yoluyla başvuru hakkı tanınmış, bölge idare mahkemesinin istinaf mercii sıfatıyla 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde tahdidi olarak sayılan davalarla ilgili verdiği kararlar ile Danıştay dava dairelerinin ilk derece sıfatıyla verdiği kararlara karşı temyiz yoluna başvuru imkânı getirilmiştir. İdari yargıda istinaf sisteminin kabul edilmesiyle birlikte temyiz aşamasından sonra bir de kararın düzeltilmesi yoluna başvurulmasının yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceği düşüncesiyle karar düzeltme yolunun kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, idari yargıda davaların gereksiz yere uzamasını önlemek amacıyla kamu yararı gözetilerek karar düzeltme yolunun ortadan kaldırılmasını öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup temyiz mercii tarafından verilen kararın aynı merci tarafından tekrar gözden geçirilmesini sağlayan karar düzeltme yolunun kaldırılmış olmasının adil yargılanma hakkını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir" gerekçesiyle söz konusu başvuruyu reddetmiştir.(Anayasa Mahkemesi, E. 2014/146, K. 2015/31, KT: 19.03.2015, (www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr) Karar düzeltme yolunun kaldırılmasıyla ilk derece

karar düzeltme yolu bulunmadığından, istinaf veya ilk derece mahkemesi incelemesinden sonra kesinleşen çok sayıda uyuşmazlık için yalnızca İYUK madde 30 bağlamında *yanlışlıkların düzeltilmesi* yolu işletilebilecek, burada bulunmayan haller için ise bölge idare mahkemesinin ve ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki yanlışlıkları düzeltme imkanı bulunmayacaktır.

Yargılamanın adil şekilde yapılıp karara yansıtılmasının önemi, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından da önem taşımaktadır. Her ne kadar adil yargılanma hakkının esasa ilişkin değil; usule ilişkin bir hakkı koruma altına aldığı yolunda yerleşik bir yorum bulunsa bile; "keyfi ya da açıkça makul olmayan kararlar" bakımından da AİHM 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmektedir.⁹⁰ Nitekim adil yargılanma hakkının davanın düzgün bir biçimde incelenmesi hakkını da içerdiği, ulusal mahkemelerin tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir.⁹¹ Bu bakımdan önemli diğer bir nokta gerekçeli karar hakkıdır. 1982 Anayasasının 141. maddesinin 3. fıkrasında "*Bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır*" biçiminde gerekçeli karar hakkı vurgulanmıştır. AİHM kararlarında da özellikle kanun yollarına başvuru olanağının bulunduğu hallerde, gerekçeli karar yazımı adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak değerlendirilmekte⁹² ve kararın gerekçesi yoksa kanun yollarına başvuru imkanının anlamını yitireceği belirtilmektedir.⁹³ Anayasa'nın 141. maddesinde "bütün mahkemeler ve her türlü karardan" bahsedildiğine göre, gerekçeli karar yazımının istinaf incelemesi sonucu verilen kararlar bakımından da aranacağı tartışmasızdır. Nitekim 2577 sayılı Kanunu'nun 24. maddesinde *Kararlarda Bulunacak Hususlar* başlığı altında kararın gerekçesine de yer verilmiştir. Kuşkusuz bölge idare mahkemeleri de bu hükümden istisna değildir.

Her ne kadar AİHM, kanun yoluna başvuru hakkının sözleşme tarafından doğrudan güvence altına alınan haklardan olmadığından hareket ederek,

mahkemesinde kesinleşen kararlar aleyhine başkaca bir kanun yoluna başvurma imkânının bulunmayışı, aynı şekilde ilk derece mahkemesinde söz gelimi oy birliğiyle iptal edilmiş bir kararın istinaf incelemesinde kaldırılması ve bu kararların da büyük bir çoğunluğunun bu aşamada kesinleşmesi yargıya olan güveni zedeleyebilecek niteliktedir. Bu bakımdan bu nitelikteki kararlar açısından filtreye tabi bir karar düzeltme yolunun kabul edilebileceği belirtilmiştir. Oğuz SANCAKTAR, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 43.

⁹⁰ D.J. HARRİS, M. O'BOYLE, E.P.BATES, C.M. BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 204.

⁹¹ HARRİS, BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 270.

⁹² AİHM, K. H./Belçika, KT: 30.11.1987, karar için bkz., Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 293.

⁹³ Hadjianastassiou/ Yunanistan, KT: 16.12.1992, karar için bkz. İNCEOĞLU, s. 322.

üst derece mahkemelerinde yapılan yargılamalardaki gerekçelerin detaylı olmasını aramayıp, ilk derece mahkemesi kararlarını inceleyerek onadığını veya bozduğunu göstermesinin yeterli olduğunu kabul etse de⁹⁴ bu türden bir farkın uyuşmazlığın esasına giren, maddi vakia incelemesi yaparak yeni bir karar tesis eden istinaf mahkemesi kararları için söz konusu olmaması gerektiğini düşünmekteyiz.⁹⁵ Anayasa Mahkemesi de, kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmamasının tek başına gerekçeli karar hakkına aykırılık oluşturmayacağını belirtirken, ilk derece mahkemesinde ifade edilmesine karşın tartışılmayan esaslı hususlara ilişkin yapılan temyiz başvurularında, temyiz merciince de bu hususların tartışılmamasını gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görebilmektedir.⁹⁶

Uygulamada ise bölge idare mahkemelerinin özellikle istinaf başvurusunun reddine ilişkin verdiği kararlarda herhangi bir gerekçeye dayanmayıp; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinin 3. fıkrasındaki “Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir” hükmünü ve istinaf başvurusunun kabulünü gerektiren başka bir nedenin de bulunmadığını belirtmekle yetindiği görülmektedir.⁹⁷ İlk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bularak istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararlar bakımından, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesi esas alınmıştır biçiminde bir çıkarım yapılabilirse de, istinaf merciinin ilk derece

⁹⁴ HARRIS, BOYLE, BATES, BUCKLEY, s. 271, İNCEOĞLU, s. 328. Yazarlar burada temyiz hakkından bahsetmiş olsa da, kastedilenin genel olarak kanun yolları olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim “appeal” sözcüğü İngilizcede genel olarak kanun yollarını ifade etmek için kullanılmaktadır. “An application for the judicial examination by a higher tribunal of the decision of any lower tribunal” biçiminde esasen üst derece mahkemesine, alt derece mahkemesinin kararını hukuken incelenmesi yolunda yapılan *başvuru* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Graham GOOCH, Michael WILLIAMS, A Dictionary of Law, **Oxford University Press**, Oxford, 2007, s. 16 – 17. Ayrıca AİHM’in bu konudaki hareket noktasının, kanun yoluna başvuru hakkının ayrıca sözleşmede güvence altına alınmaması olduğu düşünüldüğünde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bu konuda emsal gösterilen kararlardan Les Travaux Du Midi v. France 02.07.1991, B.N. 12275/86, kararında Conseil d’Etat kararını ifade etmek için de “appeal” terimi kullanılmıştır.

⁹⁵ Aynı yönde görüş için, Zühal Aysun SUNAY, Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri, **Danıştay Dergisi**, sayı: 143, 2016, Ankara, s. 35.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, Aziz Turhan Başvurusu, B.N:2012/1269, KT: 08.05.2014, Mustafa Kahraman Başvurusu, B.N: 2014/2388, KT: 04.11.2014. (www.anayasa.gov.tr)

⁹⁷ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdare Dava Dairesi, E. 2017/537, K. 2017/485, KT: 04.04.2017, (www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 10.07.2017) Kanun maddesine atfla yetinilmesinin ancak temyiz incelemesinde ve ilk derece ve istinaf mahkemesinde yeterince açık bir gerekçeye yer verilmesi halinde, ilgili makama gerekçe yükümlülüğünden kurtarabileceğine ilişkin görüş için, bkz. Hilmi ŞEKER, **Esbab-ı Mucibe’den – Retoriğe Hukukta Gerekçe**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 64 – 65.

mahkemesi kararından tatmin olmayarak kanun yollarına başvuran taraf yerine neden karşı tarafın iradesine üstünlük tanıdığını ayrıca belirtmesi gerekmektedir.⁹⁸Aksiyönde birkabul bölge idare mahkemelerinin çeşitli kararları arasında gerekçeli olup olmama bakımından bir ayırım yapıldığı sonucunu doğurur ki, kanaatimizce gerek Anayasa madde 141 gerekse İYUK madde 24 gereğince böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. İstinaf başvurusunun reddine ilişkin kararların gerekçeli olması gerektiğinde kuşku bulunmamakla birlikte, bu türden kararlardaki gerekçelerin, istinaf başvurusunun kabul edilerek uyuşmazlığın esasına girilmesi halindeki gerekçe ile aynı *yoğunlukta* olması beklenemese de istinaf sebeplerinin neden yerinde bulunmadığının açıklanması gerekir.⁹⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere istinaf yolunun idari yargılama usul hukukuna girmesinden sonra temyiz yolu açık olan uyuşmazlık sayısının önemli ölçüde azalacak olması nedeniyle gidecek başkaca bir kanun yolu bulunmayan taraf için, tam ve hukuki bir gerekçe belirtilmemesi halinde, uyuşmazlığın kesin olarak aleyhine sonuçlanmasının bir açıklaması olmayacak ve taraf karardan tatmin olamayacaktır. Mahkemenin tarafların iddialarını göz önüne alma, inceleme yükümlülüğüne ve *hukuki dinlenilme hakkına* uygun davranıp davranmadığı kararın gerekçesinden anlaşılabilir. ¹⁰⁰

Öte yandan karar metinlerinde gerekçeli kararın bir parçası olarak bu konuda verilmiş önceki kararlara değinilmesi; ancak onlardan farklı bir sonuca ulaşıldıysa bunun nedenine de ayrıca yer verilmesi yoluyla, kararların hukuki bakımdan zenginleşmesi sağlanmalıdır.¹⁰¹ Mahkeme kararlarının *hukukun kaynaklarından biri* olması da ancak bu şekilde, bilimsel görüşlerden yararlanılarak yazılan kararlarla mümkün olacak ve böylelikle hukuk biliminin gelişimine de katkı sağlanacaktır.¹⁰² Diğer yandan idari yargının, idare tarafından yapılan hukuka aykırılıkları giderme, idareyi hukuk sınırları içerisinde tutma fonksiyonuyla birlikte; gerekçenin kararın nasıl uygulanacağı

⁹⁸ Selami DEMİRKOL, Adil Yargılama İlkesi Bütünlüğünde, Hakkaniyete Uygunluk – GEREKÇELİ KARAR HAKKI, **12 Haziran 2017 tarihinde Danıştay Başkanlığınca Gerçekleştirilen Gerekçeli Karar Hakkı Panelinde Sunulan Tebliğ**, Ankara, 2017. (Yayınlanmamıştır.) Gerekçenin sadece taraflarca değil; halk tarafından bilinmesinin de aleniyet ilkesinin bir parçası olduğu yolundaki görüş için bkz. Nesibe KURT KONCA, **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 200.

⁹⁹ Tolga AKKAYA, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 360.

¹⁰⁰ Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 171. Yazara göre, gerekçe hukuki dinlenilme hakkının tesis edilmesi açısından karardaki en önemli unsurdur. Hükümle birlikte mahkeme tarafların taleplerine cevap verirken, bu cevabın ve gerekçesinin kuşku yaratmayacak şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir. (ÖZEKES, Medeni Usul Hukukunda...,s. 167) Benzer görüş için bkz. ŞEKER, s. 29.

¹⁰¹ GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 24.

¹⁰² ÖZEKES, Medeni Usul Hukukunda..., s. 173.

konusunda yol gösterici olması ve idarenin faaliyetlerini yargı kararlarına uygun şekillendirmesi birlikte düşünüldüğünde yargı kararının gerekçeli olması farklı bir anlam kazanmaktadır. Esas incelemesi yapan istinaf mahkemesi kararlarındaki gerekçeye bu perspektifle de bakılması gerekmektedir.

Gerekçeyi yargı kararının kalitesi açısından bir kriter olarak değerlendirirken¹⁰³, kararı yazacak hakimlerin niteliği de atlanmamalıdır. Göreve alınmalarında liyakat esasıyla birlikte hakimlerin karar yazımında özen göstermeleri terfi sistemiyle de alakalı bir durum olup; hakimlerin mesleki yeterliliklerinin düzenli ve objektif olarak değerlendirilmesi gerekmekte ve istinafa daha olgunlaşmış dosyaların gelmesi için adil işleyen bir not sisteminin önemi vurgulanmaktadır.¹⁰⁴ Hakimlerin iş yükü sebebiyle daha nitelikli karar yazımı için ayrıca hakim yardımcılığı kurumunun da hayata geçirilmesi ve hukuki konularda dahi bilirkişi incelemesi yapma yönündeki eğilimin önüne geçilmesi gerektiği önerilmektedir.¹⁰⁵

İstinaf aşaması ise bu bakımdan ayrıca önem taşımaktadır. Çok sayıda uyuşmazlığın istinafta kesikleşecek olması karşısında, gerek vakıa incelemesi yapılırken gerekse hukuk kurallarını olaya uyarlama ve hüküm kurma aşamasında hakimlerin hukuki bilgi bakımından yeterliliklerinin yanı sıra erdemli, akıllı ve ahlaklı olmak gibi hakimlik mesleğinin gerektirdiği diğer özelliklere de sahip olmaları gerekmektedir.¹⁰⁶

2011 yılında, hakimlerin bağımsızlıklarını temin amacıyla, not sistemi ortadan kaldırılmış olmasına rağmen, 2016 yılında 6723 sayılı Kanunla, *kanun yolu değerlendirme formu* adıyla yeniden düzenlenmiştir.¹⁰⁷ İstinaf

¹⁰³ Ender Ethem ATAY, Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması, **12 Haziran 2017 tarihinde Danıştay Başkanlığınca Gerçekleştirilen Gerekçeli Karar Hakkı Panelinde Sunulan Tebliğ**, Ankara, 2017. (Yayınlanmamıştır)

¹⁰⁴ GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 24.

¹⁰⁵ PEKANIZTEZ, s. 136.

¹⁰⁶ Bahtiyar AKYILMAZ, İdari Yargıda Hakim Hüküm Vermesi, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 93, Ankara, 2017, s. 157 – 158. Ayrıca hakimlerin *yorum* yapma faaliyetleri bakımından hukuk metodolojisi, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi alanlarında daha nitelikli eğitim almaları gerektiği yolundaki görüş için bkz. Turan YILDIRIM, İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 93, Ankara, 2017, s. 147. Benzer yönde GÜRAN, s. 15.

¹⁰⁷ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 28. maddesine göre *“...Kanun yolu değerlendirme formu; soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükümün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile*

yolunun aleyhine ileri sürülen görüşlerden ilk derece mahkemesinde görev yapan hakimlerin özensiz davranabileceği kaygısı¹⁰⁸ da adil bir denetim mekanizmasıyla aşılabilecektir.

Bu konuda son olarak özenli karar yazmayı, salt üst derece yargılamasının varlığıyla ve yeniden vakia incelemesi yapılmasıyla tesis etmeye çalışan yaklaşımın hukuk devleti ve hukuk kültürü açısından sakıncalı olduğunu belirtmek istiyoruz. Bu şekilde bakıldığında ilk derecede kesinleşecek uyuşmazlıklar için, karar düzeltme yolu da olmadığından hakimleri özenli karar vermeye sevk edecek hukuki veya idari bir zorlayıcılık olmayacaktır. Bu bakımdan EREM'in de belirttiği gibi, aslolan her derecede "iyi yargıç" olmaktır.¹⁰⁹

D. Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolü ve İçtihat Birliğinin Sağlanması

Kanun yolu denetiminin amaçlarından biri, hukuk kurallarının ülke genelinde aynı şekilde uygulanmasının sağlanması, diğer bir ifadeyle içtihat birliğinin tesis edilmesidir. Hukuk güvenliğinin sağlanması açısından gerek idarelerin kanunları ve düzenleyici işlemleri uygulaması, gerekse yargı yerlerinin hukuka uygunluk denetimleri sonucunda oluşan durumun bilinebilir olması gerekir.¹¹⁰

Ülkemizde idare hukukunun temel ilkelerini düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle içtihat yoluyla belirlenen esas ve ilkeler temel idare hukuku kaynaklarından olup; çoğunlukla Anayasadan hemen sonra gelirler.¹¹¹ Bu bakımdan idari yargı kararları bir hukuki uyuşmazlığı nihai olarak çözümlenme işlevinin çok ötesinde; idareyi hukukla bağlayan ve bu yönüyle idareyle karşı karşıya kalan herkesi ilgilendiren, hukuk devleti ilkesinin tesisindeki en önemli araçlardan biridir. İdare eylem ve işlemlerinde doğrudan

mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlenir. Yapılan incelemede olumlu veya olumsuz kanaat edinilememesi hâlinde, değerlendirme formu bu durum belirtilerek düzenlenir. Hükmün onanmış veya bozulmuş olması tek başına olumlu veya olumsuz değerlendirme yapılmasını gerektirmez. Ayrıca, incelenen karara uygun muhalefet şerhi bulunması hâlinde olumsuz değerlendirme yapılamaz."

¹⁰⁸ Öğretide bir görüşe göre de istinaf kanun yolundan beklenen amaca ulaşılabilmesi, ilk derece yargılamasının usulüne uygun şekilde gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıdır. Bu nedenle istinaf kanun yolunun uygulamasına geçildikten sonra ilk derece mahkemelerindeki yargılama daha da önem kazanmıştır. (İbrahim ERMENEK, İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, İstinaf Temel Eğitimi – Hukuk, 23 Mayıs – 6 Haziran 2016, s. 4. (www.taa.gov.tr, Erişim Tarihi: 24.09.2017)

¹⁰⁹ EREM, s. 12. Yazara göre, adaletin teminatı üst mahkeme korkusu değil; haksızlık korkusudur. EREM, s. 13.

¹¹⁰ GÜNGÖR, s. 17.

¹¹¹ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 33. Gözler, ancak uygulanacak bir kanun bulunmaması halinde bu önermenin doğru olabileceğini belirtmektedir. Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 39.

tarafı olmadığı yargı kararlarının gereklerini de gözetmek zorundadır.

İdare hukukunun bir içtihat hukuku olması sebebiyle, içtihadı birleştirme kararları ayrıca önem taşımaktadır. Öte yandan içtihadı birleştirme kararları sonucunda hukuk kurallarının ülke genelinde herkese aynı şekilde uygulanması, Anayasa madde 10’da düzenlenen eşitlik ilkesinin de bir gereğidir.¹¹² Anayasa Mahkemesine göre içtihadı birleştirme kararları, hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı amaçlayan hukuki işlemlerden olmayıp; olayda uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka davalarda değişik biçimlerde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere tesis edilirler.¹¹³ Danıştay da bir içtihadı birleştirme kararında bu türden kararların amacını *“hukuk aleminde, karar organlarının uygulama birliğini sağlanması ve maddi vakiaları ve hukuki dayanakları aynı olan hadiselerde birbirine zıt kararlar verilmesinin, maşeri vicdanda yaratacağı tepkinin giderilmesi”*¹¹⁴ olarak belirlemiştir. Bu bakımdan içtihadı birleştirme kararları toplumun adalet duygusuna katkı sağlamasının¹¹⁵ yanı sıra hukukun geliştirilmesine ve ilerlemesine; ayrıca Danıştay’ın idare üzerindeki hukuki düzenleyicilik fonksiyonunun işletilmesine olanak sağlayan en elverişli prosedür olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁶ Danıştay sadece danışma kararlarıyla değil; yargı kararlarıyla da idareyi hukuki açmazlardan kurtarmalıdır.¹¹⁷ Nitekim son yıllarda Danıştay’ın idareye yardımcı olma, idarenin kendi içinde çıkan uyuşmazlıkları çözme fonksiyonunun gittikçe azaldığı gözlenmektedir.¹¹⁸ Bu durumda içtihatlar yoluyla idareyi *hukuka bağlı kılma* yönü önem kazanmaktadır.

İdari yargıda istinaf yolunun kabul edilmesiyle Danıştay’ın iş yükünün azalacağı ve böylelikle *“içtihat yaratma”* fonksiyonunun daha etkin olacağı ileri sürülmektedir.¹¹⁹ Nitekim Danıştay’ın yargı yolu olarak özellikle de

¹¹² M. Kürşat COŞKUN, İçtihatların Birleştirilmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, sayı:1, 2001, Ankara, s. 101.

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 1968/38, K. 1969/34, KT: 12.06.1969. (www.anayasa.gov.tr)

¹¹⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1966/67, K. 1967/8, KT: 02.12.1967.

¹¹⁵ COŞKUN, s. 87.

¹¹⁶ Lütfi DURAN, **Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması**, AÜSBFD, C. 27, sayı: 3, 1972, Ankara, s. 419, 439.

¹¹⁷ DURAN, Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması, s. 438.

¹¹⁸ Murat SEZGİNER, Düünden Bugüne Conseil D’etat ve Danıştay’ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2017, s. 102.

¹¹⁹ Ali TELLİ, İstinaf Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 144. Danıştay’ın hem temyiz mercii olup; hem de içtihat mahkemesi rolünün birbirine ters düştüğünü belirten

içtihadı birleştirme usulüyle yerine getirmesi gereken en önemli fonksiyon, idarenin hukuki çerçevesini çizmek ona yol göstermek, benzer davalarda yararlanabileceği genel ve nesnel kurallar ile ilkeler belirlemek, bireylerin hak ve özgürlükleri ile kamu gücü ve kamu yararı arasında dengeyi kuracak esaslar koyarak, idarenin gelişimini sağlamaktır.¹²⁰ İstinaf yolundan önce zorunlu olarak vakia incelemesi yapan Danıştay'ın temyiz incelemesinde ilk derece mahkemesi ve istinaf incelemesinde yapılan vakia incelemesine dokunmayacağı, 2575 sayılı Kanununun 23. maddesi gereğince sadece *hukuk kuralının yanlış uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini* yapacağı beklenmektedir.¹²¹ Bu aynı zamanda Danıştay'daki yargılama süresinin hızlanmasına da hizmet edecektir.

İstinaf yolunun kabul edilmesiyle ilgili dile getirilen en önemli eleştirilerden birisi, çok sayıda bölge idare mahkemeleri arasında verilen kararlar arasında uyumsuzluk olabileceği ve bunun uygulama farklılıklarına yol açabileceğidir.¹²² Bu eleştiriye karşılık olarak, istinaf yolunun kabul edilmesiyle istinaf mahkemeleri arasında içtihat uyumsuzluğu çıksa bile, içtihatların birleştirilmesi yolunun işletilmesinin önünde hiçbir engel bulunmayacağı ileri sürülmüştür.¹²³ Ancak bu noktada içtihadı birleştirme usulünün yaratacağı muhtemel sonuçların da göz önüne alınması gerekir. Herhangi bir bölge idare mahkemesi kesinleşmiş kararı ile başka bir bölge idare mahkemesinin kararının çelişmesi halinde, Danıştay'ın bu konuda vereceği içtihadı birleştirme kararının somut davaların sonucuna bir etkisi olmayacak, bundan sonra açılacak davalar için bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle, Danıştay'ın kanun yararına bozma türünden verdiği kararların, başvuruya konu edilen kararlar için de uygulanması ve içtihadı birleştirme kurulunun verdiği kararların yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılması gerektiği görüşüne¹²⁴ katlıyoruz.

görüş için, bkz. DURAN, İdari Yargı Adileşti, s. 74. Öte yandan öğretilerde içtihat birliğinin başlı başına sorunlu bir kavram olduğu da ileri sürülmektedir. GÜLAN'a göre **İçtihat birliğinin sağlanması zaten başlı başına terimsel açıdan sorunludur. Yazara göre bu noktada önemli olan hep aynı tipte kararlar vererek içtihat birliğini sağlamak değil; önceki kararlardan farklı karar verilecekse bu farklılığın gerekçelendirilmesi suretiyle içtihat bilinirliğinin sağlanmasıdır.** Bu bakımdan birliğin sağlanması hukuku dondurucu etkisi sebebiyle faydalı da olmayacaktır. (GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 26)

¹²⁰ DURAN, Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme Uygulaması, s. 439.

¹²¹ AKYILMAZ, s. 167. Yazara göre kimi hallerde özellikle iptal davalarında vakia denetimi ile hukuka aykırılık denetimi iç içe geçmiş olabilir. Bu tür durumlarda Danıştay vakialarının denetimini de zorunlu olarak yapacaktır.

¹²² Buna benzer başka bir eleştiri de, her derecede bir öncekinden farklı karar çıkması ve bunun uygulama açısından sorunlar yaratmasıdır. (GÜRAN, s. 13.)

¹²³ PEKCANITEZ, s. 137.

¹²⁴ TOKLU, s. 70.

2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri arasında, *“Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık çıkması halinde; re’sen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığı’na iletmek”* hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin içtihat birliğini sağlamak açısından olumlu olduğu kabul edilebilirse de, yeterliliği konusunda kuşku bulunmaktadır.¹²⁵Bu yola ilaveten Danıştay’dan *“yargısal görüş”* istenmesi¹²⁶, Danıştay’daki savcılık makamının görev ve yetkilerinde yapılacak yeni bir düzenleme ile savcıların içtihat birliğinin sağlanmasına katkı sağlayacak bir pozisyona getirilmeleri¹²⁷ gibi çözüm önerileri ileri sürülmekteyse de, istinaf yolunda kesinleşen kararların sayıca çokluğu dikkate alındığında içtihat üretmek sadece Danıştay’a ait bir görev olmayacak; bölge idare mahkemeleri de bu konuda önemli bir konuma gelmiş olacaktırlar.¹²⁸

2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesindeki usulle birlikte, 7035 sayılı Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la,¹²⁹ 2576 sayılı Kanunun 3/B maddesi değiştirilmiş ve daire başkanlarının görevleri arasında *“Dairelerinde uyumlu, verimli ve düzenli çalışmanın gerçekleşmesini ve işlerin makul sürede incelenmesini ve karara bağlanmasını sağlamak, dairelerin kendi arasında meydana gelen farklılık ve uyumsuzlukların giderilmesi için tedbirler almak”* da eklenmiştir. Böylelikle içtihat birliğinin sağlanmasına ilişkin yöntemler güçlendirilmiştir.

İstinaf yolu kabul edilmeden önce de, idare mahkemeleri arasında ve hatta Danıştay’ın farklı dairelerinin verdiği kararlar arasında uyumsuzluk olabilmekteydi.¹³⁰ İstinaf mahkemelerinin göreve başlamasıyla iş yükü azalan yüksek mahkemelerin bu görevi daha iyi ve çabuk yerine getirecekleri de düşünülebilir. Ancak 6545 sayılı Kanunla kabul edilen şekliyle Danıştay’ın

¹²⁵ AKYILDIZ, s. 31.

¹²⁶ SANCAKTAR, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 41.

¹²⁷ Selami DEMİRKOL, İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolü’nün Güçlendirilmesi, , **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 138.

¹²⁸ Bu yönüyle bölge idare mahkemesi kararlarındaki gerekçeye bu açıdan da bakılması gerekir. ŞEKER, s. 519.

¹²⁹ 5 Ağustos 2017 tarihli, 30145 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

¹³⁰ İdareye geniş takdir yetkisi tanıyarak belirsiz ifadeler içeren ve farklı yoruma müsait mevzuat hükümleri bu sonucun önemli sebepleri arasında görülmektedir. Turan YILDIRIM, s. 146 – 147.

temyiz incelemesi yapacağı uyuşmazlıkların sayısı oldukça azaltılmıştır. Bu nedenle 2576 sayılı Kanundaki usul yeterince işletilmezse Danıştay'ın sadece temyiz incelemesine tabi uyuşmazlıklar için içtihat mahkemesi olması tehlikesi bulunmaktadır.

Bölge İdare Mahkemelerinin yeni durumdaki iş yüklerinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Nitekim çok sayıda uyuşmazlığın istinaf aşamasında kesinleşecek olmasının yanı sıra 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesindeki yolun işletilebilmesindeki etkinlik de "iş yükü"yle doğru orantılı olacaktır.

Yargısal süreçte görev yapan aktörlerin, özellikle yüksek yargıçların ve tetkik hakimlerinin niteliğinin, Danıştay'ın içtihat yaratma fonksiyonu üzerinde de etkili olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim istinaf yolunun kabul edilmesiyle azalan iş yüküne paralel olarak dosya başına verilen emeğin nitelik ve süre olarak artmaması halinde, Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma yönünün güçleneceği beklentisi de karşılanmayacaktır.

E. Yargısal Etkinliğin Güçlendirilmesi ve İstinaf İncelemesi

İYUK madde 45/2'de, "*İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir*" hükmü yer almaktadır. Kanun yolu başvurusunu içeren dilekçe hangi makama hitaben yazılırsa yazılsın ve talep ne olursa olsun, örneğin dilekçede temyiz isteminde bulunulsa bile, dilekçe yine de istinaf başvurusu olarak kabul edilerek bölge idare mahkemesine gönderilecektir.¹³¹

Maddenin devamında ilgili kanun yolunun niteliğine de uygun olarak, istinaf merciinin ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa başvurunun reddine hükmedeceği; maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkünse gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı vereceği belirtilmiştir. (İYUK madde 45/2) Ayrıca bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hakim tarafında bakılmış olması halinde ise, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına¹³² karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir. Bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir. (İYUK madde 45/5)

¹³¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 714.

¹³² Eski İYUK madde 45'teki itiraz yolundan farklı olarak "bozma" yerine "kaldırma"dan söz edilmiş olmasının, istinaf mahkemelerinde yeniden yargılama yapılacağına kabulünün bir ifadesi olduğu, bozma faaliyetinin temyizde söz konusu olduğu ve kanunda özellikle bu farkın vurgulanmış olduğu yolundaki görüş için bkz. Züleyha KESKİN, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, **TBB Dergisi**, sayı: 126, Ankara, 2016, s. 248.

2577 sayılı Kanun madde 45/4 gereğince, bölge idare mahkemesi evrak üzerinden yaptığı inceleme sonunda maddi vakıalar hakkında verilen bilgiyi yeterli görürse veya itiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkünse işin esası hakkında karar verir. Aksi takdirde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak ilk inceleme üzerinde verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulduğu veya davaya görevsiz hakim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir, bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir. Ancak bölge idare mahkemesinin uyuşmazlığın Danıştay'ın görev alanına girdiği yolundaki kararlarına kesin demek doğru olmayacaktır. Bölge idare mahkemesinin bu konuda verdiği kararın Danıştay'ı bağlayacağı düşünülemez. İYUK madde 43/1'de, *"Görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisinin görevsiz veya yetkisiz olduğunu gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk görevsizlik kararı veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin görev yargı çevresinde ise uyuşmazlık bölge idare mahkemesince, aksi halde Danıştay'ca çözümlenir"* hükmü bulunmaktadır. İlk derece mahkemesinin başka bir bölge idare mahkemesinin görev ve yetkisine girdiği halde gördüğü bir davada, istinaf edildiği durumda bölge idare mahkemesi kesin kararı veremeyecek bu konuda son kararı Danıştay verecektir. İki maddenin birbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.¹³³

İYUK madde 45'e göre, 5000 liranın altındaki uyuşmazlıklar ilk derece yargılamasından sonra kesinleşmekte; bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamamaktadır.¹³⁴ İstinaf sistemini kabul eden diğer ülkelerde ise, genel eğilim gerek istinaf gerek temyize konu olabilecek uyuşmazlıkları seçme yetkisinin incelemeyi yapacak olan mahkemeye tanınması yönündedir.¹³⁵ Bu

¹³³ ÇAĞLAYAN, Türkiye'de İstinaf Uygulamasının..., s. 43.

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi, kanun yolu denetimi için parasal sınır getirilmesine ilişkin olarak verdiği kararda, kamu yararı gerektirdiğinde bazı hükümler için kanun yollarına başvurmanın önlenmesinin mümkün olduğuna, bu konuda Anayasa'daki temel ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak üzere yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğuna hükmetmiştir. (Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23, K. 1986/2, KT: 20.01.1986) Yakın tarihli bir kararında da yüksek mahkeme, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin gözetilmesi gerektiğini belirtmiş ve mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulmasının kanun yolu kurumunu işlemez hale getireceğini vurgulamıştır. (Anayasa Mahkemesi, E. 2016/19, K. 2016/17, KT: 16.03.2016)

¹³⁵ İsveç'te istinaf mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlıkları öncelikle görülebilirlik kriterleri bakımından incelemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. Fikret ERKAN, İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi, **TAAD**, sayı: 12, s. 99 – 130, SANCAKTAR, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine, s. 54.

noktada üzerinde durulması gereken ilk husus, Türk idari yargı uygulamasında davacının davanın açıldığı tarihte uyuşmazlık konusu miktarı belirleyemiyorsa herhangi miktar göstermeksizin dava açma imkanının olması ve mahkemenin de tazminat miktarının tam olarak belirtmeden, genel hukuki hatlarını belirlemesinin yeterli sayılması¹³⁶ karşısında istinaf yoluna ilişkin parasal sınırın nasıl belirleneceğidir.¹³⁷ Kanaatimizce bu konuda yapılması gereken, tazminatın 5.000 TL'nin üstünde olup; taraflara kanun yollarının kapatılması sonucunun doğmasındansa, 5.000 TL'nin altında olma ihtimalinin göze alınarak istinaf yolunun açık tutulması olmalıdır. Bu şekilde bir çözüm hak arama özgürlüğü bakımından da daha yerinde olacaktır. Bu takdirde koşulları varsa¹³⁸ miktar belirtmeden, salt iptal davası açmanın davacının daha lehine olacak olması gibi eşitlik ilkesi bakımından sıkıntılı bir sonucun ortaya çıkması ihtimali bulunmaktadır. Miktar belirtilmeden açılan davada, davacı istinaf yoluna başvurulabileceği gibi (bizce ideal çözümde), iptal kararı verilmesi ve kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde, İYUK madde 28 bağlamında doğan zararın giderilebilmesi için¹³⁹ dava açabilmesi mümkün olacakken, dava konusu 5.000 TL'lik parasal sınırın altındaki bir iptal davasında, ilgili ilk derece mahkemesince belirlenen miktara razı olmak zorunda olacağı gibi, yalnızca kararın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde doğan zararını tazmin edebilecektir.

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde; bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek işin esası hakkında yeniden bir karar vereceği düzenlenirken; *Dosyaların İncelenmesi'* başlıklı 20. maddede, Danıştay, idare ve vergi mahkemeleriyle birlikte bölge idare mahkemesinin de, bakmakta olduğu davaya ilişkin her türlü incelemeyi kendiliğinden yapacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan istinaf yargılamasında da re'sen tahkik ilkesinin geçerli olacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu

¹³⁶ Yasin SEZER, Uğur BULUT, İdari Yargıda Belirsiz Alacak Davası İhtimali, **TBB Dergisi**, sayı 116, Ankara, 2016, s. 229. Danıştay bu konuda 29.12.1983 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, *"Bu tip davalarda da ödenecek hakları ismen belirlemek, başka bir deyimle tam yargı isteğine ilişkin hükmün hukuki çerçevesini belirlemek yeterlidir. İdarenin beşinci daire tarafından verilen bu şekildeki kararlarından sonra davacının yoksun kaldığı hakların hesaplanarak kendisine ödendiği ve bu uygulamanın sağlıklı bir olarak yürüdüğü gözlenmektedir"* biçiminde karar vermiştir.

¹³⁷ Talep sonucu ile kanun yolları arasındaki ilişki için bkz. Cemil SİMİL, **Belirsiz Alacak Davası**, XII Yayınları, İstanbul, 2013, s. 17.

¹³⁸ Uğranılan zararın miktarı bakımından taraflar arasında bir uzlaşma varsa, bu nedenle bir yargı kararına ihtiyaç duyulmuyor ve zarar iptal kararı sonrasında idare tarafından belirlenebilir nitelikteyse, işlemde ayrı düşünülemezken bu parasal hakların ödenmesi için ayrı bir yargı kararına ihtiyaç olmadığı, bu parasal hakların ödenmesinin iptal davasının sonucu olduğu belirtilmektedir. Evren ALTAY, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasında Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s. 14.

kabul beraberinde şu soruyu da akla getirmektedir: İlk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni deliller istinaf aşamasında ileri sürülecek ve mahkemece dikkate alınabilecek midir? Esasen yeniden karar veren ve *dosyanın egemeninin yargıç olduğu*¹³⁹, re’sen tahkik esasına göre hareket eden bir makamın bu aşamada ileri sürülen yeni delilleri yok sayması, istinaf yolundan beklenen işlevin gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁰ Bu bakımdan istinaf mahkemesinin, esasa ilişkin inceleme yaparken gerekli görmesi halinde yeniden araştırma yapma yetkisi gereğince, taraflarca istinaf aşamasında sunulan belgeleri de değerlendirmesi gerekmektedir.¹⁴¹

Öte yandan istinaf bir kanun yolu olmak itibarıyla, ilk derece mahkemesinden farklı bir işleve sahiptir ve hukuk sistemimize getirilen şekliyle istinafın, uyuşmazlığın sil baştan ele alındığı geniş anlamda değil; dar anlamda istinaf olduğu kabul edilmektedir.¹⁴² Bu bakımdan istinaf aşamasında re’sen araştırma ilkesi ilk derece mahkemelerine kıyasla daha sınırlı olacak, her türlü vakıa ve delil değil; sadece çekişmeli ve eksik kısımlar yeniden ele alınacaktır.¹⁴³ Buradan hareketle bir sonraki aşamada da talep sonucunda değişiklik ve ıslahın mümkün olup olmadığı sorununun ele alınması

¹³⁹ ZABUNOĞLU, s. 463.

¹⁴⁰ Bu yönde görüş için bkz. Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 715.

Nitekim İYUK madde 21’de yer alan “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir (...)*” hükmünün yorumlandığı Danıştay Vergi Dava Dairelerinin bir kararında, re’sen araştırma ilkesi uyarınca yargıcın davanın çözümüne etkisi olacak bütün bilgi ve belgeleri, taraflar sunmamış olmasına rağmen davanın her aşamasında kendiliğinden isteyebileceği belirtildikten sonra, tarafların hukuki duruma ilgili belgelerini, iddia ve savunmaların verilmesi aşamasında sunmakla zorunlu tutulmalarının gerçeğin saptanmasını güçleştireceği sonucuna varılmıştır. (Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1998/14, K. 1999/87, KT: 12.02.1999) İYUK madde 21’deki sınırlamanın, yargı yerinin re’sen araştırması ve ara karar yoluyla ilgililerden talep etmesi gereken belgeler bakımından uygulanmayacağı, aksi halde re’sen tahkik ilkesinin anlamını kaybedeceği ileri sürülmektedir. CANDAN, s. 604. Bir başka görüşe göre ise, sonuçları itibarıyla kamusal etki doğurabilecek davalarda, hangi aşamada ileri sürüldüğü dikkate alınmaksızın taraflarca ileri sürülen belgeler yargı yerleri tarafından değerlendirilmelidir. Melikşah YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 33.

¹⁴¹ YASİN, s. 36, DEMİRKOL, İdari Yargılama Usulü Yenilenirken..., s. 133. Nitekim re’sen tahkik ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamaları bakımından da bölge adliye mahkemelerinin yeni delilleri değerlendirmekten kaçınamayacağı belirtilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 207. maddesi gereği de, delillerin ortaya konulması isteminin geç bildirilmiş olması bir red sebebi sayılamayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Tanju SARIGÜL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf**, TBB Yayınları, Ankara, s. 146.

¹⁴² İstinaf mahkemelerinin ikinci vakıa derecesi olarak sayılamayacağı, ilk derece yargılamasında yapılan hataların düzeltilerek, somut olay adaletinin gerçekleşmesini amaçlayan, *tali vakıa derecesi* olarak esas hakkında karar verebilecek olan bir kanun yolu olduğu, saf ve tam ikinci vakıa derecesi sayılamayacağı yolundaki görüş için bkz. AKKAYA, s. 284.

¹⁴³ AKYILMAZ, s. 165.

gerekir. İstinaf aşamasında davanın değişmezliği ilkesi ve ikinci derece bir yargılamanın yapılması kuralı gereği yeni talep ve yeni hukuki sebeplerin ileri sürülemeyeceği¹⁴⁴, islah talebinde bulunulamayacağı¹⁴⁵ belirtilmekteyse de, maddi vakıaların doğruluğunu ve bunların ispatına ilişkin hususları da inceleyen¹⁴⁶ ve re'sen tahkik ilkesinin geçerli olduğu bir yargısal aşamada katıldığımız görüşe göre islah mümkün olmalıdır.

Hukuk yargısında istinaf yolunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu dar anlamda istinafa göre bir düzenleme içerdiğinden¹⁴⁷ yapılmayacak işler ilgili Kanunda düzenlenmiş ve 357. maddede istinaf mahkemesinde dava açılmayacağı, davaya katılma isteminde bulunulamayacağı, davanın islah edilemeyeceği, 166. maddenin birinci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla davaların birleştirilmesinin istenemeyeceği, istinaf mahkemesinde re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delile dayanılmayacağı, istinaf mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan istinaf mercii, kural olarak ilk derece mahkemesinde yargılamanın sona erip; nihai kararın verildiği tarihteki durumu esas alarak inceleme yapar. Bu nedenle tarafların ihmalinin istinaf yolunda telafisi mümkün olmayacaktır.¹⁴⁸ Öte yandan hukuk yargısında iddiayı genişletme ve değiştirmenin yasak olmadığı haller arasında kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar sayılmıştır.¹⁴⁹ Farklı yargı kollarına ilişkin olsa bile yargılama hukuku mantığı ve re'sen araştırma ilkesinin anlamı birlikte değerlendirildiğinde, idari yargıda bu türden kısıtlamaların olmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim bu konuda 2577 sayılı Kanunda yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı gibi, 6100 sayılı HMK'ya da atf yapılmamıştır.

İYUK madde 45'te istinafın temyizden şekil ve usulüne tabi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda istinaf başvurusu bakımından şekil ve usul İYUK madde 48 esas alınarak belirlenecektir.¹⁵⁰ Bu bakımdan temyizde olduğu gibi

¹⁴⁴ KAPLAN, s. 439.

¹⁴⁵ SANCAKTAR, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 29. SANCAKTAR'A göre, istinaf aşamasında ileri sürülen yeni delillerin de, ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği sebebinin ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. SANCAKTAR, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 51.

¹⁴⁶ KAPLAN, s. 442. Temyiz incelemesi ise, yalnızca hukuk kuralının olaya doğru uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak yapıldığından öne sürülen yeni sebeplerin incelenmesinin temyizden amacını ve sınırlarının aştığı ifade edilmektedir. (Danıştay 5. Dairesi E. 1985/815, K. 1987/1723, KT: 08.12.1987, karar için bkz. Çınar Can EVREN, İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi, **GÜHFD**, c. XII, sayı: 1 – 2, Ankara, 2008, s. 714.)

¹⁴⁷ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 599.

¹⁴⁸ AKKAYA, s. 283.

¹⁴⁹ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 345, Süha TANRIVER, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 678.

¹⁵⁰ KAPLAN, s.445. Öğretide harç ve giderlerin tamamının ödenmemesi hali ve istinaf

istinafta da avukat tutma mecburiyeti bulunmamaktadır. Fransa'da 24 Haziran 2003 tarihli Kararnameyle, üç durum haricinde istinaf yoluna başvururken avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiştir.¹⁵¹ Bu şartın, hem istinaf yolunun daha ciddi olarak algılanarak gereksiz başvuru yapılmasını önleyeceği hem de dosyaların hukuki bakımdan daha yeterli bir biçimde istinaf mercilerine getirecek olması gibi yararları sebebiyle¹⁵² Türkiye'de de istinaf başvurularında avukat tutma mecburiyeti savunulmuştur.¹⁵³

Aynı şekilde İYUK madde 17/2'de temyiz yolunda olduğu gibi istinafta da duruşma yapılması tarafların istemine ve Bölge İdare Mahkemesinin kararına bağlı olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁴ Yazılı yargılama usulünün uygulandığı ve incelemenin evrak üzerinden yapıldığı bir yargılama usulünde (İYUK madde 1 / 2) duruşma yapılması yalnızca ilk derece aşamasında taraflardan birinin istemi üzerine zorunlu olarak yapılmaktadır. İdari yargıda duruşmalarda kural olarak tutanak tutulmamakta¹⁵⁵; duruşma sırasında tarafların yaptığı sözlü açıklamalar idari yargıca uyumsuzluğu anlamak bakımından yardımcı olmaktadır.¹⁵⁶ Bu bakımdan duruşma kurumunun idari yargıda işlevselliği tartışmalı olmakla birlikte¹⁵⁷, hukuki dinlenme ve adil yargılanma hakkı bağlamında, duruşmalara ilişkin ilk derece yargılamasındakine benzer bir düzenlemenin maddi vakıa incelemesi yapılacak olan istinaf yolunda da olması gerektiği yolundaki görüşe katlıyoruz.¹⁵⁸

Temyiz yolunda olduğu gibi istinaf yoluna başvurulmuş olması mahkeme kararının yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz. Ancak İYUK madde 52

dilekçesindeki eksiklikler konusunun ayrıca düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. ÇAĞLAYAN, Türkiye'de İstinaf Uygulamasının..., s. 51.

¹⁵¹ Patrick DOLLAT, Fransa'da İdari İstinaf Örneği, Usul, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 104.

¹⁵² GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 25.

¹⁵³ DEREN YILDIRIM, s. 283. GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 25. SANCAKTAR, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 40, 45.

¹⁵⁴ GÜLAN, AİHM'in ilk derece yargılamasında yer alan usuli güvencelerin istinafta da arandığına ilişkin kararları sebebiyle, duruşmanın talep halinde zorunlu olarak yapılmamasının AİHM tarafından aleyhte bir değerlendirmeye yol açabileceğini belirtmiştir. GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 25. Anayasa Mahkemesi ise aksi görüşte olup; ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapılıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin, tarafların iddia ve savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra dosya üzerinden inceleme yapılması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. (Anayasa Mahkemesi Nevruz Bozkurt Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/ 664, KT: 17.09.2013, benzer yönde Mustafa Doğan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/1836, KT: 28.09.2016)

¹⁵⁵ ZABUNOĞLU, s. 654.

¹⁵⁶ CANDAN, s. 584.

¹⁵⁷ Müslüm AKINCI, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 241.

¹⁵⁸ TELLİ, s. 146.

bağlamında temyiz yolunda olduğu gibi teminat karşılığında yürütmenin durdurulması kararı, istinaf başvurusunu inceleyecek Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilebilir. Aynı şekilde bu kararlara karşı yürütmenin durdurulmasına itiraz da söz konusu olmayacaktır.¹⁵⁹ 2577 sayılı Kanununun 52. maddesi, *temyiz ve istinaf istemlerinde yürütmenin durdurulması* başlığı altında, yürütmenin durdurulması müessesesi, istinaf yolu için de kabul edilmiştir. İstinaf incelemesi sonunda, ilk derece mahkemesinin kararı hakkında kaldırma kararı verilirse bu karar, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur. 7035 sayılı Kanun¹⁶⁰'un 8. maddesiyle, İYUK'un 52. maddesine "*Temyiz ve istinaf incelemesi sırasında yürütmenin durdurulması hakkında verilen kararlar kesindir*" fıkrası eklenerek istinaf aşamasında da yürütmenin durdurulması hakkında verilen karara itiraz edilemeyeceği belirtilmiştir.

Kurulan sistemde ilk derece mahkemesi kararlarının kesin ve uygulanması gerekli kararlar olarak kalması isabetli olmakla birlikte, özellikle temyiz yolunun da açık olduğu uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemesinde farklı karar, istinaf incelemesinde farklı karar, temyiz yolunda Danıştay'da farklı karar verilmesi halinde bu değişkenlik uygulama açısından sıkıntılı olabilecektir.¹⁶¹

SONUÇ

İdari yargıda istinaf yolunun kabul edilmesinin yargısal etkinlik üzerindeki etkilerini değerlendirmeye çalıştığımız bu çalışmamızda, idari yargı alanındaki kimi "önemli" sorunları eksen alarak istinaf yolunun bu sorunlara muhtemel etkilerini tespit etmeye çalıştık.

Bir yargılama sisteminin üç dereceli hale getirilmesinin daha güvenceli bir yargısal sürecin sağlanması adına olumlu katkısı olacağı beklenmekle birlikte, bu beklentinin karşılanıp karşılanmadığı istinaf yolunun nasıl düzenlendiğiyle ilgili olmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanununun 45 ve 46. maddelerinin birlikte incelenmesinden istinaf incelemesine değer görülen uyuşmazlıkların 5.000 TL ve üzerindeki olduğu; temyiz yoluna açık olanların ise tahdidi olarak sayıldığı ve 100.000 TL (%3.83 yeniden değerlendirme oranıyla birlikte 2017'de 120.000) olduğu görülmektedir. Bu türden bir tercih salt idari yargıdaki iş yükünün azaltılması adına olumlu sonuç yaratabilir. Ancak çalışmamızda da belirttiğimiz üzere idari yargıdaki diğer temel meseleler için aynı sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Kaldı ki iş yükü sorununu daha az ekonomik değerdeki uyuşmazlıkları daha önemsiz görerek çözmeye çalışmanın, özellikle idari yargıda tercih edilmemesi gereken bir tutum olduğu düşüncesindeyiz.

¹⁵⁹ KAPLAN, s. 448.

¹⁶⁰ 05.08.2017 tarihli ve 30145 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁶¹ GÜLAN, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler..., s. 26.

Diğer yandan makul sürede yargılamanın da istinaf yolunun genel; temyiz yolunu istisnai olmasıyla gerçekleştirilebileceği düşünülebilirse de, hızlı yargılamanın adil yargılamaya tercih edilmemesi gerekir. Ayrıca yukarıda değinildiği üzere yargılamanın makul sürede tamamlanmasını sağlayacak daha güvenceli yollar da bulunmaktadır.

Karar yazımının kalitesi ve adil işleyen bir yargısal sistem de esasen yargı yerlerinin bu konudaki tutumuna bağlı olup; istinaf mercilerinin de buna göre çalışması gerekmektedir. Gerekçeli ve nitelikli karar yazımı tüm yargısal aşamalarda söz konusu olmalıdır. Esas incelemesi yapan istinaf mercii kararlarının da bu anlayışla yazılması gerekmektedir.

Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün iş yükünün azalmasına paralel olarak gerçekleştirilebileceği beklentisi sınırlı sayıdaki uyuşmazlığı inceleyecek yüksek mahkeme için üzerinde durulmaya değerdir. Kanundaki içtihat birliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin işlerlik kazanması gerekmektedir.

Son olarak esas incelemesi yapacak ve çok sayıda uyuşmazlığın kesinleşeceği yargı yeri olan istinaf mercilerinin, re'sen tahkik ilkesinin mantığına uygun şekilde yapacağı incelemenin, yargısal etkinliğe katkısı olumlu olacaktır.

İstinaf yolunun yargısal etkinliğe ve hukuk devleti ilkesine katkısı kanunda nasıl düzenlendiği ve bu düzenlemenin nasıl uygulanacağıyla ilgili bir sorundur ve var olan düzenleniş şekli, bu konuda kuşku yaratmaktadır. İlerleyen yıllarda, uygulamasının, bu amaçlara hizmet etmesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- AKİL Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- AKINCI Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 241.
- AKKAYA Tolga, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKYILDIZ Ali, İstinafa İlkesel Bakmak, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 11 – 32.
- AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Yargıda Hakim Hüküm Vermesi, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 93, Ankara, 2017, s. 154 – 167.
- ALTAY Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.
- ALTAY Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu**, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, s. 358 – 363.

ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Seda, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ATAY Ender Ethem, Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması, **12 Haziran 2017 tarihinde Danıştay Başkanlığınca Gerçekleştirilen Gerekçeli Karar Hakkı Panelinde Sunulan Tebliğ**, Ankara, 2017. (Yayınlanmamıştır.)

AVCI Mustafa, İdari Yargıda İstinaf, **TBB Dergisi**, Sayı: 96, Ankara, 2011, s. 179 – 204.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin 11 numaralı Görüşü, Yargı Kararlarının Kalitesi, Çev. Abdülkadir Haşhaş, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtaz'e Armağan, İzmir, 2015, s. 1913 – 1933.

BEREKET Zuhâl, İdari Yargılama Usulü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu, **Danıştay Dergisi**, C. 27, sayı:11, Ankara, 1996, s. 93 – 107.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargıda Kanun Yolları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

COŞKUN M. Kürşat, İçtihatların Birleştirilmesi, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı:1, 2001, Ankara, s. 87 – 146.

DEMİRKOL Selami, Adil Yargılanma İlkesi Bütünlüğünde, Hakkaniyete Uygunluk – GEREKÇELİ KARAR HAKKI, **12 Haziran 2017 tarihinde Danıştay Başkanlığınca Gerçekleştirilen Gerekçeli Karar Hakkı Panelinde Sunulan Tebliğ**, Ankara, 2017. (Yayınlanmamıştır.)

DEMİRKOL Selami, İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolü'nün Güçlendirilmesi, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 115 – 140.

DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Legal Yayınları, İstanbul, 2012.

DOLLAT Patrick, Fransa'da İdari İstinaf Örneği, Usul, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 92 – 106.

DURAN Lütfi, İdari Yargı Adlileşti, **İHİD**, C. III, sayı: 1- 3, İstanbul, 1982, s.53 – 83.

DURAN Lütfi, Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması, **AÜSBFD**, C. 27, sayı: 3, 1972, Ankara, s. 419 – 441.

EREM Faruk, İstinaf Mahkemeleri, **AÜHFD**, C. 7, sayı: 1 – 2, 1950, Ankara, s. 9 – 16.

ERMENEK İbrahim, İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, İstinaf Temel Eğitimi – Hukuk, 23 Mayıs – 6 Haziran 2016, s. 4. (www.taa.gov.tr, Erişim Tarihi: 24.09.2017)

EVREN Çınar Can, İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi, **GÜHFD**, c. XII, sayı: 1 – 2, Ankara, 2008, s. 701 – 723.

FENDOĞLU Tahsin, Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu, Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumuna Sunulan Yayınlanmış Bildiri, Yayınlayan Diyarbakır Üniversitesi Rektörlüğü, Diyarbakır, 2000, s. 106 – 115.

GOOCH Graham, WILLIAMS Michael, **A Dictionary of Law**, Oxford University Press, Oxford, 2007.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Turgut TAN, **İdare Hukuku C. II**, 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi, **AÜSBFD**, C. XX, Sayı: 4, Ankara, 1965, s. 145 – 158.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Danıştay Kanununda Yapılan Değişiklikler, **SBFD**, C. 15, sayı: 1, Ankara, 1960, s. 239 – 248.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

GÜLAN Aydın, İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, s. 23 – 36.

GÜLAN Aydın, Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 19 – 27.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÜRAN Sait, İdari Yargı'da Yapılanma ve Yönetim Konuları, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, s. 11 – 15.

HARRİS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P, BUCKLEY C.M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

HIRSCHFELD Johan, **İsveç İdari İstinaf Örneği, İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 78 – 91.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.

KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012.

KESKİN Züleyha, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, **TBB Dergisi**, sayı: 126, Ankara, 2016, s. 235 – 262.

KONCA KURT Nesibe, **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZEKES Muhammet, **Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara.

ÖZOK Özdemir, “Bölge Adliye Mahkemeleri” Ya Da “Üst Mahkemeler” Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar, **TBB Dergisi**, Sayı: 63, Ankara, 2006, s. 19 – 28.

ÖZTÜRK K. Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

PEKCANİTEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

PEKCANİTEZ Hakan, Hukuk Güvenliği Açısından İstinaf Mahkemeleri, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 131 – 137.

SANCAKTAR Oğuz, İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl**, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 2012, s. 13 – 95.

SANCAKTAR Oğuz, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 29 – 113.

SEZER Yasin, BULUT Uğur, İdari Yargıda Belirsiz Alacak Davası İhtimali, **TBB Dergisi**, sayı 116, Ankara, 2016, s. 213 – 246.

SEZGİNER Murat, İdarenin İşleyişi, Yargıya Yansımaları ve Genel İdari Usul, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 34 – 58.

SEZGİNER Murat, Dünden Bugüne Conseil D’etat ve Danıştay’ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2017, s. 101- 132.

SİMİL Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, XII Yayınları, İstanbul, 2013.

SUNAY Zühal Aysun, Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri, **Danıştay Dergisi**, sayı: 143, 2016, Ankara, s. 7 – 54.

ŞEKER Hilmi, **Esbab-ı Mucibe’den – Retoriğe Hukukta Gerekçe**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. VVBVFFVV

TAN Turgut, GÖZÜBÜYÜK Şeref, **İdare Hukuku, C. II**, 8. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2016.

TANRIVER Süha, **Medeni Usul Hukuku, C. I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TELLİ Ali, İstinaf Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 141 – 151.

TOKLU Esat, İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 63 – 71.

TUNCA Fahrünnisa, İdari Yargının Sorunları Ve İdari Yargıda İstinaf, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı, Antalya, 2009, s. 24 - 33.

TUNCA Fahrünnisa, İdari Yargıda İstinaf, **Danıştay ve İdari yargı Günü Sempozyum 141. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 79, Ankara, 2009, s. 87- 93.

ULER YILDIRIM, Yönetmelik Yargıda Dava Açma Süresi, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Danıştay Yayınları No: 50, Ankara, 1990, s. 209 – 262.

ÜSTÜN Gül, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme, **MÜHF HAD**, C. 22, sayı: 2, İstanbul, 2016, s. 13 – 38.

YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Yeniden Kabulü Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

YILDIRIM Kamil, **Hukuk Devletin Gereği: İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

YILDIRIM Ramazan, Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkisi, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, 2015, s. 33 – 53.

YILDIRIM Turan, İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri, **Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No: 93, Ankara, 2017, s. 137 – 153.

YILDIRIM DEREN Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, **Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı**, Ankara, 2003, s. 267 – 284.

YILMAZ Ejder, **İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ZABUNOĞLU Yahya, **İdare Hukuku C. II**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

İŞ HUKUKUNDA İŞYERİ VE İŞLETME KAVRAMLARININ ÖNEMİ

The Importance of the Concepts of Workplace and Enterprise in the Labour Law

Dr. Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU¹

Geliş Tarihi: 15.12.2017

Kabul Tarihi: 21.02.2018

ÖZET

İş hukukunun yer açısından uygulama alanı işyeri ve işletmedir. İşyeri ve işletme kavramları birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, bu kavramların iç içe geçtiği durumlar da söz konusu olmaktadır. İşyeri ve işletme kavramları arasındaki farkların ortaya konulması, bu kavramlara bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olması nedeniyle önem arz etmektedir. Çalışmamızda işyeri, işletme ve ticari işletme kavramları ile bu kavramların unsurları incelenmiştir. Ticari işletme kavramı, işletme kavramının anlaşılmasına hizmet etmek amacıyla incelenmiştir. Böylece işyeri, işletme ve ticari işletme kavramları ile bu kavramlar arasındaki farkların net bir şekilde ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşyeri, İşletme, İşyerinin ve İşletmenin Unsurları, Ticari İşletme, Ticari İşletmenin Unsurları, İşyeri - İşletme ve Ticari İşletme Ayrımı.

ABSTRACT

The implementation area of Labour Law is workplace and enterprise. The concepts of workplace and enterprise are different concepts, but there are also cases where these concepts are intertwined. The presentation of the differences between workplace and enterprise concepts are significant in terms of legal consequences connected to these concepts are different from each other. In this study, the concepts of workplace, enterprise and commercial enterprise and the elements of these concepts have been examined. The concept of commercial enterprise is examined in order to understand enterprise. In according to differences between the concepts of workplace, enterprise and commercial enterprise are examined. The aim of this study, explain the concepts of workplace, enterprise and commercial enterprise and differences between this concepts.

Keywords: Workplace, Enterprise, The Elements of Workplace and Enterprise, Commercial Enterprise, The Elements of Commercial Enterprise, The Difference Between Workplace – Enterprise and Commercial Enterprise.

GİRİŞ

“Her ticari işletme aynı zamanda bir işyeri midir ya da işyeri, işletme ve ticari işletme kavramları arasında fark var mıdır?” İşyeri, iş hukukunun temel kavramları arasında yer almakta; işletme ise iş hukukunda ikincil kavram olarak yer almaktadır. Ancak bir işyerinin varlığı halinde İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle işyeri ve işletme kavramlarının ifade ettiği anlamların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. *İşyeri, işletme ve ticari işletme kavramları* birbirinden farklı anlamları içermekte ve bir yerin işyeri mi, işletme mi yoksa ticari işletme mi olduğunun tespiti ortaya çıkan

¹ Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, cndn_35@hotmail.com

uyuşmazlıkların çözümünde oldukça önemli bir rol oynamaktadır. *Örneğin* toplu iş ilişkileri açısından bir yerin işyeri mi yoksa işletme mi olduğunun tespiti, bir yerin işyerine bağlı yer olması ya da olmamasına göre işyerinin gireceği işkolunun tespiti, işverenin tespiti, işçilerin yararlanacağı haklar gibi konularda oldukça önemlidir. Ayrıca yetki tespitinde (6356 S. K. m. 41), toplu iş sözleşmesinin düzeyinin belirlenmesinde (6356 S. K. m. 34), görevli makamın belirlenmesinde (6356 S. K. m. 2-c), grev oylamasında (6356 S. K. m. 61) işyeri ve işletme kavramları önem teşkil etmektedir.

Çalışmamızda işyeri, işletme ve ticari işletme kavramları incelenmiştir. İlk olarak işyeri kavramı açıklanarak, *işyerinin unsurları*, sonrasında *işletme kavramı* ve işletmenin unsurları ele alınmıştır. Son olarak da ticari işletme kavramı açıklanarak, *ticari işletmenin unsurları ele alınmış* ve işyeri, işletme ve ticari işletme arasındaki farklara değinilmiştir. Çalışmamız genel bir değerlendirmenin yapıldığı sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.

1. İŞYERİ KAVRAMI VE İŞYERİNİN UNSURLARI

1.1. İşyeri Kavramı

1.1.1. İş Kanununa Göre İşyeri

İşyeri kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu m. 2’de tanımlanmaktadır: *“İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir (m. 2/f.1). İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (m. 2/f.2). İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (m. 2/f.3)”. İşyeri eşyalar, iş araçları, personel, makineler, işyeri olarak kullanılan binalar, arsa, tezgah, hammaddeler gibi maddi unsurlardan; müşteri çevresi, ticaret unvanı, buluşlar, tecrübe, teknik bilgi, üretim yöntemleri, sosyal ilişkiler gibi maddi olmayan unsurlardan; patent, marka ve alacak hakkı gibi haklardan ve işgücü (emek) unsurundan oluşmaktadır². İşverenin bu*

² Nuri Çelik/Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 118; Sarper Süzek, İş Hukuku, 13. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 205; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2014, s. 137; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012, s. 38; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2004, s. 8; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, s. 9, 39 vd; Ali Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987, s. 79-80; E. Tuncay Kaplan Senyen, “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart

unsurları belirli bir amaca ulaşmak için sürekli olarak bir arada bulundurulması gerekmektedir. Bu amaç işletmenin kuruluşunda güdülen iktisadi ya da asıl amaç değildir, dolayısıyla güdülen amaçtır³. İşyeri, işletmenin takip ettiği ekonomik amaçtan farklı olarak, teknik bir amaç güder, Teknik amaç ise belirli bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesinden ibarettir⁴.

İşyerinin kamu veya özel kesime ait bir işyeri olması ya da işin kapalı veya açık bir yerde yapılmasının önemi yoktur. Ayrıca, işverenin o yerin maliki olması da zorunlu değildir. İşin yürütülmesi için kiralanan yerler de işyeri sayılır⁵.

1.1.2. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre İşyeri

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun (STİSK) 2. maddesinin 3. fıkrasında, işçi, işveren ve işyeri kavramlarının 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı biçimde anlaşılacağı belirtilmiştir. Bu açıdan, yukarıda açıklandığı üzere, İş K. m. 2’de yapılan işyeri tanımı, STİSK. açısından da geçerlidir. STİSK. işyerini tanımlamak yerine 4857 sayılı İş Kanuna gönderme yapmakla yetinmiştir.

STİSK. açısından işyerinin gireceği işkolu o yerin bağlı yer ya da ayrı işyeri oluşuna göre farklılık gösterebileceğinden, bir yerin işyerine bağlı olması ya da olmamasının tespiti büyük önem taşımaktadır⁶. Nitekim bu kanuna göre, toplu iş sözleşmesi işyeri veya işyerleri için ya da bazı koşullarla bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerini kapsamak üzere yapılacağından, bir sendikanın işyerinde çalışanların çoğunluğunu temsil edip etmediğinin saptanması gerektiğinde (STİSK. m. 41), işyerine bağlı başka yerlerin bulunup bulunmaması önem kazanmaktadır⁷. İşyeri kavramı, toplu iş sözleşmesinin

2013, S. 29, s. 31; Ali Cengiz Köseoğlu, “İşyerinin Kapanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 45; Bektaş Kar, “İşletme İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008/2, S. 17, s. 105; İbrahim Aydın, “İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Muhtevası ve Önemi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ocak 1999, C. 4, S. 4, s. 175; Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 9; Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Basım, İstanbul 2010, s. 32; Gülsüm Sönmez Tatar, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Tühis Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2011, s. 6-7.

³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 118.

⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 252-253; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara 2017, s. 78.

⁵ Süzek, s. 205.

⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 117; ayrıca bkz. Güzel, s. 71 vd.; Aydın Başbuğ, “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi”, İş ve Hayat Dergisi, Aralık 2016, Y. 2, S. 4, s. 64.

⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 117; Başbuğ, s. 64.

düzeinin belirlenmesinde (STİSK. m. 34), görevli makamın belirlenmesinde (STİSK. m. 2-c), grev oylamasında ele alınacak işçiler (STİSK. m. 61) açısından da önem teşkil etmektedir.

1.1.3. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa (SSGSSK) Göre İşyeri

5510 sayılı SSGSSK. m. 11'e göre, "İşyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağılı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır".

SSGSSK. m. 11/f.2 gereğince de, "İşveren, örneği Kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte, Kuruma vermekle yükümlüdür". Burada sözü edilen kurum, "Tanımlar" kenar başlıklı m. 3'te belirtildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığıdır. Kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu açısından, bir yerin işyeri olabilmesi için sigortalı sayılanın da olması gerekmektedir.

Bu durumda sigortalı sayılanın istihdam edilmediği bir işyeri, Sosyal Güvenlik Kurumu açısından işyeri olarak değerlendirilmeyeceğinden, bu yerin Kuruma bildirilmesi de gerekmecektir.

İş Kanunu ile SSGSSK. arasında bir yerin işyeri olarak kabul edilmesi açısından şu farklılık gözden kaçırılmamalıdır. İş Kanunu açısından işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulduğu her yer işyeri olarak kabul edilmemektedir. Nitekim, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerleri İş Kanununun kapsamı dışında iken, SSGSSK. açısından aynı yerde sadece bir işçinin bile çalışması o yerin işyeri olarak kabulü için yeterlidir.

1.1.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşyeri

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 3. maddesine göre, "İşyeri, mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile çalışanın birlikte örgütlendiği, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağılı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçları da içeren organizasyonu ifade eder" (m.3/h).

İş Kanununda yapılan işyeri tanımında "işçi" ifadesi kullanılırken, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda "çalışan" ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Bunun nedeni, işçi sayılmayan çırak ve stajyerlerin İş Kanununun kapsamı dışında

olmasıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise çırak ve stajyerleri de kapsamına almaktadır. Bir diğer ifadeyle, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanların faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bakımından çalışan sadece işçi, çırak ve stajyeri ifade etmemektedir. Bu husus, söz konusu kanunun 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye göre, *“Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır”*.

1.1.5. İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşyeri

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa m. 47’ye göre, *“İşyeri, sigortalıların işlerini yaptıkları yerleri ifade eder”* (m. 47/k). Burada işyeri kavramı mekan olarak net bir şekilde ifade edilmemektedir.

1.2. İşyerinin Unsurları

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde yapılan işyeri tanımında işyerinin unsurlarının neler olduğu açıktır. İşyerinin unsurları; işveren⁸, maddi unsurlar, maddi olmayan unsurlar⁹, iş gücü¹⁰, teknik amaç, organizasyon (örgütlenme)¹¹ ve devamlılıktır¹².

1.2.1. İşveren

İş hukuku açısından bir işyerinden söz edebilmek için, iş hukuku anlamında bir işverenin bulunması gerekir¹³. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işverenin tanımı yapılmıştır. Bu maddede yapılan tanıma göre, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir. Bu durumda iş hukuku anlamında işyerinden söz edebilmek için iş hukuku anlamında bir işverenin bulunması yeterli olup, işverenin hukuki yapısı, gerçek veya tüzel kişi hatta tüzel kişiliği olmayan bir kurum ya da kuruluş olması ve yaptığı faaliyetin niteliği önemli değildir¹⁴.

⁸ Narmanlıoğlu, s. 139.

⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 118; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 8; Süzek, s. 205; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 9, 39 vd; Güzel, s. 79-80; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 38; Kaplan Senyen, s. 31; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Narmanlıoğlu, s. 138, 140; Kar, s. 105; Özkaraca, s. 9; Alpagut, s. 32; Sönmez Tatar, s. 6-7.

¹⁰ Kar, s. 106; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 254-255; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 79; Doğan Yenisey, s. 22; Özkaraca, s. 9; Alpagut, s. 32.

¹¹ Güzel, s. 80-81; Narmanlıoğlu, s. 139; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 9; Aydın, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 175-176; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 252; Doğan Yenisey, s. 24; Özkaraca, s. 10; Alpagut, s. 32.

¹² Güzel, s. 80, 82; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 10; Aydın, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 180.

¹³ Narmanlıoğlu, s. 139.

¹⁴ Narmanlıoğlu, s. 139.

1.2.2. Maddi Unsurlar

Eşyalar, iş araçları, personel, makineler, işyeri olarak kullanılan binalar, arsa, tezgah, hammaddeler vs. işyerinin maddi unsurlarını oluşturur¹⁵. İşyerini oluşturan maddi unsurlar işyerinin görünen, dolayısıyla ayırt etmesi en kolay yönünü oluşturmaktadır¹⁶. Araçların mutlaka işyerinde görülen işin yürütümü ile doğrudan bir ilişkisi bulunması şart değildir. İşyerinde görülmekte olan faaliyete doğrudan veya dolaylı biçimde katkıda bulunan her türlü araç işyerinin bir parçasıdır¹⁷. Her çeşit nakliye aracı, otobüs, kamyon, otomobil, buldozer, kepçe, vinç, sabit vinç gibi aletler işyerinden sayılır. Aracın işyerinden sayılması için işyerinin coğrafi sınırları içinde bulunması veya işyerinin mülkiyet hakkının bulunması gerekli değildir¹⁸.

1.2.3. Maddi Olmayan Unsurlar

Müşteri çevresi, ticaret unvanı, buluşlar, tecrübe, teknik bilgi, üretim yöntemleri, sosyal ilişkiler gibi unsurlar işyerinin maddi olmayan unsurlarını oluşturur¹⁹. İşyerinin maddi olmayan unsurları, teknolojik gelişmeler ve sınai hakların artması ile ön plana çıkmıştır. Bu unsurların işyerinin bir unsuru sayılabilmesi için işyerinin teknik amacını gerçekleştirmek amacı ile oluşturulan organizasyonun içinde yer alması gerekir²⁰.

1.2.4. İş gücü

İşyerinde çalışan ve emeği temsil eden işçilerin varlığı, işyerinin en önemli unsurlarından biridir²¹. İşyeri, işçilerin çalıştırıldığı bir yer olduğundan işçi sıfatına sahip bulunmayan kişilerin çalıştıkları yerler kanun anlamında işyeri olarak kabul edilemez²². Bir yerin işyeri sayılabilmesi için orada çalışanların iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak çalışmaları gerekli ve yeterlidir²³.

¹⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 118; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 8; Süzek, s. 205; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 9, 39 vd; Güzel, s. 79-80; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 38; Kaplan Senyen, s. 31; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Narmanlıoğlu, s. 140; Kar, s. 105; Özkaraca, s. 9; Alpagut, s. 32; Sönmez Tatar, s. 6-7.

¹⁶ Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 17.

¹⁷ Doğan Yenisey, s. 30; Narmanlıoğlu, s. 142; Güzel, s. 79; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 58.

¹⁸ Doğan Yenisey, s. 30-31.; Narmanlıoğlu, s. 142.; Güzel, s. 78; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 262; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 57-58.

¹⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 118; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 8; Süzek, s. 205; Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 9, 39 vd; Güzel, s. 79-80; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 38; Kaplan Senyen, s. 31; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Narmanlıoğlu, s. 138; Kar, s. 105; Özkaraca, s. 9; Alpagut, s. 32; Sönmez Tatar, s. 6-7.

²⁰ Kar, s. 105; Doğan Yenisey, s. 17.

²¹ Kar, s. 106; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 254-255; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 79; Doğan Yenisey, s. 22; Özkaraca, s. 9; Alpagut, s. 32.

²² Narmanlıoğlu, s. 138; Özkaraca, s. 10.

²³ Aydın, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 179; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 255; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 79.

İşyerinden söz edebilmek için o yerde çalışan işçilerin sayısı önemli değildir; Tek bir işçinin çalıştığı yer de işyeri sayılır²⁴. Yani işyerinde tek bir işçinin çalışması o yerin işyeri sayılmasına engel oluşturmaz. Örneğin kanunda belirtilen durumlar dışında bir avukat bürosunda ya da doktor muayenehanesinde tek bir işçi çalışsa bile, bu yer İş Kanunu anlamında işyeri sayılacaktır²⁵. İşyerinde çalışan işçi sayısı, İş Kanununun iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı açısından önemlidir. Nitekim işyerinde çalışan işçi sayısı otuz veya daha fazla ise İş Kanunu m. 18 gereğince, işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Bu husus dışında, yukarıda da belirttiğimiz gibi, İş Kanunu anlamında bir yerin işyeri sayılabilmesi için işçi sayısının önemi bulunmamaktadır.

İş Kanununun bazı hükümlerinin uygulanabilmesi işyerinde belirli sayıda işçinin çalışır bulunması şartına bağlanmıştır²⁶. Örneğin İş K. m. 4/f.1/b gereğince, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerinde elliden fazla işçi çalışması halinde İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Aynı şekilde İş K. m. 4/f.1/ı gereğince, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre, esnaf ve sanatkar işyerinde üç kişinin çalışması halinde işyeri İş Kanununun kapsamı dışında kalacaktır. Burada şunu önemle belirtmek gerekir ki, bir çalışma yerinin İş Kanununun kapsamına girmesi ile o yerin işyeri sayılması tamamen farklı konulardır²⁷. Bu nedenle bir yerin işyeri olup olmadığının tespitinde o yerin İş Kanununun uygulama alanına girip girmediğinin önemi yoktur. Bir yer İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen istisnalar içerisinde yer alsa bile; bir diğer ifadeyle, İş Kanununun uygulama alanı bulmayacağı işlerden ve iş ilişkilerinden olsa bile o yer işyeri olabilir.

İşçilerin gördükleri işin türü de önemli değildir. Önemli olan işyerinin faaliyet konusu değil, yapılan faaliyetin kanunen kapsam dışında bırakılmamış olmasıdır. İşçiler bedenen veya fikren çalışan bir işçi olabilirler²⁸. İşçiler işverenin yönetiminde işyerinin konusunu oluşturan sürekli ve örgütlenmiş bir faaliyetin gerçekleşmesine hizmet etmektedirler²⁹.

1.2.5. Teknik Amaç

İş hukuku açısından işyerinin unsurlarından biri de teknik amaçtır. Teknik amaç, belirli bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesidir³⁰. İşverenin

²⁴ Narmanlıoğlu, s. 138; Süzek, s. 205; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 9; Özkaraca, s. 9.

²⁵ Narmanlıoğlu, s. 139; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 254-255; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 79.

²⁶ Narmanlıoğlu, s. 138-139.

²⁷ Güzel, s. 81; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 177-178.

²⁸ Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 9.

²⁹ Güzel, s. 81; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 10; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 176.

³⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 252-253; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 78; Özkaraca, s. 10.

mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amaç izlemesi yeterlidir³¹. Ayrıca izlenen teknik amacın niteliği önemli değildir. İşyerinde yönetimde birlik olduğu sürece farklı mal veya hizmetler üretilebilir. Örgütsel birlik bulunduğu sürece teknik amaçtaki bir değişiklik ya da teknik amacın genişlemesi işyeri niteliğinin kazanılması veya kaybedilmesinde etkili değildir³².

Buradaki amaç, kişisel nitelikte olan kâr elde etmenin ötesinde, teknik yani üretime yönelik bir amaçtır. Sadece kâr amacının olduğu bir mal veya hizmet üretiminin veya mübadelesinin yapıldığı durumlarda yapılan faaliyet daha çok işletme kurumunu ilgilendiren bir faaliyet olur³³. Bu nedenle işyerinin mutlaka kâr amacı gütmesi gerekmez.

İş K. m. 2/f.1'de mal ve hizmet üretiminden söz edildiğinden işyeri sınıai veya ticari bir faaliyette bulunabileceği gibi serbest meslek ya da hizmet kesimine giren herhangi bir faaliyet yürütmesi de mümkündür³⁴. Bir diğer ifadeyle, iş hukuku anlamında işyerinin varlığı açısından yapılan faaliyetin niteliği önemli değildir. Faaliyetin kazanç amacının olup olmaması, sınıai, ticari, kültürel, sosyal nitelikli bir faaliyet olup olmaması, faaliyetin kamu yararına yönelik olup olmaması işyeri kavramı üzerinde bir etki yaratmaz³⁵.

1.2.6. Organizasyon (Örgütlenme)

İşçileri çalıştıran işverenin teknik bir amaç, bağımsız bir mal veya hizmet üretimi elde etmek için devamlı bir organizasyon kurması halinde hukuki anlamda bir işyerinden söz edilebilecektir³⁶.

İşyeri eşyalar, iş araçları, personel, makineler, işyeri olarak kullanılan binalar, arsa, tezgah, hammaddeler vs. gibi maddi unsurlardan; müşteri çevresi, ticaret ünvanı, buluşlar, tecrübe, teknik bilgi, üretim yöntemleri, sosyal ilişkiler vs. gibi maddi olmayan unsurlardan; patent, marka ve alacak hakkı gibi haklardan ve iş gücü (emek) unsurundan oluşmakta³⁷ ve işverenin bunları belirli bir teknik amaç doğrultusunda organize etmesiyle işyeri hukuki

³¹ Narmanlıoğlu, s. 139; Kar, s. 106.

³² Narmanlıoğlu, s. 139; Doğan Yenisey, s. 24.

³³ Güzel, s. 82; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 10.

³⁴ Süzek, s. 204-205.

³⁵ Güzel, s. 81; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 11; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 177.

³⁶ Güzel, s. 80-81; Narmanlıoğlu, s. 139; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 9; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 175-176; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 252; Doğan Yenisey, s. 24; Özkaraca, s. 10; Alpagut, s. 32.

³⁷ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 118; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 8; Süzek, s. 205; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 9, 39 vd; Güzel, s. 79-80; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 38; Kaplan Senyen, s. 31; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Narmanlıoğlu, s. 138; Kar, s. 105; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 175; Sönmez Tatar, s. 6-7.

varlık kazanmaktadır³⁸.

İş Kanununun 2. maddesinde organizasyon kavramına yer verilmiştir. İş K. m.2/f.3 gereğince, “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”. İşverenin örgütlediği, çerçevesini çizip organize ettiği herhangi bir yer, iş organizasyonu içinde yer alıyorsa işyerinden sayılacaktır. Çünkü iş organizasyonu kavramı, işverenin fiilen yönetim hakkını yeterince kullanmasa da kurduğu organizasyon içinde yer alan tüm yerlerin işyerinden sayılmasını gerektirecek bir anlama sahiptir³⁹.

İşverenin organize ettiği işyeri sabit olabileceği gibi hareketli de olabilir. Örneğin bir ulaşım aracında çalışan işçiler için o anda işyeri ulaşım aracı olduğundan işyeri sabit değil hareketlidir. İşyeri mekan olarak üstü açık veya kapalı da olabilir⁴⁰.

İşyerinin açılması ve faaliyetinin sürdürülmesine ilişkin kanuni gereklerin yerine getirilmemesi, örneğin işyerinin açıldığının kanuni süresinde idareye bildirilmemiş olmasının işyerinin varlığına olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır⁴¹.

1.2.7. Devamlılık

İşveren tarafından belirli bir faaliyeti amaçlayan organizasyonun devamlı olması gerekir. İşyerinde üretim süreci az da olsa bir zaman dilimi içinde yapıldığından faaliyette devamlılık asıldır. Bu nedenle devamlılık arz etmeyecek şekilde bir defalığına mal üretimi veya naklinin yapıldığı mekanlar işyeri değildir. Yapılan iş düzenli ve sürekli bir organizasyonu gerektirdiği ölçüde o işin yapıldığı yer işyeri sayılır⁴². Bir işin sadece kampanya, fuar ya da mevsim süresince yapılması işin devamlı olmadığını göstermez. Bu iş de devamlı bir iştir. Çünkü amaçlanan bir süre organize olmuş ve işyeri açılmıştır⁴³. İş Kanunu madde 10'da belirtildiği üzere, *“Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir.”*

³⁸ Güzel, s. 80; Narmanlıoğlu, s. 138; Süzek, s. 205; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 9-10; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 175; Kar, s. 106; Doğan Yenisey, s. 24; Özkaraca, s. 10.

³⁹ Kar, s. 106.

⁴⁰ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 176.

⁴¹ Narmanlıoğlu, s. 140; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 176.

⁴² Güzel, s. 80, 82; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 10; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 180.

⁴³ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 180.

2. İŞLETME KAVRAMI VE İŞLETMENİN UNSURLARI

2.1. İşletme Kavramı

2.1.1. Ticaret Hukukunda İşletme

İşletme, ticaret hukuku doktrinine göre, bir girişimci (müteşebbis) tarafından ekonomik çıkar yani kazanç sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlanabilir⁴⁴. Ancak bu tanım, Ticaret Hukukundaki ticari işletme tanımına uymamaktadır. Çünkü ekonomik anlamdaki her işletme, aynı zamanda bir ticari işletme değildir; ancak her ticari işletme ekonomik anlamda da bir işletmedir. Bu nedenle, işletme kavramı, ticari işletmeyi de kapsayan daha geniş bir kavramdır⁴⁵.

Ticaret hukuku açısından bir işletmenin varlığı için işçi çalıştırma zorunluluğu yoktur. İşletme sahibinin tek başına ya da aile bireyleri ile birlikte çalışması veya alt işverenler aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirmesi mümkündür⁴⁶. Ticaret hukuku açısından işletmenin amacı kâr sağlamaktır⁴⁷.

2.1.2. İş Hukukunda İşletme

4857 sayılı İş Kanununda işletme kavramının tanımı yapılmamıştır. İşyeri ile işletme kavramı arasında fark olduğu bilinmektedir; ancak işletme kavramının da açıklığa kavuşturulması ve iş hukuku açısından önemli olan bu kavramın tanımının yapılması gerekmektedir.

İş Hukuku açısından işletme, *“üretim faktörlerinin (emek, çalışan işçiler) sermaye (maddi olan veya olmayan unsurlar), doğa (işin yapılacağı yer) müteşebbis (işveren) tarafından; planlı, tutarlı ve sistemli bir biçimde bir araya getirilerek, sürekli ve bağımsız olarak mal ya da hizmet üretimine veya mübadelesine yönelen ve bu amaçlara ulaşabilmek için tek bir işyerinden veya birden çok işyerinden meydana gelen ekonomik ve sosyal bir organizasyon”* şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸. Daha basit bir ifadeyle işletme, *“işyerinden farklı olarak, iktisadi bir amacın gerçekleştirilebilmesi için bir işverene ait bir*

⁴⁴ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 26; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 17; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. Baskı, Dora Basım, Bursa Ekim 2012, s. 13; Aydın, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 197; Ahmet Taşkın, “İş Hukukunda İşletme Kavramı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/1, S. 32, s. 92; Doğan Yenisey, s. 34.

⁴⁵ Arkan, s. 27; Bahtiyar, s. 17-18; Bilgili/Demirkapı, s. 13; Taşkın, s. 92.

⁴⁶ Güzel, s. 68.

⁴⁷ Güzel, s. 70.

⁴⁸ Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 66; Türk İş Hukuku mevzuatında işyeri ve işletme kavramları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, İşyeri ve İşletme, s. 73 vd.; Aydın, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 197; ayrıca bkz. Taşkın, s. 76 vd.; benzer tanım için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 251.

veya birden fazla işyerinin örgütlenmesinden oluşan bir üniteler” şeklinde tanımlanabilir⁴⁹.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 2/d hükmü, işletme toplu iş sözleşmesi çerçevesinde işletmeyi, bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyeri olarak tanımlamıştır.

İktisadi ve hukuki açıdan işletme kavramı ile işletme toplu iş sözleşmesindeki işletme kavramı aynı değildir⁵⁰. Genel anlamda işletme, iktisadi açıdan kâr amacıyla, üretim faktörlerinin bir girişimci tarafından planlı bir şekilde mal veya hizmet için organize edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İşletme bu anlamda hukuki ve mali açıdan bağımsızdır. Bu bağlamda işletme tek bir işyerinden oluşabileceği gibi, birden fazla işyerinden de oluşabilir⁵¹. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işletme, bir gerçek veya tüzel kişi işverenin aynı işkolundaki işyerlerinin bütünüdür ve bu işyerleri arasında herhangi bir amaç ya da yönetim ya da organizasyon birliği gerekli değildir⁵². Bir işverene ait tek bir işyeri bulunması halinde, İş Kanunu açısından tek bir işyerinden oluşan işletmeden bahsedilse de, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu açısından bir işletmeden bahsedilemez⁵³. Bir başka ifadeyle, toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işletmeden bahsedebilmek için aynı iş kolunda en az iki işyerinin olması gerekli ve yeterlidir. Eğer işverenin değişik işkollarına giren birden çok işyeri varsa, bu takdirde ait oldukları işkollarına göre işyerlerini kapsayan birden fazla işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir. Öte yandan, bir işletme kapsamında yer alan tüm işyerleri farklı işkollarında faaliyet gösteriyorlarsa, bütün işyerleri işletme toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalacaktır ve koşulları varsa, her işyeri için ayrı işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir⁵⁴. Görüldüğü üzere, işletme toplu iş sözleşmesindeki işletme kavramı farklı anlamı ifade etmektedir.

⁴⁹ Süzek, s. 210; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 130; Doğan Yenisey, s. 32; Müjdat **Şakar**, İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 46; Köseoğlu, İş Sözleşmeleri, s. 27; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 46; Aktay/Arıcı/Senayen Kaplan, s. 45; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 190; N. Binnur Tulukcu, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekliliği İle İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, S. 18, s. 138; Kar, s. 103; **Özkaraca**, s. 19; Sönmez Tatar, s. 12.

⁵⁰ Öner Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel S., 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 133; Doğan Yenisey, s. 346.

⁵¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 82, 130; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 174, 191; ayrıca bkz. Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 12; Taşkın, s. 79, 97, 107; Eyrenci, s. 133.

⁵² Doğan Yenisey, s. 346.

⁵³ Doğan Yenisey, s. 346.

⁵⁴ Eyrenci, s. 133; Doğan Yenisey, s. 346-347, ayrıca bkz. s. 332, 340; A. Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 220.

İş hukukundaki işletme, ticari işletmeye göre çok daha geniş kapsamlıdır ve işletmenin mutlaka ekonomik nitelikte kazanç amacı güden bir birim olması zorunlu değildir. Ayrıca işletmenin faaliyetlerinin, esnaf faaliyetleri sınırını aşması gerekli olmadığı gibi işletmenin, mutlaka ticari bir nitelik taşıması da gerekli değildir. İş hukuku açısından kamu hizmeti gören işletmeler veya ideal bir amaç güden işletmeler de işletme olarak değerlendirilmektedir⁵⁵.

2.2. İş Hukuku Açısından İşletmenin Unsurları

İş hukuku anlamında bir işletmenin söz konusu olabilmesi için belli unsurların varlığı şarttır. İş Hukuku anlamında bir işletmenin söz konusu olabilmesi için, o yerde iş sözleşmesine dayanarak işverene veya yardımcılara bağlı şekilde (otoritesi altında) ücret karşılığında çalışan işçi, işveren, işyeri, işletmenin konusunu oluşturan bir faaliyet ve devamlı bir faaliyet (iş) olmalıdır⁵⁶.

2.2.1. Ücret Karşılığı Çalışan Bir İşçi

İş K. m. 2 gereğince, *“Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir”*. İş hukuku anlamında bir işletmenin söz konusu olabilmesi için ilk olarak, ücret karşılığı çalışan bir işçinin varlığı gereklidir. İşçi sayısının önemi bulunmamaktadır⁵⁷.

İşçilerin İş Kanunu kapsamında olup olmaması önemli değildir. Bir yerin işletme sayılıp sayılmaması ile o yerde çalışan işçilerin İş Kanununun uygulama alanı içine girip girmemeleri farklı konulardır⁵⁸.

İşçi çalıştırma zorunluluğu, iş hukuku açısından temel bir unsur olmakla birlikte, ticaret hukuku açısından veya ekonomik anlamda bir işletmenin varlığı için işçi çalıştırma zorunluluğu yoktur. İşletme sahibinin tek başına ya da aile bireyleri ile birlikte çalışması veya alt işverenler aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirmesi mümkündür. Bu hallerde işletme sahibi hiç işçi çalıştırmadığı için, iş hukuku açısından bir işletme söz konusu olmamaktadır⁵⁹.

2.2.2. İşveren

İş K. m. 2 gereğince, *“İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir”*. İş hukuku anlamında bir işletmenin söz konusu olabilmesi için diğer unsur, işçilerden işin yapılmasını isteme ve bu amaçla gerekli talimatı verme yetkisine sahip olan işverenin

⁵⁵ Doğan Yenisey, s. 35; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 17; Süzek, s. 209-210; Güzel, s. 67, 70.

⁵⁶ Taşkın, s. 101; Benzer tanım için bkz. Mollamahmutoglu/Astarli/Baysal, İş Hukuku, s. 251; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 66-69.

⁵⁷ Taşkın, s. 101-102; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 66; ayrıca bkz. Doğan Yenisey, s. 35; Güzel, s. 81; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Sönmez Tatar, s. 7-8.

⁵⁸ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 192.

⁵⁹ Güzel, s. 68; Taşkın, s. 101.

varlığıdır. Bazı hallerde iş görme ediminin alacaklısı ile emir ve talimat verme yetkisine sahip olan kişiler farklı kişilerdir. Bu hallerde somut işveren ve soyut işveren söz konusu olmaktadır. Emir ve talimat verme yetkisine sahip olan somut işveren; iş görme ediminin alacaklısı soyut işverendir⁶⁰.

İşletmenin sahibinin tüzel kişi olması, iflas etmiş olması, küçük veya kısıtlı olması halinde bu kişilerin yönetme yetkisi olmadığından bunların yerine tüzel kişi organı, veli veya vasi, iflas masası, kanuni temsilci yönetme yetkisine sahip olmaktadır. Bu durumda yönetme yetkisine sahip olan kişiler somut işveren, diğerleri ise soyut işveren olmaktadır⁶¹. İşyeri ve işletmenin unsurlarından biri olan işveren, soyut işverendir⁶².

Soyut işverenin talimat verme yetkisinin olmamasının sebebi, hukuki işlem ehliyetinin olmamasıdır. İşin yönetimi için yapılan tüm işlemler birer hukuki işlemdir. Nitekim verilen talimatlar, hukuki sonuçlar doğurması amaçlanan işlemlerdir. Bu hukuki sonuç ise işçinin verilen talimata uygun olarak işi yerinde ve zamanında yapma borcu altına girmesi işverenin de bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girmesidir⁶³.

2.2.3. İşyeri

İş K. m. 2 gereğince, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. Bir işyerinin aynı zamanda işletme sayılabilmesi için herhangi bir işletmeye veya organizasyona hukuki ve iktisadi olarak bağlı olmaması gerekir. Bu nedenle birden fazla işyerinin bir araya gelerek bir işletmeyi oluşturabilmesi için aralarında hukuki ve iktisadi bağın olması gerekir. İşletme hukuki ve iktisadi bakımdan bağımsız olduğu halde işyerinin tek başına bağımsız olması mümkün değildir⁶⁴. İşletmeden ayrılmış bir işyerinin varlığı söz konusu olamaz. Bu özellik işletmenin birden çok işyerini kapsadığı zaman daha açık görülmektedir⁶⁵.

⁶⁰ Güzel, s. 69; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 193; Süzek, s. 153; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 196; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 63; Narmanlıoğlu, s. 110.

⁶¹ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 193-194; Süzek, s. 153-154; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 196; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 62-63; ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 80; Narmanlıoğlu, s. 109.

⁶² Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 194; Talimat verme yetkisini kullanarak işçilerle doğrudan doğruya ilişki içinde bulunan kişi işverene ait bir yetkiyi kullanması sebebiyle, sosyolojik açıdan işveren sayılmaktadır. Hukuken işveren sıfatına sahip olan kişi soyut işverendir (Narmanlıoğlu, s. 110).

⁶³ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 194.

⁶⁴ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 202; Taşkın, s. 78.

⁶⁵ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 202.

İşletmeyi işyerlerinin bütünü olarak tanımlamak doğru değildir. Bunun gibi, aynı işverene ait birden fazla işyerinin mutlaka tek bir işletmeyi meydana getireceğini ileri sürmek de yanlış olur⁶⁶. Çünkü birden fazla işyeri arasında hukuki bir bağıllık olmamasına rağmen iktisadi bir bağıllık olabilir ya da tam tersi olabilir. Örneğin aynı kişiye ait bir market ile bir manav farklı işyerleridir. Ancak bu iki işyeri bir limited şirketin aynı işletme amacının kapsamında ise gelir ve giderleri aynı şirkette toplanıyor ise burada iki işyeri olan bir işletme var demektir⁶⁷. Başka bir örnek olarak; bir işverenin bir kısım işyerleri tekstil alanında faaliyet göstererek farklı bir işletmeyi, bir kısmı da otomotiv alanında faaliyet göstererek farklı bir işkolu ve işletmeyi oluşturabilir. O halde bir işverene ait birden fazla işyerinin değil, aynı hukuki çerçevede bir merkeze ve aynı iş koluna bağlı birden fazla işyerinin bir araya gelmesiyle işletme oluşmaktadır. Aksi halde farklı iş kollarında ve farklı merkezler tarafından yönetilen farklı işyerleri söz konusu olmakta; bu işyerleri de değişik işletmeleri oluşturmaktadır⁶⁸.

İşçinin, bir işyerinde çalıştırılması zorunludur. Ancak bu işyerinin kapalı bir mekan veya tesis olması zorunlu değildir. Kimi işlerde, çalışmanın işyeri dışında yapılması o işlerin mahiyeti gereğidir. Ürün tanıtımcısının, örneğin ilaç mümessillerinin (reprezant), pazarlamacıların veya gazete dağıtıcılarının yaptıkları işler klasik işyeri dışında yürütülmektedir⁶⁹. İşyerinin bildirilmesi, iş kazası, çalışan işçi sayısının tespiti, toplu iş sözleşmesi ünitesi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ve yükümlülükleri, sosyal güvenlik çerçevesinde haklar ve borçların tespiti ve benzeri birçok alanda fiziki anlamda işyeri son derece önemlidir⁷⁰. Bu açıdan mahiyeti gereği işyeri dışında yapılması gereken işlerde işyeri, çalışmanın yapıldığı yer kabul edilecektir. Bir diğer ifadeyle, gazete dağıtıcısının görevini yapmak üzere klasik işyeri dışında çalışması o işin mahiyeti gereğidir ve bu kişinin işyeri görevini yaptığı yer kabul edileceğinden; görevini yaparken başına bir kaza geldiğinde iş kazası söz konusu olacaktır⁷¹.

2.2.4. İşletmenin Konusunu Oluşturan Faaliyet

Bir işletmede çalışan işçiler, bu işletmenin konusunu oluşturan bir faaliyetin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedirler. İşveren ise bu faaliyetin işçiler tarafından yerine getirilmesini sağlamaktadır. İşletmenin konusunu oluşturan bu faaliyet, hem bazı araçların ortaya konulmasını, hem de belli bir amacın

⁶⁶ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 202; Taşkın, s. 80, 97, 107.

⁶⁷ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 202.

⁶⁸ Taşkın, s. 97.

⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 255; Taşkın, s. 103.

⁷⁰ Alpagut, s. 32.

⁷¹ İş kazasının tanımı için bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 13 ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 3/g.

saptanmasını içermektedir. İşletmenin konusunu oluşturan faaliyet, işletmede çalışan personel ile birlikte maddi ve maddi olmayan bazı araçlardır. Bu araçlar, işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirmeye hizmet ederler⁷².

Her işletmenin bir amacı vardır ve işletmenin izlediği amacın mutlaka ekonomik olması yani gelir elde etmeye yönelik olması zorunlu değildir. Sınai, ticari ya da tarımsal bir faaliyet ve hatta serbest bir mesleğin icrası söz konusu olabileceği gibi; yardım, kültürel ya da mesleki amaç taşıyan örgütler de işçi çalıştırdıkları takdirde iş hukuku anlamında işletme niteliği taşırlar⁷³.

2.2.5. Devamlı Bir Faaliyet

Bir işletmenin az ya da çok faaliyette olması gerekir. Devamlılık hem ticaret hukuku hem de iş hukuku açısından önemlidir. Örneğin iş hukukunda işyerinin veya işletmenin devri, işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirmez⁷⁴.

İşletmedeki işin devamlı ve bağımsız olması önemlidir. Tesadüfi veya geçici nitelikteki işler işletmenin varlığını engeller⁷⁵.

Amaçlanan faaliyetin yönetimi ve devamı o işletme içinde organize edilmelidir. Eğer başka bir işletmeye bağlı ise bağlı olan yer işletme değildir. Bu durumda burası bağlı olduğu işletmenin işyeri sayılmalıdır⁷⁶.

3. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI

3.1. Ticari İşletme Kavramı

Ticari işletme kavramının tanımı, TTK. m. 11/f.1'de yapılmıştır. *“Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”*. Görüldüğü gibi tanımda, ticari işletmenin bir işletme olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu tanım da bizi her ticari işletmenin, bir işletme olduğu sonucuna götürmektedir. Ayrıca kanunda yapılan tanımdan anlaşıldığı üzere; bir ticari işletmeyi işletmeden ayıran en önemli unsur, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin bulunması gerektirir⁷⁷. Ayrıca bu faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde

⁷² Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 193.

⁷³ Güzel, s. 69-70; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 195-196; Taşkın, s. 104.

⁷⁴ Bkz. 4.1. başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁵ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 196.

⁷⁶ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 196.

⁷⁷ TTK. m. 11/II gereğince, *“Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir”*. Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun kararına dayanan Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 8/6/2007 tarihli ve 2051 sayılı yazısı üzerine, 6762 sayılı (yürürlükten kalkan) Türk Ticaret Kanununun 1463'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 18/6/2007 tarihinde kararlaştırılıp, 21 Temmuz 2007 tarih ve 26589 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan, 2007/12362 sayılı Bakanlar

yürütülmesi gerekmektedir. Bu nedenle, esnaf işletmesi (ekonomik anlamda) bir işletmedir ancak ticari işletme değildir⁷⁸. Türk Ticaret Kanununda esnaf işletmesi kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak TTK. m. 15, esnaf kavramını tanımlamıştır⁷⁹. Bu maddede yapılan tanımdan yola çıkarak esnaf işletmesi, esnaf tarafından yürütülen faaliyetlerin gerçekleştiği işletme şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁰.

3.2. Ticari İşletmenin Unsurları

3.2.1. Gelir Elde Etme (Kâr Sağlama) Amacı

Ticari işletmenin amacı gelir elde etmektir. Ancak burada geliri mutlak olarak ele almamak gerekir. Gelir elde etme amacı ile kurulan bir işletmenin zarar etmesi işletme niteliğini ortadan kaldırmaz⁸¹. Aynı şekilde kar amacıyla kurulmamış bir organizasyonun faaliyetleri sırasında kar elde etmesi ona işletme niteliği kazandırmaz⁸².

Elde edilen gelirin harcanma yerinin kamuya veya özele yönelik olması önemli değildir⁸³. Diğer bir ifadeyle elde edilen gelirin sarf edilme şekli, işletmenin niteliğini değiştirmez⁸⁴. Örneğin, fakirlere yardım için kurulan derneğe ait kitapçı dükkânı veya fakir öğrencileri okutmak amacıyla dernek tarafından işletilen lokanta ya da mağaza birer işletmedir. Ancak, sırf fakirlere yardım yapmak için bedava ilaç dağıtan bir eczane veya yemek dağıtan bir aşevi ticari işletme değildir. Çünkü burada gelir elde etme amacı yoktur⁸⁵. İşletmenin devlet, belediye ya da özel şahsa ait olması da önemli değildir⁸⁶. Faaliyetin kaç kişiyle yürütüldüğü, sermaye/bedeni çalışmaya dayanması,

Kurulu Kararı; esnaf - tacir ayırımına son noktayı koymuştur. Bu arada 6762 sayılı TTK'nın yürürlükten kalkması önemli değildir. 6102 sayılı TTK. kabul edilse dahi yeni Bakanlar Kurulu kararnamesi çıkana kadar bu Bakanlar Kurulu kararnamesi yürürlüktedir.

⁷⁸ Arkan, s. 27; Bilgili/Demirkapı, s. 14-15; Burada önemli olan gelir sağlama amacının olmasıdır. İşletmenin zarar etmesi, işletme niteliğini ortadan kaldırmamaktadır (Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 25); ayrıca bkz. Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 24-27.

⁷⁹ TTK. m. 15'e göre, "İster gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır..."

⁸⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 15-16.

⁸¹ Arkan, s. 27; Bahtiyar, s. 18; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Taşkın, s. 93; İ. Yılmaz Aslan, Ticaret Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa 2016, s. 6; Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 19.

⁸² Taşkın, s. 93; Karahan, s. 19.

⁸³ Arkan, s. 27; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Taşkın, s. 93; Karahan, s. 19.

⁸⁴ Bahtiyar, s. 19.

⁸⁵ Arkan, s. 27; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Taşkın, s. 93; Aslan, s. 6.

⁸⁶ Arkan, s. 27; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207.

devamlı/kesintili olması da önemsizdir⁸⁷. Hamallık, tüccarlık, sanayicilik vb. gelir sağlamayı hedefleyen faaliyettir⁸⁸.

Ekonomik kazanç, kâr paylaşmak şeklinde olabileceği gibi yapılacak olan giderlerin azaltılması suretiyle de olabilir⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, ticari işletmenin geliri sadece malvarlığında aktifi arttıran bir unsur olarak değil, malvarlığının pasifindeki çoğalmaları azaltma şeklinde de olabilir⁹⁰. Örneğin tüketim kooperatifleri veya üyelerine daha ucuz konut veya işyeri temin etmek için kurulmuş bulunan yapı kooperatifleri gibi⁹¹.

3.2.2. Devamlılık (Süreklilik)

Bir ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için bu işletmenin devamlı (sürekli) bir nitelik taşıması gerekir. Tek sefere mahsus veya tesadüfi faaliyetler devamlılık unsurunun dışında kalmaktadır. Devamlılık unsurunda devam kastı ve amacı vardır. Dolayısıyla faaliyetin kesintiye uğraması devamlılık unsurunu ortadan kaldırmaz. Örneğin sadece okulun açık olduğu zamanlar işletilen kantin işletmesi veya mevsime bağlı plaj işletmelerinde olduğu gibi. Burada devamlılık unsuru okul ve mevsim süresi içindedir⁹². Buna karşılık bir veya birkaç defaya mahsus olmak üzere gerçekleştirilen taşıma faaliyeti, ara sıra düzenlenen araba piyangoları gibi arızı nitelik taşıyan faaliyetler devamlı değildir⁹³.

3.2.3. Bağımsızlık

Ticari işletmenin diğer unsuru yapılan faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesidir. Bağımsızlık, işletmenin hem iç hem de dış ilişkilerinde bağımsız karar alabilmesi ve bağımsız işlem yapabilme yeteneğidir⁹⁴. Şubeler, bağımsız şekilde faaliyette bulunamayıp merkeze bağlı olduklarından ayrı bir işletme sayılamazlar⁹⁵. Aynı şekilde depolar, otomobil servisleri içerisindeki tamir atölyeleri bağımsız olmadıkları için ticari işletme sayılmazlar⁹⁶. Bunlar dış ilişkilerinde bağımsız olmalarına rağmen, iç ilişkilerinde merkeze bağlıdırlar⁹⁷. Buna karşılık, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi

⁸⁷ Taşkın, s. 93; Karahan, s. 20.

⁸⁸ Taşkın, s. 93.

⁸⁹ Taşkın, s. 93; Aslan, s. 6.

⁹⁰ Arkan, s. 28; Bahtiyar, s. 19; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207.

⁹¹ Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Bahtiyar, s. 19; Taşkın, s. 93; Aslan, s. 6.

⁹² Arkan, s. 31; Bahtiyar, s. 24; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Taşkın, s. 93; Aslan, s. 7; Karahan, s. 20.

⁹³ Karahan, s. 20.

⁹⁴ Taşkın, s. 93; Karahan, s. 21.

⁹⁵ Arkan, s. 31; Bahtiyar, s. 24; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 207; Aslan, s. 7.

⁹⁶ Taşkın, s. 93-94; Karahan, s. 21.

⁹⁷ Taşkın, s. 93-94.

veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kişiler (acente) tarafından yürütülen faaliyet, bağımsız nitelik taşıdığından, acentelik faaliyetiyle ilgili olarak açılan müesseseler diğer koşulların da varlığı halinde ticari işletme sayılır⁹⁸.

3.2.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma

Yukarıdaki üç unsur taşıyan bir işletmede yürütülen faaliyetin esnaf faaliyeti sınırını aşması gerekir. Sadece belirli büyüklükteki işletmeler (TTK. m. 11/f.1'de belirtilen esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan işletmeler) ticari işletme sayılır. Esnaf işletmesi, işletme olmakla birlikte, ticari işletme sayılmamaktadır. Esnaf işletmesi gibi ticari işletme olmayan işletmelere kural olarak Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır⁹⁹. Ticari işletmenin asıl önemli unsuru budur. Çünkü diğer unsurlar esnaf işletmelerinde de bulunabilir. Oysa ticari işletmeyi esnaf işletmesinden ayırabilmek, ancak bu unsur sayesinde mümkün olmaktadır¹⁰⁰.

TTK. m. 15, esnaf kavramını tanımlamıştır. TTK. m. 15'e göre, "İster gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır...". Bu maddede yapılan tanımdan yola çıkarak esnaf işletmesi, esnaf tarafından yürütülen faaliyetlerin gerçekleştiği işletme şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰¹.

Tacir, iktisadi faaliyeti daha çok paraya dayanan ve kazandığı para ihtiyaç duyduğundan fazla olan kimsedir. Tacir olmayan kişi esnaftır. Örneğin simitçi, salepçi esnaftır. Bunların elde ettiği kazanç ancak geçimini sağlamaya yetecek kadardır. Bir kişinin esnaf sayılabilmesi için üç unsurun birlikte bulunması gerekmektedir: Bunlardan birincisi; ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına¹⁰² dayanması; ikincisi, gelirin geçimi sağlamaya yetecek kadar az olması; üçüncüsü de sanat veya ticaret sahibi olmasıdır¹⁰³.

⁹⁸ Arkan, s. 31; Bahtiyar, s. 25.

⁹⁹ Arkan, s. 27; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 208.

¹⁰⁰ Bahtiyar, s. 19.

¹⁰¹ Bilgili/Demirkapı, s. 15-16.

¹⁰² "Bedeni çalışma, işletme sahibinin bizzat kendisine ait olan beden ve beyin gücünü (mesleki bilgi ve tecrübe) ifade eder. Bu nedenle kişinin kendi beden ve beyin gücüyle icra edilen öğretmenlik, mali müşavirlik, yatırım danışmanlığı, muayenehane doktorluğu, yazarlık, ressamlık, heykeltıraşlık, bestekarlık, noterlik ve mimarlık gibi faaliyetler ticari işletme faaliyeti sayılmazlar. İşletmede ücret karşılığı çalışan kişilere ait beden ve beyin gücü ise bedeni çalışmaya değil sermayeye dahil edilir. Örneğin doktor muayenehanesinde bedeni çalışma hakim unsur iken, onbeş uzmanın çalıştığı bir tıp polikliniğinde hakim unsur sermayedir". (Karahana, s. 23).

¹⁰³ Taşkın, s. 94-95; Aslan, s. 8.

4. İŞYERİ - İŞLETME VE TİCARİ İŞLETME AYRIMI

Bir işyerinin mevcut olmaması halinde İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. İş Kanunu hükümlerinin birçoğunda işyeri kavramı esas alınmıştır. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde, *“İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır ...”* denilerek işyeri kavramının esas alındığı görülmektedir. Aynı şekilde, yıllık ücretli izne ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 54. maddesinde *“Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır ...”* denilerek işletme kavramının değil işyeri kavramının esas alındığı belirtilmektedir¹⁰⁴.

İş Kanununun birçok maddesinde işletmeden de söz edildiği görülmektedir. Öyle ki, *“Tanımlar”* kenar başlıklı m. 2’de, *“İstisnalar”* kenar başlıklı m. 4’te, *“Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları”* kenar başlıklı m. 12’de, *“Feshin geçerli sebebe dayandırılması”* kenar başlıklı m. 18’de, *“Toplu işçi çıkarma”* kenar başlıklı m. 29’da işletmeden söz edilmiştir.

Görüldüğü üzere, İş Kanununda işyeri ve işletme kavramları birçok maddede yer almaktadır. Bu nedenle bu kavramlar arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıda işyeri ile işletme arasındaki farklar şu şekilde ortaya konulmuştur:

İş Hukukunda işletme kural olarak iktisadi ve mali (kâr sağlama) amaç gütmekle birlikte, bu konuda mutlak bir zorunluluk yoktur. Birden çok işyerinden oluşan işletmeye bağlı bir işyeri niteliğindeki fabrikanın amacı doğrudan doğruya kâr sağlamak değil, bunun için mal üretimi yapmaktır¹⁰⁵. Öyleyse, işletmenin amacı iktisadi yani ekonomik iken, işyerinin amacı işletmeden farklı olarak mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amaçtır¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Güzel, s. 72-73.

¹⁰⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 118; Süzek, s. 209-210; ayrıca bkz. Aydınlı, İşyeri ve İşletme, s. 11 vd; Doğan Yenisey, s. 35; Güzel, s. 80- 81; Kar, s. 106; Taşkın, s. 97; Sönmez Tatar, s. 7-8, 13.

¹⁰⁶ Süzek, s. 209; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 252; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 78; Taşkın, s. 75-76, 78, 80, 105-106; Aydınlı, İşyeri ve İşletme, s. 10, 18, 44; Güzel, s. 67; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 38-39, 45; Kaplan Senyen, s. 31; Şakar, s. 46; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 46; Kar, s. 103; Aydınlı, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 202; Sönmez Tatar, s. 7, 13; Doğan Yenisey, s. 35.

İşletme genellikle işyerine göre daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle her bağımsız işyeri aynı zamanda bir işletmedir. İşletme tek bir işyerinden oluşabileceği gibi birden çok işyerinden de oluşabilir¹⁰⁷. Örneğin, bir banka, işyeri niteliğinde olan birden fazla (yüzlerce) şubeye veya bir market farklı bölgelerde satış yerine sahip bulunabilir¹⁰⁸. İşletme tek işyerinden ibaret ise iktisadi amaç ile teknik amacın birlikte ele alınması gerekmektedir¹⁰⁹. Örneğin bir işverenin tek bir fabrikası varsa, bu hem işyeri hem de işletme durumunda olup, üretime yönelik tarafı işyeri, iktisadi amaç güden tarafı ise işletme sayılır¹¹⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda, “*Herticari işletme aynı zamanda bir işyeri midir?*” sorusuna her zaman olumlu yanıt vermek mümkün olmayacaktır. Şöyle ki; ticaret hukukundaki ticari işletme kavramı ile iş hukukundaki işyeri kavramı bazı durumlarda örtüşebilir. Örneğin esnaf işletmesinin sınırlarını aşan büyüklükteki ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese Ticaret Kanunu bakımından ticari işletme olarak değerlendirilirken, İş Kanunu bakımından bu yerler işyeridir¹¹¹. Ancak bu kavramların birbirlerinden ayrıldığı noktalar da bulunmaktadır¹¹². Örneğin, sadece belirli büyüklükteki işletmeler (TTK. m. 11/f.1’de belirtilen esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan işletmeler) ticari işletme sayılırken, İş Kanunu açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca gelir sağlama amacı, işyerinin bir unsuru değildir¹¹³.

İşletme ile işyeri arasında amaç ölçütü açısından fark vardır. Ticaret hukuku bakımından işletme, iktisadi (ekonomik) veya ideal bir amaç güderken işyeri mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amaç gütmektedir¹¹⁴.

Tüm bunların yanında, en temel farklılık, işçinin İş K. m. 2 gereğince işyerinin bir unsuru olarak kabul edilmesidir¹¹⁵. Ticari işletmeden söz edebilmek için

¹⁰⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 82, 130; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 174, 191; ayrıca bkz. Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 12; Taşkın, s. 79, 97, 107; Eyrenci, s. 133.

¹⁰⁸ Taşkın, s. 79.

¹⁰⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 118; ayrıca bkz. Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 12; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 190; Taşkın, s. 80.

¹¹⁰ Süzek, s. 210; Güzel, s. 65-66; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 46; Sönmez Tatar, s. 13.

¹¹¹ Doğan Yenisey, s. 34.

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, s. 66 vd.

¹¹³ Doğan Yenisey, s. 34; Taşkın, s. 80; Güzel, s. 68; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 208.

¹¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 118; Süzek, s. 209; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 252; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 78; Taşkın, s. 75-76, 80; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 44; Güzel, s. 67; Şakar, s. 46; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 46; Kar, s. 103; **Özkaraca**, s. 20; Sönmez Tatar, s. 7, 13.

¹¹⁵ Doğan Yenisey, s. 34-35; Taşkın, s. 97; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 43; **Özkaraca**, s. 20; Sönmez Tatar, s. 7.

ise işçi çalıştırılması zorunlu değildir¹¹⁶. Her ticari işletme işçi çalıştırmayabilir. Oysa iş hukuku açısından bir yerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için en az bir işçi çalıştırması gerekmektedir¹¹⁷.

İş hukukundaki işletme kavramı ile ticaret hukuku anlamında ticari işletme kavramı da birbirinden çok farklıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi iş hukuku anlamında işletmenin konusunu oluşturan faaliyetlerin mutlaka ekonomik nitelikte ve kâr sağlama amacına yönelik olması gerekmektedir. İşletmenin ticari olması, kâr amacını ön planda tutması veya sadece bu amacı gütmesi de önemli değildir. Ticaret hukuku anlamında ticari işletme söz edilebilmesi için o yerin esnaf işletmesinin sınırlarını aşan büyüklükteki fabrika, ticarethane veya ticari şekilde işletilen diğer müesseselerden birisi olması gerekir. İş hukukunda ise böyle bir zorunluluk yoktur. Önemli olan, işverene iş sözleşmesi ile bağlı bir işçinin çalıştırılmasıdır. Ticaret hukuku açısından ise bir işletmenin varlığı için işçi çalıştırma zorunluluğu yoktur¹¹⁸.

Sonuç olarak; işyeri, işletme ve ticari işletme kavramları farklı kavramlar olup birbirlerine karıştırılmamaları gerekmektedir. Bununla birlikte bir ticari işletmenin iş sözleşmesine dayalı işçi çalıştırması halinde, İş K. m. 2’de yapılan işyeri tanımına uygun olarak, işyeri olarak kabul edilmesi açısından bir engel bulunmamaktadır.

Yapılan bu açıklamalar ışığında uygulamada tartışma konusu olan şu konuya da kısaca değinilmesi yerinde olacaktır. Üniversiteler kanun ile kurulan kurumlardır. 6356 S. K. m. 34 bakımından üniversite toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işyeri, fakülteler ise bağlı işyeridir. Uygulamada görüleceği üzere, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerleri işletme toplu iş sözleşmesi mevcuttur. Bu toplu iş sözleşmesinde, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerleri, “işyeri” olarak adlandırılmıştır.

4.1. İş Kanununda İşyerinin Devri

İş hukuku açısından işletmenin unsurlarından birinin de devamlı bir faaliyet olduğunu yukarıda belirtmiştik. İşyerinin devrinde yeni işveren sırf devir nedeniyle işçilerin iş sözleşmelerini feshedemez. İşyerinin veya işletmenin devri sadece sözleşmenin işveren tarafının değişmesine neden olur, işletme faaliyetinin devamını etkilemez. İşletmede faaliyetin aynen devam etmesi şartıyla işyeri veya işletme başka bir işverene devredilse bile

¹¹⁶ Doğan Yenisey, s. 35; s. 68; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 208; Kar, s. 104; **Özkaraca**, s. 20.

¹¹⁷ Süzek, s. 205; ayrıca bkz. Taşkın s. 97 vd; Aydınli, İşyeri ve İşletme, s. 43; ayrıca bkz. Güzel, s. 68; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 45; Sönmez Tatar, s. 7.

¹¹⁸ Güzel, s. 68; Taşkın, s. 101.

işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden yeni işverene geçer¹¹⁹. Bu husus İş Kanununun “*İşyerinin veya bir bölümünün devri*” kenar başlıklı 6. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer” (m.6/f.1) ... “*Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır*” (m.6/f.5).

4.2. Türk Borçlar Kanununda İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri

Türk Borçlar Kanununun 428. maddesine göre, “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”.

TBK. m. 428 hükmünden anlaşılacağı üzere, sözleşmede kalan tarafın rızasının varlığına ihtiyaç duyulmadan işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri gerçekleşebilmektedir. TBK. m. 428 hükmünün uygulanması konusunda işçi itiraz hakkına sahip değildir ve öngörülen yasal devir olgusunun gerçekleşmesi yeterlidir¹²⁰.

4.3. Türk Ticaret Kanununda İş İlişkilerinin Geçmesi

Türk Ticaret Kanununun 178. maddesine göre, “(1) *Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.*

¹¹⁹ Güzel, s. 85; Aydınli, İşyeri ve İşletme Kavramları, s. 195; Taşkın, s. 78, 104-105.

¹²⁰ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 502-503.

(2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür”.

TTK. m. 178/f.1 hükmü, bölünme sonucunda işyeri devrinin söz konusu olması halinde devirden etkilenecek işçilerin haklarının korunmasını düzenleyen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bölünme, bir işyeri devri niteliğinde ise çalışan işçilerden rıza alınması şarttır¹²¹. TTK m. 178/f.2’de işçinin devre itirazı halinde iş sözleşmesinin bildirim süresinin sonunda sona ereceği öngörülmektedir.

İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun yukarıda sözü edilen hükümlerinden anlaşılacağı üzere, iş yerinin devrinde ve iş ilişkilerinin geçmesinde amaçlanan işçi açısından herhangi bir hak kaybı olmaması, işyeri veya işletme faaliyetinin devamlı olmasıdır.

SONUÇ

İşyeri kavramı iş hukukunun temel kavramları arasında yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işyeri kavramının tanımı yapılmıştır. İşletme kavramı ise iş hukuku bakımından ikincil planda kalmaktadır. İşletme kavramının tanımına İş Kanununda yer verilmemiştir. Her ne kadar işyeri ile işletme kavramı arasında fark olduğu bilinse de işletme kavramının da açıklığa kavuşturulması ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu açısından farklı bir anlamı ve önemi olan bu kavramın tanımının yapılması gerekmektedir.

İşyeri ile işletme kavramlarının farklı olduğu, işyerinin mal veya hizmet üreten teknik bir birim, işletmenin ise kural olarak kâr amacı güden ekonomik bir ünite olduğu doktrinde ve uygulamada herkes tarafından kabul edilmektedir. Buna rağmen uygulamada işverenler, bir işyeri kurduklarında ya da bir işyerini devraldıklarında yerine getirmeleri gereken yükümlülükler konusunda tereddüde düşebilmektedirler. Bunun nedeni, kurulan yeni yerin ya da devralınan yerin işyeri mi yoksa işletme mi olduğu konusunda kararsız kalmalarıdır. Bir yerin işyeri olarak kabul edilip edilmemesi işyerinin gireceği işkolu, işyerindeki yetkili sendika, toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer açısından kapsamı, grev oylamasında ele alınacak işçiler, grev ve lokavtın uygulama alanı, çıkan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespiti gibi birçok konuyu etkilemektedir. Bu nedenle bir yerin işyeri mi yoksa işletme mi olduğunun tespiti son derece önemlidir.

¹²¹ Candan Albayrak Zincirlioğlu, “İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu İle İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 114, s. 26.

İş hukuku bakımından işletme, temel kavram olarak kabul edilmediği için İş Kanununda tanımı yapılmamıştır. Bu açıdan kanun koyucu tarafından bilinçli olarak işletme kavramının tanımının yapılmadığı düşünülebilir. Her ne kadar iş hukuku bakımından esas olan işyeri kavramı olsa da ve işletme ikincil planda bir kavram olarak yer alsada İş Kanununda yer alacak bir işletme tanımı ile uygulamada ortaya çıkacak birçok uyumsuzluk önlenmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN KAPLAN E. Tuncay : İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012.

ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU Candan, “İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu İle İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 114, s. 11-48.

ALPAGUT Gülsevil : İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Basım, İstanbul 2010.

ARKAN Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.

ASLAN İ. Yılmaz : Ticaret Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa 2016.

AYDINLI İbrahim : Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001. (İşyeri ve İşletme)

AYDINLI İbrahim : “İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Muhtevası ve Önemi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ocak 1999, C. 4, S. 4, s. 171-216. (İşyeri ve İşletme Kavramları)

BAHTİYAR Mehmet : Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017.

BAŞBUĞ Aydın : “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi”, İş ve Hayat Dergisi, Aralık 2016, Y. 2, S. 4, s. 59-76.

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan : Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. Baskı, Dora Basım, Bursa Ekim 2012.

ÇELİK Nuri/ CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat : İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017.

DOĞAN YENİSEY Kübra : İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

EYRENCİ Öner : “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel S., 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 119-146.

GÜMÜŞ Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

GÜZEL Ali : İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987.

KAPLAN SENYEN E. Tuncay : “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, S. 29, s. 24-39.

KAR Bektaş : “İşletme İşyeri ve İşin Gereklere Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008, S. 17, s. 101-129.

KARAHAN Sami : Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2012.

KÖSEOĞLU Ali Cengiz : İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2004. (İş Sözleşmeleri)

KÖSEOĞLU Ali Cengiz : “İşyerinin Kapanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 43-68. (İşyerinin Kapanması)

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi /ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş : İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014. (İş Hukuku)

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi /ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş : İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara 2017. (Ders Kitabı)

NARMANLIOĞLU Ünal : İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2014.

ÖZKARACA Ercüment : İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2008.

SÖNMEZ TATAR Gülsüm : İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Tühis Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2011.

SÜZEK Sarper : İş Hukuku, 13 Baskı, Beta Basım, İstanbul 2017.

ŞAKAR Müjdat : İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011.

TAŞKIN Ahmet : “İş Hukukunda İşletme Kavramı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/1, S. 32, s. 75-112.

TULUKCU N. Binnur : “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, S. 18, s. 129-142.

TUNCAY A. Can/SAVAŞ KUTSAL Burcu : Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017.

BELLEK BOŞLUKLARINI DOLDURMAYA ZORLAMANIN ÇOCUK GÖRGÜ TANIĞI BELLEĞİ ÜZERİNDEKİ OLUMSUZ ETKİLERİ

Negative Effects of Forced Confabulation on Child Eyewitness Testimony

Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR¹, Prof. Dr. Neşe KOCABAŞOĞLU²

Geliş Tarihi: 24.01.2018

Kabul Tarihi: 27.02.2018

ÖZET

Çocuk görgü tanıklarının ifadelerinin güvenilirliğini ele aldığımız çalışmada, çocuk görgü tanıklarıyla yapılan görüşmelerde kullanılan soruların ve görüşmeci yaklaşımının olaya dair gerçeklik algısının değişimi üzerindeki etkisi, olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlama çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmada, deney ve kontrol grubu olmak üzere 9 yaş grubunda toplam 40 öğrenciyle bireysel görüşmeler yapılmıştır. Çalışma sonunda, temel değişken olarak ele alınan ve ulusal literatürde ilk kez yer bulan olaya ilişkin bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlamanın çocuk görgü tanıklarının ifadelerini olumsuz etkilediği sonucuna varılmıştır. Uygulanan zorlama neticesinde çocukların hatırlamadıkları detaylara ilişkin sorulara uydurma cevaplar verdikleri ve olaydan sonra geçen zamanın artmasıyla birlikte çocukların olay gerçekliğinden uzaklaşarak vermiş oldukları uydurma cevaplar doğrultusunda yeni bir gerçeklik oluşturdukları dikkat çekmiştir. Buna karşılık, görüşme öncesinde çocuklara bilmiyorum deme hakları olduğunun belirtiliyor olması, çocukların olaya ilişkin daha az yanlış cevap vermelerine ve hatırladıkları detayları daha doğru şekilde ifade etmelerine imkan tanımaktadır.

Anahtar Kelimeler: çocuk görgü tanıklığı, adli görüşme, olay belleği

ABSTRACT

In research, which discusses the reliability of child witness testimony, we aimed at determining how changes and errors occur in children's memory. For this purpose, effects of both questions used in child witness interviews and attitude of the interviewer on sense of reality were researched in terms of forced confabulation. In the study, individual interviews were held with a total of 40 students in the 9 age group, including the experimental and control groups. It is established in this research that forced confabulation, which is base of this research and takes its place in local literature for the first time, has a negative effect on child witness testimony. It has been observed that child witnesses, when forced, make up answers to questions they do not know the answer for and over time they move away from reality and create a fake reality according to answers they made up. On contrary, informing child witnesses about the fact that they are allowed to "not know" a fact decreases the number of incorrect answers and allows them to express their recollection more accurately.

Keywords: child eyewitness, forensic interview, forced confabulation, event memory

¹ Beşiktaş Bilim ve Sanat Merkezi, ermagan.eda@gmail.com

² İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı, nesekocabasoglu@superonline.com

I. GİRİŞ

Olay öncesi ya da tanık olunan olay sonrası edinilen bilgilerin bellekteki orijinal bilgiyi etkilediği sonucu birçok araştırma tarafından desteklenmektedir. Buna karşın, gerçek hayatta adli ifade alım sürecinde, kendisinden beklenen cevaba sahip olmadıkları halde, çocukların tanık oldukları ya da içinde yer aldıkları olayla ilgili sorulan sorulara cevap üretmek zorunda kaldıkları da görülmektedir. Bu koşullarda cevap alabilmek adına kendilerini baskı altında hisseden çocuk görgü tanıklarının, sorulan sorular karşısında cevaplar uydurabildikleri ve/veya hikayede eksik olan bilgi boşluklarını hatırladıkları detaylar çerçevesinde ön bilgileriyle doldurabildikleri saptanmıştır.³

Görüşme sürecinde bu koşullar bilinçli bir şekilde yaratılabileceği gibi genelde istemeyerek, spontane bir şekilde de oluşabilmektedir. Ancak, bu noktada üzerinde düşünülmesi gereken asıl soru, söz konusu “baskı” ortamında çocuktan ne kadar sağlıklı bilgi alınabileceğidir.

Anısal olarak etki altına alınabilirliğin, kişiye tanık olduğu bir olay hakkında yanlış bilgi vermek⁴ ve o anda (veya sonrasında) tanığın görüşmeci tarafından verilen bu yanlış bilgileri kabullenmesiyle gerçekleşebildiği birçok çalışma tarafından kanıtlanmıştır. Ancak, belleğe anı aşılama paradigması (implantation memory paradigm), anıların etki altına alınabilirliğinin bunlarla sınırlı kalmadığını belirtmiş; adli görüşmelerde görüşmecinin, gerçekleşen olaya dair kendi düşünce ve inançlarını destekleyen sonuçları görgü tanığından edinme çabası; görgü tanığının söz konusu olaya ilişkin bütün ayrıntıları bildiğine yönelik ön yargıları ve belirtilen bu tutumlar doğrultusunda sergilemiş olduğu yaklaşımın, görgü tanığının gerçek olaydan bağımsız olarak belleklerinde yeni detaylar oluşturmalarına neden olduğunun altını çizmiştir.^{5,6,7,8}

³ Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

⁴ Alpar, G., Er, N. ve Uçar Boyraz, F. (2007). Görgü tanıklığında bellek hataları: olay sonrası bilginin ve tuzak soruların hatırlama ve kaynak izleme üzerindeki etkisi. *Türk Psikoloji Dergisi*, 10(20), 1-17.

⁵ Bruck, M., Ceci, S.J., Hembrooke, H. (1998). Reliability and credibility of young children's reports: From research to policy and practice. *American Psychologist*, 53, 136-151.

⁶ Koriat, A., Goldsmith, M., Pansky, A. (2000). Toward a psychology of memory accuracy. *Annual Review of Psychology*, 51, 481-537.

⁷ Pezdek, K., Lam, S.T., Sperry, K. (2009). Forced confabulation more strongly influences event memory if suggestions are other-generated than self-generated. *Legal and Criminological Psychology*, 14, 241-252.

⁸ Stolzenberg, S., Pezdek, K. (2013). Interviewing child witnesses: The effect of forced confabulation on event memory. *J Exp Child Psychol.*, 114(1), 77-88.

Literatürde bellekteki bilgi boşluklarının doldurulması etkisi (forced confabulation effect) olarak yer bulmuş olan bu etki mekanizması, çoğunlukla, görüşmecinin, kişinin tanık olduğu olaya ilişkin bütün ayrıntılara sahip olduğunu ve/veya hatırlayabildiğini varsaymasından kaynaklanmaktadır.⁹ Bu varsayımla, görüşmeci, bilinçli ya da bilinçsiz olarak tanığa kendisine sorulan bütün sorulara cevap vermesi hususunda baskı uygulamakta veya sergilediği yaklaşımla tanığa baskı altında olduğunu hissettirmektedir.

Konu hakkında yapılan yapılan bir çalışmada, araştırmacılar tarafından üniversite öğrencilerinden oluşan katılımcılara bir video izlettirilmiş ve sonra katılımcılara 12 adet soru sorulmuştur¹⁰ Bir grup deneğe sorulan sorular karşısında bilmiyorum cevabı verme hakkı tanınırken, diğer gruba sorulan bütün sorulara cevap vermek zorunda oldukları belirtilmiştir. Katılımcılara sorulan sorulardan 4'ü hatalı bilgi içeren ve konfabülatif cevap alınması beklenen; aynı zamanda da söz konusu etkinin test edileceği sorular olarak belirlenmiştir. Örneğin, "Sandalye kırıldı. Delaney'in neresi kanamıştır?" sorusu tuzak bir sorudur, çünkü izlenen videoda bir sandalye kırılmıştır ve Delaney düşmüştür, ancak hiçbir yeri kanamamıştır. Çalışmada, bütün sorulara cevap vermesi istenen gruptaki katılımcılar, bu tip veya diğer soruların cevabını bilmediklerini belirterek cevap vermemek için direndiklerinde, görüşmeci, en iyi tahminlerini yapmaları ve bir cevap vermeleri hususunda katılımcılara baskı uygulamıştır. Araştırma sonucunda, katılımcıların yapılan baskıya daha fazla direnmeden tuzak sorular dahil olmak üzere bütün sorulara cevap verdiği gözlenmiştir.

İlk görüşmeden bir hafta sonra gerçekleştirilen ikinci görüşmelerin bulgularının ise dikkat çekici olduğu görülmüştür.¹¹ Sonuçlardan ilki, konfabülatif etkiye maruz kalan deney grubunun videoda izlediklerinden farklı olarak yanlış hatıralar oluşturdukları yönündedir. Belirtilen grubun ilk görüşmede tuzak sorulara verdikleri uydurma cevapları bir hafta sonra gerçekleştirilen ikinci görüşmede de tekrarlamış olmaları dikkat çeken diğer bir sonuçtur.

Bellekteki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlamanın olay belleği üzerindeki etkisini yaşa bağlı olarak ele alan çalışmalar da

⁹ Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

¹⁰ Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

¹¹ Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

bulunmaktadır^{12,13}

Çocukların belirtilen koşullardaki bir adli görüşme sürecinde hatırlamadıkları ya da tanık olmadıkları bir detaya ilişkin cevap verme zorunda olduklarını hissederek görüşmeciyi memnun etmek amacıyla “beklenen” ya da “kendisinden istenildiğini düşündüğü” cevabı vermeyi tercih edecekleri daha önceki dönemlerde yapılmış olan çalışmalarda ele alınmıştır.^{14,15} Ancak, Ackil ve Zaragoza’nın yapmış olduğu araştırmanın sonuçları belleğe anı aşılama paradigması çerçevesinde çocuk görgü tanıklığının güvenilirliği konusunda farklı bir boyut kazandırmıştır.¹⁶

Görgü tanıklığının yönlendirilebilirliği ve çocuk görgü tanıklarının yönlendirmelerden etkilenebildiği ilgili literatür kapsamında yapılan birçok çalışma tarafından kanıtlanmıştır. Ancak, gerçek hayatta yer alan adli görüşmelerde görüşmecinin tanıklardan daha çok bilgi alma yönündeki eğiliminin, çocuğun hatırlamasına yardımcı olabilir düşüncesiyle ya da olaya dair her türlü detayı hatırladığı ön yargısıyla hissettirdiği baskının, ifadenin güvenilirliği üzerindeki etkilerine ilişkin yeterli sayıda çalışma olmadığı da görülmektedir.

Bu nedenle, adli görüşmelerde olaya dair bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlamanın çocuk görgü tanıklarının ifadeleri üzerindeki etkisine dikkat çekmek amaçlanmıştır.

II. YÖNTEM

a. Araştırma Deseni

DeneySEL bir araştırma olarak planlanan çalışmamızın dizaynı 2 (grup) X 2 (zaman) X 2 (görüşme yöntemi) şeklinde belirlenmiştir.

Çalışmanın hazırlık sürecinde neticesinde nihai örneklem grubuna ulaşılmamasıyla her grupta 10 erkek ve 10 kız olmak üzere tesadüfi seçimler yapılmış; hangi katılımcı çocukla hangi sürecin takip edileceği grup çalışmaları başlamadan önce belirlenmiştir.

¹² Stille, L., Norin, E., Sikstrom, S. (2017). Self-delivered misinformation-Merging the choice blindness and misinformation effect paradigms. PLoS ONE 12(3): e0173606.

¹³ Memon A, Zaragoza M, Clifford BR, Kidd L. (2010). Inoculation or antidote? The effects of cognitive interview timing on false memory for forcibly fabricated events. Law Hum Behav. 2010;(2):105–17. pmid:19301110

¹⁴ Yates, A. (1987). “Should young children testify in cases of sexual abuse?” American Journal of Psychiatry, 144, 476-480.

¹⁵ Binet, A. (1900). La Suggestibilité. Paris: Schleicher.

¹⁶ Ackil, J.K., Zaragoza, M.S. (1998). Memorial consequences of forced confabulation: Age differences in susceptibility to false memories. Developmental Psychology, 34(6), 1358-1372.

Bireysel görüşmelerin yapıldığı ortamların sessizlik, ışık ve benzeri fiziksel özellikler açısından uygun olmasına, çocuğun dikkatini dağıtmayacak şekilde düzenlenmiş olmasına dikkat edilmiştir.

Bireysel görüşmelerin ilk bölümü “görgü tanıklığı” olarak adlandırılmıştır. Bu aşamada çocuklara Pixar yapımı Boundin adlı animasyon filmini izlettirilmiştir. Söz konusu filmin süresi 4 dakika 2 saniyedir. Film izleme öncesinde ve film izleme sırasında çocuklara film hakkında herhangi bir bilgi verilmemiş olup bu bölüm her iki grup için de sadece ilk görüşmede gerçekleştirilmiştir.

Bireysel görüşmelerin ikinci bölümü “olay sonrası görüşme” olarak adlandırılmıştır. Film sonrasında araştırmacı, serbest anlatım sorusunu sorarak çocuklardan filmde geçen olay ve karakterlere dair neler hatırladıklarını anlatmalarını istemiştir. Ardından her bir çocuğa 18 adet açık uçlu soru sorulmuştur.

Üçüncü bölüm “tekrar hatırlama/ikinci görüşme” olarak adlandırılmıştır. Yapılan ilk görüşmelerden bir hafta sonra her bir çocukla ikinci görüşme yapılmış; ancak ikinci görüşmelerde film tekrar izlenmemiştir. Çocuklara, araştırmacıdan kaynaklanan bir hata sebebiyle soruların cevaplarına tekrar ihtiyaç duyulduğu anlatılmış ve bu nedenle her bir çocuğa serbest anlatım sorusu sorularak hatırladıklarını anlatmaları (free recall) istenmiştir. Açık uçlu soruları ise, ilk görüşme kriterlerine bağlı kalarak yanıtlamaları istenmiştir.

Böylece, özellikle, araştırmanın asıl amacının sınındığı deney grubunda yer alan çocukların olaya ilişkin bilmedikleri ya da hatırlamadıkları detaylara yönelik vermek zorunda kaldıkları cevapların ne kadarının olay belleğinde yer ettiği; olaya ilişkin gerçekliğin ne yönde değişiklik gösterdiği saptanabilmiştir.

İki görüşme arasında geçen süre neticesinde ifadelerde meydana gelen değişimlerin karşılaştırılmasıyla çocuk görgü tanıklarının ifadelerinin zamana bağlı değişimi de araştırma kapsamında ele alınabilmiştir.

b. Çalışma Grubu

9 yaş grubu çocukların katılımıyla yürütülen çalışmada, cinsiyet faktörünü dengelemek amacıyla kontrol grubunda (10 kız, 10 erkek) ve deney grubunda (10 kız, 10 erkek) eş sayıda çocuk olmasına dikkat edilmiştir. Kontrol grubunda 20, deney grubunda 20 olmak üzere toplam 40 çocuk çalışmaya katılmıştır.

Çalışmanın hedefi doğrultusunda sonuçların genellenebilirliği önem arz ettiği için kriter sayısını arttırmanın bu amaca hizmet etmeyeceğine inanılmış ve araştırmada yer alan çocukların seçiminde en temel kriterin yaş kriteri olmasına karar verilmiştir. Böylelikle, tesadüfi olarak yapılan seçimlerin beraberinde adli vakalarda her an karşımıza gelebilecek olan çocuk popülasyonuna yönelik temsilin arttırılacağı görüşüne varılmıştır.

Kontrol grubunda yer alan çocuklarla araştırma prosedürü sırasıyla uygulanmış; ilk görüşmelerden bir hafta sonra ikinci bireysel görüşmeler yapılmıştır. Bu grup kapsamında yapılan birinci ve ikinci görüşmelerde çocuklara, açık uçlu sorulara “bilmiyorum, hatırlamıyorum” cevaplarını verebilme hakkı tanınmış; ilk bireysel görüşmeler başlamadan hemen önce bu bilgi çocuklara verilmiştir.

Deney grubuna da kontrol grubuyla sırasıyla benzer süreçler uygulanmıştır. Ancak, bu grup kapsamında gerçekleştirilen görüşmelerde kontrol grubundan farklı olarak sorulan bütün sorulara cevap vermeleri gerektiği belirtilmiştir. Sorulara “bilmiyorum ya da hatırlamıyorum” yönünde cevap veren çocuklara ise, hatırlamaya çalışmaları ve/veya hatırladıkları detaylar doğrultusunda sorunun cevabı için en uygun tahmini yapmaları yönünde ısrar (forced confabulation) edilmiştir. İlk görüşmeden sonra çocuklarla yapılan ikinci bireysel görüşmelerde de ilk görüşme için belirtilen kriterler geçerli olmuştur.

c. Verilerin Toplanması ve Analizi

Çalışmada yer alan çocuklara 2003 yılı Pixar yapımı “Boundin” adlı kısa animasyon filmi izlettirilmiştir. İzlettirilen filmin karar verilmesi sürecinde çok sayıda kısa film belirlenmiş olup ele alınan filmler 9 yaş grubu çocuklarının gelişim özellikleri göz önünde bulundurularak sözel ve görsel unsurlar açısından analiz edilmiştir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde de Pezdek ve arkadaşları¹⁷ tarafından yürütülen çalışmanın sonuçlarından destek alınarak söz konusu animasyon filminin en uygun film olduğu sonucuna varılmıştır.

Araştırmada kullanılan soru formu Pezdek ve arkadaşlarının¹⁸ çalışmalarında kullandığı sorulardan yararlanılarak hazırlanmış olup bir adet serbest anlatım sorusu (izlediğimiz filmde hatırladığın olay, kişi ve durumlar nelerdir?) ve 18 adet yapılandırılmış açık uçlu sorudan oluşmaktadır. Açık uçlu sorulardan 12 tanesi çocuklara izlettirilen filmde yer alan karakter ve durumları sorgulayan (filmdeki hayvanlar nerede yaşıyor?, kuzu ne yapmaktan hoşlanırmış?, kuzunun gözleri ne renkti?, filmde kaç tane yılan var? vb.) cevaplandırılabilir sorulardır. Soruların 6’sı da filmde yer almayan bilgileri içeren ya da yanlış bilgi içeren (nehirdeki kayığın rengi nedir?, arabadaki adamın kıyafetleri ne renkti?, tavşalobun giydiği şapkayı tarif eder misin? vb.) tuzak, cevaplandırılmaz sorulardır.

¹⁷ Pezdek, K., Lam, S.T., Sperry, K. (2009). Forced confabulation more strongly influences event memory if suggestions are other-generated than self-generated. *Legal and Criminological Psychology*, 14, 241-252.

¹⁸ Pezdek, K., Lam, S.T., Sperry, K. (2009). Forced confabulation more strongly influences event memory if suggestions are other-generated than self-generated. *Legal and Criminological Psychology*, 14, 241-252.

d. Soruların Değerlendirilmesi

Araştırmada serbest anlatım sorusu ve açık uçlu sorular olmak üzere iki soru türü kullanılmıştır. Değerlendirme kriterleri de her soru türü için farklı şekilde ele alınmıştır. Her iki soru türü için geçerli olan puanlama kriterleri belirlenmeden önce filmin hikaye akışı yazılı transkript olarak ayrıntılı bir şekilde deşifre edilmiştir. Filmde geçen konuşmalar ve yorum gerektirmeyen sorular için bu yazılı transkriptten yararlanılmış ve cevapların puanlanması sorumlu araştırmacı ve psikoloji alanında uzman bir yardımcı araştırmacı olmak iki ayrı kişi tarafından yapılmıştır. Böylece puanlamalarda tutarlığın sağlanması amaçlanmıştır.

Serbest Anlatım Sorusunun Değerlendirilmesi

Serbest anlatım sorusunun puanlaması için belirlenen kriterler hem birinci hem de ikinci görüşmede alınan cevaplar için aynıdır. Bu doğrultuda, çocukların ilk ve ikinci görüşmede serbest anlatım sorusuna verdikleri doğru ve yanlış cevapların miktarını karşılaştırma imkanı bulunmuştur.

Serbest anlatım sorusuna verilen cevaplar olay, karakter, giyim, zaman ve olay yeri kategorileri kapsamında bilgi sayılarına göre puanlanmıştır. Her doğru bilgi için 1 puan verilmiştir. Puanlamada her bir karakteri tanımlayan doğru kelime, olay yerini tanımlayan her doğru ifade puan almıştır. Ancak, benzer anlama gelen kelimeler cümle içinde birden fazla kullanıldıysa bu kelimelere sadece 1 puan verilmiştir. Örneğin; “üzüldü, mutsuz oldu” şeklinde verilen bir cevap için sadece 1 puan verilmiştir. Benzer şekilde, tek bir olay ya da durumu anlatan ifadeler veya sözcük grupları 1 puan olarak değerlendirilmiştir. Filmdeki karakterler için sadece bir kez puanlama yapılmıştır. Serbest anlatım sorusuna verilen cevap kapsamında karakterlerin farklı cümleler içinde ifade ediliyor olması artı puan kazandırmamıştır. Zaman kavramının ifade edildiği her doğru cevap 1 puan almıştır ve zaman kavramlarının puanlanmasında kronolojik sırayla belirtilmiş olması dikkate alınmıştır. Aksi taktirde, kronolojik sıralamadaki hata için yanlış cevap bölümüne 1 puan eklenmiştir. Ayrıca, karakter, olay, olay yeri ve giyim kategorilerinde verilen her yanlış ve uydurma cevap için yanlış cevap bölümüne 1'er puan eklenmiştir. Bu doğrultuda, puanlar doğru ve yanlış cevap olmak üzere iki ana grupta toplanmıştır.

Sayısal puanların karşılaştırılmasının beraberinde deney grubundaki çocukların verdikleri cevaplar niteliksel olarak da karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırmada deney grubundaki cevaplar için bellekteki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde zorlanan çocukların birinci görüşmede verdikleri uydurma cevapların ne kadarını ikinci görüşmede olaya ait bir unsur gibi ifade ettikleri saptanmaya çalışılmıştır.

Çocukların serbest anlatım sorusu için vermiş olduğu cevaplar psikoloji alanında uzman iki araştırmacı tarafından değerlendirilmiştir. Her iki araştırmacının elde ettiği puanlar arasındaki Cronbach Alfa güvenirlik katsayısı .93 olarak bulunmuştur.

Açık Uçlu Görüşme Sorularının Değerlendirilmesi

Açık uçlu soruların cevap anahtarı oluşturulurken de filmin yazılı transkriptinden faydalanılmıştır. Sürecin başında cevapların değerlendirilmesinde doğru cevap, yanlış cevap ve bilmiyorum cevabı olmak üzere 3'lü bir puanlama ölçeği düşünülmüş olsa da görüşmeler neticesinde çocuklardan alınan cevaplarda birden fazla önerme ve/veya betimleme (doğru veya yanlış) olduğu dikkat çekmiştir.

Araştırmamız kapsamında sorguladığımız hususlar bağlamında tek önermeli ve/veya betimlemeli doğru ve yanlış olarak verilen cevapların birden fazla ayrıntıya yer verilen cevaplarla aynı puanlamada yer almaması gerektiğine; farklı değerlendirmelerde bulunulmasının daha anlamlı sonuçlar vereceğine inanılmıştır. Bu sebeple, açık uçlu soruların değerlendirilmesi hususunda sorunun amacına göre birden fazla önerme (Tavşalop kuzuya, rengin ne olursa olsun ne önemi var, sağlığı yerindeyse zıpla yeter, üzülme, demiş.) veya birden fazla betimleme (Tavşalop siyah renkli, beyaz çizgili bir şapka giymişti.) içeren doğru ve yanlış cevaplar için "detaylandırılmış cevap" bölümü oluşturulmuştur. Bu bağlamda, açık uçlu soruların değerlendirilmesinde doğru ve yanlış cevap, detaylandırılmış doğru ve yanlış cevap, ikiden fazla detaya sahip doğru ve yanlış cevap ve bilmiyorum cevabı olmak üzere 7'li derecelendirme yapılmıştır.

Filmde yer alan detayları içeren, cevaplandırılabilir 12 açık uçlu soru için "ikiden fazla detay içeren yanlış cevap", "detaylandırılmış yanlış cevap", "yanlış cevap" "bilmiyorum, hatırlamıyorum", "doğru cevap", "detaylandırılmış doğru cevap" ve "ikiden fazla detay içeren doğru cevap" şeklinde puanlama ölçeği hazırlanmıştır. Filmde yer almayan detayların ele alındığı 6 adet tuzak soruda ise, "ikiden fazla detay içeren yanlış cevap", "detaylandırılmış yanlış cevap", "yanlış cevap" "bilmiyorum, hatırlamıyorum", "doğru cevap" olmak üzere değerlendirme yapılmıştır. Örneğin, "Tavşalobun giydiği şapkayı tarif eder misin?" sorusuna "tavşalobun şapkası yoktu" cevabı doğru cevap; "tavşalop siyah bir şapka giymişti" cevabı yanlış cevap; ancak "tavşalop siyah renkli ve beyaz çizgili bir şapka giymişti" cevabı detaylandırılmış yanlış cevap olarak ele alınmış ve cevaplar bu yönde değerlendirilmiştir.

Ancak, bazı soruların tek doğru cevabı olduğu için (kaç tane yılan vardı, gibi) bu sorularda herhangi bir detaylandırma aranmamıştır.

Bu soru grubunun analiz sürecinde detaylandırma kriterlerini de göz önünde bulundurarak puanlamalar yapılmıştır. Doğru ve yanlış cevaplarda toplam

puanlara ulaşmada doğru ve yanlış cevap kategorisinde yer alan cevaplar 1 ile; iki detaylı doğru ve yanlış cevap kategorisinde yer alan cevaplar 2 ile ve ikiden daha fazla detaylı doğru ve yanlış cevap kategorisinde yer alan cevaplar 3 ile çarpılmıştır. Böylelikle, gruplar içi ve gruplararası karşılaştırmalarda olay gerçekliğinden sapma derecesine ulaşılması hedeflenmiştir.

Özellikle tuzak sorulardan alınan detaylandırılmış cevaplar araştırmamız için değer arz etmektedir. Deney grubunda yer alan ve olay belleğindeki bilgi boşluklarını doldurma yönünde zorlanmaya maruz kalan çocukların vermiş olduğu detaylandırılmış cevaplar ve ikinci görüşmede bu cevapları vermede ne kadar tutarlı oldukları, maruz kalınan etkinin bellek üzerindeki etkisinin şiddeti hakkında bize bilgi vermiştir.

Son olarak, olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde baskı uygulanan deney grubuna ait cevapların değerlendirilmesinde “bilmiyorum, hatırlamıyorum” cevapları yer almadığı için her iki soru türüne ilişkin istatistiksel değerlendirmelerde bu kategori dikkate alınmamıştır.

e. Analiz

İstatistiksel analiz için SPSS 17.0 programı kullanılmıştır. Elde edilen veriler normal bir dağılım göstermediğinden hipotezler Mann Whitney U testi, Wilcoxon Testi ve Marginal Homogeneity Test kullanılarak test edilmiştir. Gruplar arası karşılaştırma için de Ki Kare analizi kullanılmıştır. Bu çalışmada anlamlılık düzeyi olarak .05 kabul edilmiştir.

III. BULGULAR

a. Serbest Anlatım Sorusunun Değerlendirilmesi

Tablo 1. Kontrol grubunun ilk ve son görüşmeye ait doğru ve yanlış cevap oranlarının karşılaştırması

			AO	N	Ss	Z	P ¹
Kontrol Grubu	İlk Görüşme	Doğru Cevap Puanı_1	7,2000	20	2,56700	-3,535	,000**
	Karşılaştırması	Doğru Cevap Puanı_2	6,1500	20	2,25424		
	Son Görüşme	Yanlış Cevap Puanı_1	1,4000	20	,99472	-1,732	,083
	Karşılaştırması	Yanlış Cevap Puanı_2	1,7000	20	,73270		

1: Wilcoxon Sign test p değeri **p<0,01 *p<0,05

Elde edilen bulgular neticesinde kontrol grubuna ait ilk karşılaştırma için $p<0,01$ olduğundan birinci ve ikinci görüşmenin doğru cevap sayıları arasında anlamlı farklılık bulunmuştur.

Birinci görüşmedeki doğru sayısı ortalaması (7,2), ikinci görüşmedeki doğru sayısı ortalamasından (6,1) büyüktür. Bununla birlikte, kontrol grubuna ait ikinci karşılaştırma için birinci görüşmenin yanlış cevap ortalamasının 1,4

ve ikinci görüşmenin yanlış cevap ortalamasının 1,7 olduğu görülmüş olup iki ortalama arasında ($p=0,083$) anlamlı farklılık bulunamamıştır.

Tablo 2.Deney grubunun ilk ve son görüşmeye ait doğru ve yanlış cevap oranlarının karşılaştırması

		AO	N	Ss	Z	P ¹
Deney Grubu	İlk Görüşme	Doğru Cevap Puanı_1	7,1000	20	2,59351	
	Karşılaştırması	Doğru Cevap Puanı_2	5,1500	20	1,53125	-3,544
	Son Görüşme	Yanlış Cevap Puanı_1	1,1000	20	,85224	
	Karşılaştırması	Yanlış Cevap Puanı_2	1,2500	20	,63867	-,775

1:Wilcoxon Sign test p değeri ** $p<0,01$ * $p<0,05$

Deney grubuna ait karşılaştırmaları ele aldığımızda, ilk karşılaştırma için $p<0,01$ olduğundan birinci ve ikinci görüşmedeki doğru cevap sayıları arasında anlamlı farklılık saptanmıştır. Birinci görüşmedeki doğru sayısı ortalaması (7,1), ikinci görüşmedeki doğru sayısı ortalamasından (5,15) büyük bulunmuştur.

İkinci karşılaştırmada ise, $p>0,05$ olduğundan birinci ve ikinci görüşmenin yanlış cevap sayıları arasında anlamlı farklılık bulunamamıştır. Her iki görüşmenin yanlış sayı ortalamaları birbirine yakın oranlardadır.

Kontrol ve deney grubunun ilk ve son görüşmelere ait serbest anlatım sorusu puanları karşılaştırıldığında ise, kontrol grubuna ait doğru cevap sayıları ortalaması 7,2 iken deney grubuna ait doğru cevap sayıları ortalaması 7,1 olarak saptanmıştır. Yanlış cevap sayılarının ortalamasına bakıldığında, kontrol grubu için 1,4; deney grubu için 1,1 olarak bulunmuştur. Bu bağlamda her iki grup için doğru ve yanlış cevap ortalamaları arasında farklılık bulunamamıştır.

İkinci görüşme için kontrol ve deney grubu sonuçlarını karşılaştırdığımızda da $p>0,05$ bulunduğundan her iki grubun serbest anlatımdaki doğru sayıları ortalamaları (6,15 ve 5,15) ve yanlış sayıları ortalamaları (1,7 ve 1,25) arasında anlamlı farklılık bulunamamıştır.

b. Açık Uçlu Soruların Değerlendirilmesi
Cevaplandırılabilir Açık Uçlu Soruların Değerlendirilmesi

Tablo 3. Kontrol grubu için birinci ve ikinci görüşme sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	1.görüşme		2.görüşme		Test P ¹
		n	%	n	%	
Soru1	yanlış cevap	4	20,0%	7	35,0%	,083
	bilmiyorum	3	15,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	13	65,0%	13	65,0%	
Soru 2	yanlış cevap	5	25,0%	7	35,0%	,157
	doğru cevap	15	75,0%	13	65,0%	
Soru 4	yanlış cevap	4	20,0%	6	30,0%	,157
	doğru cevap	16	80,0%	14	70,0%	
Soru 5	yanlış cevap	4	20,0%	5	25,0%	,317
	doğru cevap	16	80,0%	15	75,0%	
Soru 6	yanlış cevap	3	15,0%	5	25,0%	,157
	doğru cevap	17	85,0%	15	75,0%	
Soru 8	yanlış cevap	3	15,0%	3	15,0%	,89
	doğru cevap	17	85,0%	17	85,0%	
Soru 10	yanlış cevap	2	10,0%	3	15,0%	,317
	doğru cevap	18	90,0%	17	85,0%	
Soru 11	yanlış cevap	9	45,0%	11	55,0%	,180
	bilmiyorum	2	10,0%	1	5,0%	
	doğru cevap	9	45,0%	8	40,0%	
Soru 12	yanlış cevap	7	35,0%	9	45,0%	,157
	bilmiyorum	4	20,0%	2	10,0%	
	doğru cevap	9	45,0%	9	45,0%	
Soru 13	yanlış cevap	3	15,0%	5	25,0%	,096
	doğru cevap	13	65,0%	12	60,0%	
	2 detaylı doğru cevap	4	20,0%	3	15,0%	
Soru 15	yanlış cevap	5	25,0%	7	35,0%	,165
	doğru cevap	15	75,0%	13	65,0%	
Soru 17	yanlış cevap	8	40,0%	9	45,0%	,102
	doğru cevap	9	45,0%	10	50,0%	
	2 detaylı doğru cevap	3	15,0%	1	5,0%	
Toplam Puan	<i>Yanlış cevap puanı</i>	57	42,5%	77	57,5%	,033* (χ^2 =6,805)
	<i>"Bilmiyorum" cevap puanı</i>	9	75%	3	25%	
	<i>Doğru cevap puanı</i>	181	52,5%	164	47,5%	

1:Marginal homogeneity test p değeri p>0,05

Her üç puan kategorisini ele aldığımızda ise, birinci ve ikinci görüşmeler arasında meydana gelen değişimler arasında anlamlı farklılık ($p=0,033$; $\chi^2=6,805$) olduğu görülmüştür. Tablo 4'te belirtildiği üzere birinci gruptaki çocukların ilk görüşmede vermiş oldukları “bilmiyorum” cevap sayısının ikinci görüşmelerde azaldığı; yanlış cevap sayılarının da ikinci görüşmelerde birinci görüşmelere göre daha fazla olduğu saptanmıştır.

Tablo 4.Deney grubu için birinci ve ikinci görüşme sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	1.görüşme		2.görüşme		Test p ¹
		n	%	n	%	
Soru 1	yanlış cevap	10	50,0%	13	65,0%	,083
	doğru cevap	10	50,0%	7	35,0%	
Soru 2	yanlış cevap	3	15,0%	3	15,0%	,317
	doğru cevap	16	80,0%	17	85,0%	
Soru 4	yanlış cevap	3	15,0%	4	20,0%	,564
	doğru cevap	17	85,0%	16	80,0%	
Soru 5	yanlış cevap	2	10,0%	5	25,0%	,083
	doğru cevap	18	90,0%	15	75,0%	
Soru 6	yanlış cevap	4	20,0%	6	30,0%	,157
	doğru cevap	16	80,0%	14	70,0%	
Soru 8	yanlış cevap	2	10,0%	2	10,0%	,789
	doğru cevap	18	90,0%	18	90,0%	
Soru 10	yanlış cevap	1	5,0%	3	15,0%	,166
	doğru cevap	16	80,0%	15	75,0%	
Soru 11	yanlış cevap	3	15,0%	2	10,0%	,059
	doğru cevap	5	25,0%	8	40,0%	
Soru 12	yanlış cevap	15	75,0%	12	60,0%	,317
	doğru cevap	13	65,0%	16	80,0%	
Soru 13	yanlış cevap	6	30,0%	4	20,0%	,059
	doğru cevap	0	0,0%	1	5,0%	
Soru 15	yanlış cevap	16	80,0%	18	90,0%	,564
	doğru cevap	4	20,0%	1	5,0%	
Soru 17	yanlış cevap	4	20,0%	5	25,0%	,035*
	doğru cevap	16	80,0%	15	75,0%	
Toplam Puan	yanlış cevap	1	5,0%	4	20,0%	,006** ($\chi^2 =6,871$)
	doğru cevap	6	30,0%	9	45,0%	
	doğru cevap	13	65,0%	6	30,0%	
	2 detaylı doğru cevap	0	0,0%	1	5,0%	
	yanlış cevap puanı	54	40,6%	79	59,4%	
	Doğru cevap puanı	193	53,9%	165	46,1%	

1:Marginal homogeneity test p değeri $p>0,05$

Her iki cevap kategorisinde meydana gelen değişimlerin anlamlılık düzeyine baktığımızda ise, $p=0,006$ ($p>0,05$) anlamlı farklılık bulunduğu görülmüştür.

Deney grubunda yer alan çocukların gerçek bilgi içeren açık uçlu sorulara vermiş oldukları cevaplara ait puan dağılımlarına baktığımızda, birinci görüşmede verilen doğru cevap sayılarının ikinci görüşmede azaldığı görülmüştür. Ayrıca, ikinci görüşmede verilen yanlış cevap sayısının da birinci görüşmeye oranla artış gösterdiği saptanmıştır.

Tuzak Amaçlı Soruların Açık Uçlu Soruların Değerlendirilmesi

Bu bölümdeki soruların cevapları değerlendirilirken 7, 9 ve 18. soru maddeleri ayrıca değerlendirilecektir. Özellikle, bu soru maddelerinin ele alınmasının nedeni ise, bütün soru maddeleri içerisinde tarife yönelik bilgi isteyen sorular olması ve çalışmanın amacı doğrultusunda bu kategorideki soruların önem arz ettiğinin düşünülmesidir.

Tablo 5.Kontrol grubunun tuzak sorulara ait birinci ve ikinci görüşme sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	1.görüşme		2.görüşme		Test p ¹
		n	%	n	%	
Soru 3	2 detaylı yanlış cevap	1	5,0%	5	25,0%	,106
	yanlış cevap	7	35,0%	7	35,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	6	30,0%	3	15,0%	
	doğru cevap	6	30,0%	5	25,0%	
Soru 7	2'den fazla detaylı yanlış cevap	3	15,0%	5	25,0%	,020*
	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	7	35,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	6	30,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	5	25,0%	2	10,0%	
Soru 9	2'den fazla detaylı yanlış cevap	2	10,0%	1	5,0%	,467
	2 detaylı yanlış cevap	3	15,0%	7	35,0%	
	yanlış cevap	8	40,0%	5	25,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	5	25,0%	6	30,0%	
Soru 14	doğru cevap	2	10,0%	1	5,0%	,225
	2 detaylı yanlış cevap	3	15,0%	7	35,0%	
	yanlış cevap	10	50,0%	8	40,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	5	25,0%	2	10,0%	
	doğru cevap	2	10,0%	3	15,0%	

Bellek Boşluklarını Doldurmaya Zorlamanın Çocuk Görgü Tanığı Belleği Üzerindeki
Olumsuz Etkileri
Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Prof. Dr. Neşe KOCABAŞOĞLU

Soru 16	2 detaylı yanlış cevap	2	10,0%	1	5,0%	,035*
	yanlış cevap	7	35,0%	8	40,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	5	25,0%	3	15,0%	
	doğru cevap	6	30,0%	5	25,0%	
Soru 18	2'den fazla detaylı yanlış cevap	-	-	5	25,0%	,001**
	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	5	25,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	4	20,0%	
	bilmiyorum, hatırlamıyorum	5	25,0%	3	15,0%	
	doğru cevap	3	15,0%	3	15,0%	
Toplam Puan	Yanlış cevap puanı	99	42,3%	135	57,7%	,029* ($x^2=7,050$)
	"Bilmiyorum" cevap puanı	31	62%	19	38%	
	Doğru cevap puanı	19	52,8%	17	47,2%	

1: Marginal homogeneity test p değeri $p < 0,05$

Tablo 5'te belirtilen sonuçları ele aldığımızda verilen cevap puanları açısından iki görüşme arasında ($p=0,029$; $x^2=7,050$) anlamlı farklılık bulunmuştur.

Sorulara verilen cevap dağılımlarına baktığımızda ise, kontrol grubundaki çocukların ikinci görüşmeye ait yanlış cevap sayılarının birinci görüşmeye oranla önemli derecede arttığı saptanmıştır. Ayrıca, birinci görüşmede verilmiş olan bilmiyorum cevap sayısının da ikinci görüşmede düştüğü görülmektedir.

Kontrol grubunun gerçek bilgi içeren sorular karşısında vermiş oldukları bilmiyorum cevap sayısı ile tuzak sorulara verilen bilmiyorum cevap sayısını karşılaştırdığımızda da 0,05 anlamlılık düzeyinde $p=0,397$ ($x^2=0,714$) olarak bulunmuş olup anlamlı bir farklılık olmadığı dikkat çekmiştir.

Olayda yer alan karakterlerin tarifine yönelik soruların tuzak amaçlı soruların cevap dağılımları ele alındığında ise, bu sorulara (7., 9 ve 18. soru) verilen yanlış cevap sayılarının diğer sorulara göre daha fazla ($p=0,024$; $p < 0,05$) olduğu saptanmıştır.

Tablo 6.Deney grubunun tuzak sorulara ait birinci ve ikinci görüşme sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	1.görüşme		2.görüşme		Test
		n	%	n	%	p ¹
Soru 3	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	6	30,0%	,157
	yanlış cevap	12	60,0%	13	65,0%	
	doğru cevap	3	15,0%	1	5,0%	
Soru 7	2'den fazla detaylı yanlış cevap	3	15,0%	4	20,0%	,637
	2 detaylı yanlış cevap	7	35,0%	10	50,0%	
	yanlış cevap	8	40,0%	6	30,0%	
	doğru cevap	2	15,0%	0	0,0%	
Soru 9	2'den fazla detaylı yanlış cevap	4	20,0%	5	25,0%	,131
	2 detaylı yanlış cevap	6	30,0%	5	25,0%	
	yanlış cevap	9	45,0%	7	35,0%	
	doğru cevap	1	5,0%	1	5,0%	
Soru 14	2'den fazla detaylı yanlış cevap	1	5,0%	2	10,0%	,061
	2 detaylı yanlış cevap	4	20,0%	4	20,0%	
	yanlış cevap	12	60,0%	14	70,0%	
	doğru cevap	3	15,0%	0	0%	
Soru 16	2'den fazla detaylı yanlış cevap	2	10,0%	0	0,0%	,564
	2 detaylı yanlış cevap	4	20,0%	10	50,0%	
	yanlış cevap	14	70,0%	10	50,0%	
	doğru cevap	6	30,0%	5	25,0%	
Soru 18	2'den fazla detaylı yanlış cevap	6	30,0%	5	25,0%	,144
	2 detaylı yanlış cevap	10	50,0%	11	55,0%	
	yanlış cevap	2	10,0%	3	15,0%	
	doğru cevap	2	10,0%	1	5,0%	
Toplam Puanlar	<i>Yanlış cevap puanı</i>	177	47,8%	193	52,2%	,015* x ² =5,967
	<i>Doğru cevap puanı</i>	12	80%	3	20%	

1:Marginal homogeneity test p değeri p<0,05

Doğru ve yanlış cevap ortalamaları açısından ikinci gruba ait iki görüşme arasında anlamlı farklılık olduğu (p=0,015; x²=5,967) görülmüştür.

Ancak, ikinci grupta yer alan çocuklara bütün sorulara cevap vermeleri gerektiği belirtildiği ve “bilmiyorum, hatırlamıyorum” cevapları kabul edilmediği için bu gruba ait toplam puanlar arasında söz konusu puan kategorisi yer almamaktadır.

İkinci grubun cevap dağılımları incelendiğinde ise, doğru cevap sayısı çok az olduğundan cevaplar arası bir karşılaştırma yapılamamıştır. Bununla birlikte, ikinci görüşmeye ait yanlış cevap sayısının birinci görüşmenin yanlış cevap sayısından fazla olduğu saptanmıştır.

Bellek Boşluklarını Doldurmaya Zorlamanın Çocuk Görgü Tanığı Belleği Üzerindeki
Olumsuz Etkileri
Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Prof. Dr. Neşe KOCABAŞOĞLU

Tablo 7. Birinci ve ikinci grubun ilk görüşmeye ait tuzak soruların sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	Gruplar				Test p ¹
		1.Grup		2.Grup		
		n	%	n	%	
Soru 3	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	0	0%	,007**
	2 detaylı yanlış cevap	1	5,0%	5	25,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	12	60,0%	
	bilmiyorum	6	30,0%	0	0%	
	doğru cevap	6	30,0%	3	15,0%	
Soru 7	2'den fazla detaylı yanlış cevap	3	15,0%	3	15,0%	,048*
	2 detaylı yanlış	5	25,0%	7	35,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	8	40,0%	
	bilmiyorum	5	25,0%	0	0%	
	doğru cevap	0	0%	2	10,0%	
Soru 9	2'den fazla detaylı yanlış cevap	2	10,0%	4	20,0%	,239
	2 detaylı yanlış	3	15,0%	6	30,0%	
	yanlış cevap	8	40,0%	9	45,0%	
	bilmiyorum	5	25,0%	0	0%	
	doğru cevap	2	10,0%	1	5,0%	
Soru 14	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	1	5,0%	,053
	2 detaylı yanlış cevap	3	15,0%	4	20,0%	
	yanlış cevap	10	50,0%	12	60,0%	
	bilmiyorum	5	25,0%	0	0%	
	doğru cevap	2	10,0%	3	15,0%	
Soru 16	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	2	10,0%	,003**
	2 detaylı yanlış cevap	2	10,0%	4	20,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	14	80,0%	
	bilmiyorum	5	25,0%	0	0%	
	doğru cevap	6	30,0%	0	0%	
Soru 18	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	6	30,0%	,01*
	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	10	50,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	2	10,0%	
	bilmiyorum	5	25,0%	0	0%	
	doğru cevap	3	15,0%	2	10,0%	
Toplam Puanlar	Yanlış cevap puanı	99	35,9%	177	64,1%	,000** (x ² =50,599)
	"Bilmiyorum" cevap puanı	31	100%	0	0%	
	Doğru cevap puanı	19	61,3%	12	38,7%	

Tuzak sorulara verilen cevapların dağılımı açısından iki grup arasında anlamlı farklılık ($p=0,000$; $\chi^2=50,599$) mevcuttur. Buna göre, kontrol grubunun ilk görüşmesine ait doğru cevap sayısının deney grubunun doğru cevap sayısına göre fazla olduğu görülmektedir. Ancak, yanlış cevap sayılarını karşılaştırdığımızda da ikinci gruba ait yanlış cevap sayılarının kontrol grubuna oranla önemli ölçüde fazla olduğu saptanmıştır.

Tablo 8. Birinci ve ikinci grubun ikinci görüşmeye ait tuzak soruların sonuçlarının detaylı karşılaştırması

Sorular	Yanıtlar	Gruplar				Test P ¹
		1.Grup		2.Grup		
		n	%	n	%	
Soru 3	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	0	0%	,001**
	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	6	30,0%	
	yanlış cevap	7	35,0%	13	65,0%	
	bilmiyorum	3	15,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	5	25,0%	1	5,0%	
Soru 7	2'den fazla detaylı yanlış cevap	5	25,0%	4	20,0%	,001**
	2 detaylı yanlış cevap	7	35,0%	10	50,0%	
	yanlış cevap	6	30,0%	6	30,0%	
	bilmiyorum	2	10,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	0	0%	0	0,0%	
Soru 9	2'den fazla detaylı yanlış cevap	1	5,0%	5	25,0%	,126
	2 detaylı yanlış cevap	7	35,0%	5	25,0%	
	yanlış cevap	5	25,0%	7	35,0%	
	bilmiyorum	6	30,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	1	5,0%	1	5,0%	
Soru 14	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0%	2	10,0%	,114
	2 detaylı yanlış	7	35,0%	4	20,0%	
	yanlış cevap	8	40,0%	14	80,0%	
	bilmiyorum	2	10,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	3	15,0%	0	0,0%	
Soru 16	2'den fazla detaylı yanlış cevap	0	0,0%	0	0,0%	,011*
	2 detaylı yanlış cevap	1	5,0%	10	50,0%	
	yanlış cevap	8	40,0%	10	50,0%	
	bilmiyorum	3	15,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	5	25,0%	0	0,0%	

Bellek Boşluklarını Doldurmaya Zorlamanın Çocuk Görgü Tanığı Belleği Üzerindeki
Olumsuz Etkileri
Dr. Eda ERMAĞAN ÇAĞLAR, Prof. Dr. Neşe KOCABAŞOĞLU

Soru 18	2'den fazla detaylı yanlış cevap	5	25,0%	5	25,0%	,176
	2 detaylı yanlış cevap	5	25,0%	11	55,0%	
	yanlış cevap	4	20,0%	3	15,0%	
	bilmiyorum	3	15,0%	0	0,0%	
	doğru cevap	3	15,0%	1	5,0%	
<i>Yanlış cevap puanı</i>		135	41,2%	193	58,8%	
Toplam Puanlar	<i>"Bilmiyorum" cevap puanı</i>	19	100%	0	0%	² ,000** (x ² =37,527)
	<i>Doğru cevap puanı</i>	17	85%	3	15%	

1:ki kare test değeri **p<0,01 *p<0,05

Tablo 8'de belirtildiği üzere ikinci görüşmelerden edinilen cevap puanları açısından p<0,01 anlamlılık düzeyinde p=0,000 (x²=37,527) bulunmuş olup kontrol ve deney grubuna ait sonuçlar arasında anlamlı farklılık olduğu görülmüştür. Bu bağlamda, deney grubunun doğru cevap puanlarının kontrol grubundan az olduğu; ancak yanlış cevap puanlarının kontrol grubuna oranla daha fazla olduğu söylenebilmektedir.

IV. TARTIŞMA ve YORUM

Adalet sistemi açısından görgü tanıklığı oldukça önemli bir konuma sahiptir. Fiziksel delillere ulaşamayan ya da delillerin yetersiz kaldığı adli vakalarda görgü tanığına ait ifadeler tek geçerli delil olarak karşımıza çıkabilmektedir. Görgü tanığı ifadelerindeki değişim ve yanılgılar adli mekanizmanın işlemlerini engelleyebilmekte; masum kişilerin mahkumiyetiyle sonuçlanabilmektedir. Bu nedenle araştırmacılar görgü tanığının belleğinin yanılabilirliğine, tanık ifadelerinin yönlendirilebilirliğine odaklanmış; ifadeyi etkileyen faktörleri ele alan çalışmalara ağırlık vermiştir.

Çocuk görgü tanıklarının ifadelerinin güvenilirliğinin ele alındığı bu çalışmada, olay belleklerinde meydana gelen değişim ve hataların nasıl oluştuğunun saptanması hedeflenmiştir. Bu amaç doğrultusunda, çocuk görgü tanıklarıyla yapılan görüşmelerde kullanılan soruların ve görüşmecinin yaklaşımının olaya dair gerçeklik algısının değişimi üzerindeki etkisi, olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlama çerçevesinde ele alınmıştır. 40 çocuğun katılımıyla gerçekleştirilen çalışma iki grup çerçevesinde yürütülmüş ve çalışma kapsamında çocuklarla bireysel görüşmeler yapılmıştır.

Araştırmanın ana hedefi olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde uygulanan zorlamanın, yani yapılan görüşmede gösterilen tutumun ifade üzerindeki etkisini belirlemek olduğu için görüşmelerin yapıldığı ortamın dikkat dağıtıcı olmasından kaçınılmıştır. Böylelikle elde edilen verilerin dış geçerliliği azalsa da amaca yönelik geçerliliğinin artması sağlanmıştır.

Belleğin yaş ile ilişkisi göz önüne alındığında erken yaş grubundaki çocukların daha büyük yaş grubundaki çocuklara göre olaylara ilişkin detayları daha çabuk unuttukları araştırmalarca kanıtlanmıştır (Ceci, Bruck, 1993, Goodman, 2006). Bu nedenle çalışmada yaş kriterini kontrol edebilmek amacıyla katılımcı çocukların yaşları 9 olarak belirlenmiştir.

Yaş kriterinin yanı sıra katılımcı çocukların seçiminde başka kriterler aranmamış ve bu doğrultuda katılımcı grubun gerçek yaşamda adli sistemde görgü tanığı olarak karşımıza gelebilecek çocuk popülasyonunu temsil etmesi amaçlanmıştır. Bu durumun da araştırmanın dış geçerliliğini arttırdığı düşünülmektedir.

Ayrıca, söz konusu ana etkinin çocukların olay gerçekliğinde ne yönde değişimlere sebep olduğunu saptamak amacıyla film den hemen sonra ve film etkinliğinden bir hafta sonra olmak üzere çocuklarla iki farklı tarihte görüşmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ana amacının ele alındığı deney grubuna ait ilk görüşme verilerine bakıldığında çocukların tuzak sorulara vermiş oldukları doğru cevap sayısının diğer gruba oranla daha düşük olduğu; bununla birlikte detaylandırılmış yanlış cevap sayılarının daha fazla olduğu saptanmıştır. Görüşme kayıtlarına baktığımızda ise, ilk görüşmelere ait sayısal sonuçlar doğrultusunda 3.soru maddesi için ilk cevabı hatırlamıyorum olan 11 çocuğun (%55) zorlama sonrası 11'inin de yanlış cevap verdiği görülmüştür. 7. soru maddesi için ise ilk cevabı hatırlamıyorum olan çocuk sayısının 6 (%30) olduğu; zorlama sonrası bu çocuklardan 1 tanesinin (%5) ikiden daha fazla detay içeren yanlış cevap verdiği; 5 tanesinin (%25) iki detaylı yanlış cevap verdiği bulunmuştur. 9 numaralı soru maddesine 12 çocuğun (%60) ilk olarak hatırlamıyorum cevabı verdiği ve zorlama sonrasında bu çocuklardan 5'inin (%25) yanlış, 4'ünün (%20) iki detaylı yanlış, 3'ünün (%15) de ikiden fazla detaylı yanlış cevap verdiği belirlenmiştir. 14. soruda ilk olarak hatırlamıyorum cevabı veren 8 çocuktan (%40) 7'sinin yanlış ve 1 tanesinin iki detaylı yanlış cevap verdiği; 16. soruda ise 13 çocuktan (%65) 9'unun yanlış, 3'ünün iki detaylı ve 1'inin de ikiden fazla detaylı yanlış cevap verdiği saptanmıştır. Son tuzak soru olan 18.soruda, ilk olarak hatırlamadığını belirten 6 çocuktan (%30) 4'ünün iki detaylı, 2'sinin de ikiden daha fazla detaylı cevap verdiği görülmüştür.

Bununla birlikte, olaya ilişkin bilgi boşluklarının doldurulması yönünde zorlama uygulanan bu gruptaki çocuklara ait cevaplarda diğer gruba oranla detaylandırılmış yanlış cevap sayılarının arttığı görülürken doğru cevap sayılarının da azaldığı saptanmıştır.

Birinci ve ikinci görüşmelerde tuzak sorulara verilen cevaplar içerik olarak karşılaştırıldığında ise, ikinci görüşmelerdeki iki detaylı ve ikiden daha fazla detaylı yanlış cevapların sayısının arttığı ve ilk görüşmede çocuklar tarafından verilen uydurma cevapların ikinci görüşmelerde de detaylandırılmış olarak tekrarlandığı dikkat çekmiştir.

Bu noktada, söz konusu tablodan üç önemli sonuca ulaşılabilmektedir. İlk olarak, herhangi bir etkiye maruz kalmayan kontrol grubundaki çocukların cevaplarıyla karşılaştırıldığı zaman, görüşme sürecinde uygulanan zorlamanın etkisiyle deney grubundaki çocukların tuzak sorularla sorgulanan ve filmde yer almayan detayların varlığını kabul ettikleri görülmüştür. İkinci olarak, olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde zorlamaya maruz kalan çocuklara ait detaylandırılmış yanlış cevapların gerçek olaydan sapma derecelerine bakıldığında çocukların izledikleri olayın gerçekliğinden uzaklaşmış oldukları sonucuna varılmıştır. Son olarak ise, çocukların birinci ve ikinci görüşmede verdikleri cevapların karşılaştırılması yapıldığında ilk görüşmede vermek durumunda kaldıkları uydurma cevapları benimsedikleri ve olay belleklerinde gerçek olaydan bağımsız detaylara sahip yeni bir olay oluşturdukları gözlenmiştir.

Ayrıca, ulaşılan bir diğer sonuç da çocukların yetişkin bir görüşmeci karşısında tuzak sorulara ve cevap verme zorunluluğuna direnç gösterememeleridir. Çocuğun yetişkini memnun etme gayreti sergilemesi de arka planda yer alan bir diğer dinamik olarak görülmektedir.

Araştırmamızın kontrol grubunda yer alan çocuklara “bilmiyorum, hatırlamıyorum” cevabı verme hakları olduğu belirtilmiş olmasına rağmen diğer gruplara oranla az da olsa bu gruptaki çocukların tuzak sorulara cevap verme gerekliliği duyduğu gözlenmiştir. Deney grubunda ise, çocukların bir kısmı, ilk etapta, tuzak sorular aracılığıyla sorulan detaylara ilişkin filmde herhangi bir şey izlemediğini ifade etmiş olsa da görüşmeci tarafından yapılan ısrar neticesinde detayların varlığının kabul edildiği görülmüştür.

İstatistiksel olarak ele alınmamış olsa da görüşmeler süresince sağlanan bu yöndeki gözlemler konuya ilişkin diğer çalışmalara ait^{19,20,21,22,23,24,25} sonuçlarla paralellik göstermektedir.

Dikkat çeken başka bir nokta ise, ilk etapta sorularda belirtilen detayları görmediğini belirten ve ısrar sonrasında detayların varlığını kabul eden deney grubundaki çocukların sorulara detaylandırılmış yanlış cevap vermeleridir. Ayrıca, bu gruptan alınan detaylandırılmış yanlış cevap sayısının kontrol grubundaki çocuklardan alınan detaylandırılmış yanlış sayısına göre daha fazla olduğunun da altı çizilmelidir.

Sonuç olarak, olay belleğindeki bilgi boşluklarının doldurulması yönünde zorlamaya maruz kalmanın çocuk görgü tanıklarının ifadeleri üzerindeki etkilerini saptamak amacıyla yapılan bu çalışmada elde edilen sonuçlar, gerçek yaşamda adli süreçte yürütülen tanık görüşmelerinde nelere dikkat edilmesi gerektiği hususunda önemli veriler sağlamıştır.

V. ÖNERİLER

Çocuğun tanık olduğu olaya dair bütün detayları görmüş olabileceği ön yargısıyla hareket etmek ya da çocuğu zorlayarak daha fazla detayı hatırlayabileceğini sağlama düşüncesiyle yapılan görüşmelerde çocukların olaydan bağımsız cevaplar üreterek ifade verdikleri tespit edilmiştir. Bu şekilde elde edilen ifadelerin ise, adli mekanizmanın işlemesi için verimli olmayacağı, gerçek olayın belirlenebilmesine ve asıl suçlunun tespit edilebilmesine hizmet etmeyeceği aşikardır.

¹⁹ Ceci, S.J., Ross, D.F., Toglia, M.P. (1987). Age differences in suggestibility: narrowing the uncertainties, in *Children's Eyewitness Memory*, eds J. Ceci, M. P. Toglia & D. F. Ross. New York: Springer-Verlag.

²⁰ Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

²¹ Schwarz, S., Roebers, C.M. (2006). Age differences in the effects of social influence on children's eyewitness performance and their metacognitive monitoring. *Journal Of Experimental Child Psychology*, 94, 229-248.

²² Gombos, V., Pezdek, K., Haymond, K. (2012). Forced confabulation affects memory sensitivity as well as response bias. *Memory & Cognition*, 40, 127-134.

²³ Stolzenberg, S., Pezdek, K. (2013). Interviewing child witnesses: The effect of forced confabulation on event memory. *J Exp Child Psychol.*, 114(1), 77-88.

²⁴ Chrobak, Q.M., & Zaragoza, M.S. (2013). When forced fabrications become truth: Causal explanations and false memory development. *Journal of Experimental Psychology: General*, 142(3), 827-844.

²⁵ Rindal, E.J., Chrobak, Q.M., Zaragoza, M.S., Weihing, C.A. (2017). Mechanisms of eyewitness suggestibility: Tests of the explanatory role hypothesis. *Psychonomic Bulletin & Review*, 24(5), 1413-1425.

Herhangi bir baskı uygulanırsa da uygulanmasa da çocuklara yöneltilen tuzak, yönlendirici soruların olay belleğindeki bilgilerin bozulmasına ve çocukların olayın gerçekliğinden uzaklaşmalarına sebebiyet verdiği sonucuna varılmıştır. Benzer şekilde, olayın hemen ardından gelen yetişkin manipülasyonlarının da çocuğun olay belleğinde etkili olduğu ve bellekteki olaya ilişkin detayların yetişkin tarafından verilen yanlış bilgiler çerçevesinde değişiklik gösterdiği de saptanmıştır. Yine, bu etkiler altında çocuktan alınabilecek bilgilerin gerçek olayı yansıtmayacağı, adli sürecin olumsuz yönde etkilenmesine sebebiyet vereceği açıkça görülmektedir.

Son olarak, görüşme yapılan çocukların bir kısmına görüşmelere başlamadan önce sorulan sorulara bilmiyorum ve hatırlamıyorum cevaplarını verebilecekleri ön bilgisi verilmiştir. Bu ön bilginin verildiği çocukların cevaplarına bakıldığında ise, detaylandırılmış yanlış cevap sayılarının diğer çocuklara oranla daha az olduğu, doğru cevap sayılarının da daha fazla olduğu görülmüştür. Bu noktada, gerçek yaşamda çocuk görgü tanıklarıyla yürütülen görüşmelerde bu ayrıntıya dikkat edilmesi önemli görülmektedir. Çocuklara görüşmenin hazırlık sürecinde “bilmiyorum, hatırlamıyorum” cevaplarını verebilme haklarının olduğunun belirtilmesiyle gerçek olayı yansıtan bilgilerin edinme oranının da artırılacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ackil, J.K., Zaragoza, M.S. (1998). Memorial consequences of forced confabulation: Age differences in susceptibility to false memories. *Developmental Psychology*, 34(6), 1358-1372.
- Alpar, G., Er, N. ve Uçar Boyraz, F. (2007). Görgü tanıklığında bellek hataları: olay sonrası bilginin ve tuzak soruların hatırlama ve kaynak izleme üzerindeki etkisi. *Türk Psikoloji Dergisi*, 10(20), 1-17.
- Binet, A. (1900). *La Suggestibilité*. Paris: Schleicher.
- Bruck, M., Ceci, S.J., Hembrooke, H. (1998). Reliability and credibility of young children's reports: From research to policy and practice. *American Psychologist*, 53, 136-151.
- Ceci, S.J., Ross, D.F., Toglia, M.P. (1987). Age differences in suggestibility: narrowing the uncertainties, in *Children's Eyewitness Memory*, eds J. Ceci, M. P. Toglia & D. F. Ross. New York: Springer-Verlag.
- Ceci, S.J., Bruck, M. (1993). The suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis. *Psychological Bulletin*, 113, 403-439.

- Chrobak, Q.M., & Zaragoza, M.S. (2013). When forced fabrications become truth: Causal explanations and false memory development. *Journal of Experimental Psychology: General*, 142(3), 827–844.
- Gombos, V., Pezdek, K., Haymond, K. (2012). Forced confabulation affects memory sensitivity as well as response bias. *Memory & Cognition*, 40, 127-134.
- Goodman, G.S. (2006). Children’s eyewitness memory: A modern history and contemporary commentary. *Journal of Social Issues*, 62(4), 811-832.
- Koriat, A., Goldsmith, M., Pansky, A. (2000). Toward a psychology of memory accuracy. *Annual Review of Psychology*, 51, 481-537.
- Memon A, Zaragoza M, Clifford BR, Kidd L. (2010). Inoculation or antidote? The effects of cognitive interview timing on false memory for forcibly fabricated events. *Law Hum Behav*. 2010;(2):105–17. pmid:19301110
- Pezdek, K., Lam, S.T., Sperry, K. (2009). Forced confabulation more strongly influences event memory if suggestions are other-generated than self-generated. *Legal and Criminological Psychology*, 14, 241-252.
- Rindal, E.J., Chrobak, Q.M., Zaragoza, M.S., Weihing, C.A. (2017). Mechanisms of eyewitness suggestibility: Tests of the explanatory role hypothesis. *Psychonomic Bulletin & Review*, 24(5), 1413-1425.
- Schwarz, S., Roebbers, C.M. (2006). Age differences in the effects of social influence on children’s eyewitness performance and their metacognitive monitoring. *Journal Of Experimental Child Psychology*, 94, 229-248.
- Stille, L., Norin, E., Sikstrom, S. (2017). Self-delivered misinformation-Merging the choice blindness and misinformation effect paradigms. *PLoS ONE* 12(3): e0173606.
- Stolzenberg, S., Pezdek, K. (2013). Interviewing child witnesses: The effect of forced confabulation on event memory. *J Exp Child Psychol.*, 114(1), 77-88.
- Yates, A. (1987). “Should young children testify in cases of sexual abuse?” *American Journal of Psychiatry*, 144, 476-480.
- Zaragoza, M.S., Payment, K.E., Ackil, J.K., Drivdahl, S.B., Beck, M. (2001). Interviewing witnesses: Forced confabulation and confirmatory feedback increase false memories. *Psychological Science*, 12(6), 473-477.

ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULARDA BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ KOŞULUNUN VERGİ UYUŞMAZLIKLARIYLA İLGİLİ İDARİ BAŞVURULAR EKSENİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Evaluation of the Condition to Deplete the Ways of Application in the
Individual Applications to the Constitutional Court Within the Scope of
Administrative Applications in Tax Disputes*

Dr. Osman SARIASLAN¹

Geliş Tarihi: 07.12.2017

Kabul Tarihi: 09.02.2018

ÖZET

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları, esas incelenmesine geçmeden önce iki aşamalı bir usul incelemesine tabi tutmaktadır. Usule ilişkin incelemenin ilk safhasını başvurunun şekline ilişkin hususlar oluşturmakta iken; ikinci safhasını kabul edilebilirlik incelemesi oluşturmaktadır. Kabul edilebilirlik incelemesinin kriterlerinden biri de başvuru yollarının tüketilmesidir. Başvuru yollarının tüketilmesinin kural alanı, bireysel başvurunun üzerine inşa edildiği hukuki süreçlerin toplamından oluşmaktadır. Bu süreçler hem adli hem de idari başvurulardır. Vergilendirme işlemlerinden kaynaklı hak ihlallerinin giderilmesinde de adli ve idari başvurular bulunmaktadır. Ayrıca vergi uyuşmazlıkları ile ilgili idari başvurularda, hangi başvurunun zorunlu bir yol olarak tüketilmesi gerektiği, daha sonra gidilecek yargı yolu ve yapılacak bireysel başvurunun usulden reddedilmemesi için önem arz etmektedir. Dolayısıyla idari başvuru sürecinin doğru ve usulüne göre tüketilmesi, hem yargılama aşamasında hem de bireysel başvuruda yapılacak esas incelemesi için bir gerekliliktir. Çalışma, bu gerekliliğin özelik arz eden hususlarını ortaya koymak ve vergi uyuşmazlıklarında hak arama süreçlerinin daha başlangıcından itibaren doğru bir zemin ve istikamette yürütülmesine katkı sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır. Temel savı doğru bir başlangıç yapılmadan doğru sonuç elde edilemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararları ise çalışmanın referans noktalarıdır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Vergi Uyuşmazlıkları, İdari Başvurular, Anayasa Mahkemesi Kararları

ABSTRACT

The Constitutional Court subjects the individual applications to a two phased procedural examination before the substantial examination. Whereas the first phase of the procedural examination is composed of the issues upon the ways of application, the examination of acceptability forms the second phase. One criteria of the examination of acceptability is that all the ways of application are depleted. The rule base of the depletion of application ways comprises the whole sum of judicial processes depending on individual application. These processes are both judiciary and administrative applications. Judiciary and administrative applications are also applied in the compensation of violations of rights derived from taxation procedures. Furthermore, concerning the administrative applications for tax disputes, the determination of which type of application to be necessarily depleted stands to be crucial in deciding on the next judicial remedy and not allowing the individual application to be declined. Therefore, the fact that the process of administrative application is depleted in the proper and right procedure is a requirement for the substantial examination for both the phase of judgment and individual application. The study is set for the goal to put forward the important issues of this requirement and contribute to operating the processes of legal remedies on a right basis and direction from the very beginning. The main argument of the study is that it is not possible to attain an accurate result without an accurate beginning.

Keywords: Individual Application, Criteria of Acceptability, Depletion of the Ways of Application, Tax Disputes, Administrative Applications, Constitutional Court Resolutions

¹ Zonguldak Vergi Mahkemesi Başkanı (Anayasa Mahkemesi Eski Raportörü), sariaslanosman@yahoo.com

GİRİŞ

Bireysel başvuru hukuk sistemimize girmeden önce “hak” arama süreci idari ve yargısal olmak üzere iki aşamaya sınırlıydı ve yargısal anlamda verilen en son kararlar bu süreç sonlanmaktaydı. Ancak 23.9.2012 tarihinden itibaren idari ve yargısal yollara başvurdukları halde hâlen haklarının ihlal edildiğini düşünenler Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru yapabilmeye imkânına kavuştular. Böylece anılan tarihten itibaren yargısal sürecin sonuna eklenen maddi vakıa denetiminden bağımsız hak temelli bir değerlendirmenin hukuk sistemimize dâhil edildiği yeni bir dönem başlamıştır.

Bu yeni dönemde milat 2010 yılı Anayasa değişikliğidir. Anayasa'nın 148. maddesine 2010 yılında 5982 sayılı Kanunun 18. maddesiyle yapılan ek düzenlemeyle AYM, klasik görevlerinin yanı sıra Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemekle de görevlendirilmiştir. Lakin AYM'nin bireysel başvuruyu inceleyebilmesi, *olağan kanun yollarının tüketilmiş olması* şartına bağlanmıştır.

Olağan kanun yollarının tüketilmesi gereği, başvurunun esasının incelenebilmesi için en temel koşuldur. Zira bireysel başvuru özü itibarıyla bir hak ihlali iddiasının, daha önce devletin adli ve idari mercileri önünde ileri sürülmesine rağmen sonuç alınamamasından yakınma halidir. Dolayısıyla bireysel başvuru süreci bir hak ihlali iddiasının olağan kanun yollarında ileri sürülmesine rağmen giderilmemesi üzerine inşa edilmiştir. Bu durum 'bireysel başvurunun ikincilliği' diye ifade edilmektedir. Buna göre kişiler bireysel başvuruya konu haklarının ihlal edildiği iddialarını ilk önce devletin adli ve idari mercileri önünde dile getirip bu süreçlerin tamamını tüketmeleri gerekmektedir. Anılan süreçlerin sonunda hak ihlali hâlâ giderilmemiş ise bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Zira Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesini sağlama, onları uygulama ve yerine getirme görevi öncelikle AYM'ye değil adli ve idari organlara aittir.²

Öte yandan vergi uyuşmazlıkları, mahiyeti gereği devletin egemenlik hakkı ile kişilerin mülkiyet hakkı arasında yaşanan ihtilaflardan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bir vergi uyuşmazlığının temelinde, çoğu kez, mülkiyet hakkının ihlali iddiası vardır.³ Dolayısıyla kişiler, vergi uyuşmazlıklarının çoğunda, vergi

² Hakan Sabri Çelikyay, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının ‘Başvuru Yollarının Tüketilmemesi’ Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIII, 2015, S.1, s. 23

³ Tabiidir ki bu, diğer hak ihlallerinin vergi uyuşmazlıklarında yaşanmadığı veya bunlara ilişkin iddiaların olmadığı anlamına gelmez. Özellikle adil yargılanma hakkının ihlali iddiası tüm uyuşmazlık türlerinde olduğu gibi vergi uyuşmazlıklarında da oldukça fazla ileri

kanunlarında ortaya konulan ölçütler ve usullerin dışında vergilendirildiklerini iddia etmektedirler.

Bununla beraber hukukumuzda, çoğu vergi uyuşmazlığı yargısal yollara başvurmaksızın idari başvurularla da çözüme kavuşturulabilmektedir. İdari aşamada çözüm sağlanamamış veya ihlal giderilmemiş ise bu kez yargısal yolların tüketilmesi gerekmektedir. Bireysel başvuru ise yargı sürecinin de netice vermemesi ya da vermediği iddiası üzerine gidilebilecek bir yoldur.

Bu durum çerçevesinde; vergi uyuşmazlıklarının bireysel başvuru yoluna taşınmadan, uyuşmazlığın niteliğine göre, hangi adli ve idari süreçlere konu edilmesi gerektiğinin ortaya konulması önem kazanmaktadır. Bireysel başvurunun kendisinin de bir hak olduğu düşünüldüğünde; kişiler bu haklarından kendi eksik ve hatlarından ötürü mahrum kalmamak adına anayasal ve yasal düzeyde belirlenen koşul ve usulleri yerine getirmek durumundadırlar. Aksi takdirde başvurular, esasa girilmeksizin, kabul edilemez bulunarak incelenmemektedir. Öte yandan AYM'nin usule ilişkin konularda verdiği kabul edilemezlik kararları bireysel başvurunun detaylarına ilişkin bir usul haritası sunmaktadır. Bu nedenle çalışmanın konusu ve temel gayesi, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklı bir hak ihlali iddiasının, ihlalin olduğu andan itibaren, ihlalin muhatabı tarafından vergi uyuşmazlıklarına özgü idari süreçlerin hangilerinde ve ne şekilde ileri sürülmesi gerektiğini ortaya koymaktır. Bu kapsamda çalışmanın birinci bölümünde kısaca kabul edilebilirlik kriterlerinden söz edilecek; ikinci bölümünde kabul edilebilirlik kriterlerinden başvuru yollarının tüketilmesi üzerinde durulacak. Üçüncü bölümünde vergi uyuşmazlıklarının çözümünde başvuru idari ve genel olarak da yargısal süreçlere değinilecek. Dördüncü ve son bölümde ise AYM'nin vergi uyuşmazlıklarının çözümünde tüketilmesi gereken başvuru yollarına bakış açısı bazı karar örnekleri üzerinden değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. KABUL EDİLEBİLRLİK KRİTERLERİ

Bireysel başvurunun Türk Hukuk Düzenine dâhil edilmesini öngören 2010 yılı Anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işleyişine ilişkin 2949 sayılı Kanun ilga edilmiş, yerine 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla yeni duruma uygun yasal düzenleme yapılmıştır. Buna göre bireysel başvurunun, başvuru koşullarıyla inceleme usulleri 6216 sayılı Kanunun 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde ortaya konulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde⁴ de bireysel başvuru

sürülebilmektedir. Ancak bu ihlal iddiaları dahi mülkiyet hakkı gibi çekirdek bir hakkın korunmasına yöneliktir.

⁴ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün Üçüncü Kısım Dördüncü Bölümünde, diğer bir ifadeyle 59 ve 84. maddelerinde arasında bireysel başvuruya ilişkin süreçler detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

süreci oldukça detaylı bir şekilde anlatılmıştır. Anılan bu düzenlemelerin ilham kaynağı çoğunlukla (AİHS) ve bunun içtihadı anlamda pratiğini ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları olmuştur. Dolayısıyla AYM, anılan mevzuat gereğince önüne gelen bir bireysel başvuru dilekçesini, tıpkı AİHM gibi, öncelikle başvuru şartları/koşulları yönünden incelemektedir. Esas incelemesinden önce yapılan bu 'ön inceleme' esasında iki safhadan oluşmaktadır. Bunlardan ilki AYM'de oluşturulan bireysel başvuru bürosu tarafından başvurunun şekline (ve tespit edildiği haliyle süresine) ilişkin hususlarda yapılan incelemedir.⁵ Bu inceleme, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde "ön inceleme" diye adlandırılmıştır. Ancak mahiyeti itibariyle bir eksiklik incelemesidir. Zira inceleme; başvuru formu ve eklerinin, İçtüzüğü'nün 59. maddesinde belirlenen şartları taşıyıp taşımadığı ve aynı İçtüzüğü'nün 60. maddesinde belirlenen ilkelere uygunluğu ekseninde yapılmaktadır. İncelemenin sonunda şayet İçtüzüğü'nün 59 ve 60. maddelerine aykırılık tespit edilirse başvuru veya kanuni temsilcisine onbeş gün geçmemek kaydıyla bir süre verilerek eksikliğin (veya eksikliklerin) giderilmesi istenmektedir; şayet verilen sürede eksiklik giderilmez ise "idari ret" kararı verilerek başvuru süreci daha başlamadan sonlandırılmaktadır. Söz konusu idari ret kararı, AYM Komisyonlar Başraportörü tarafından verilmektedir; yargı kararı değildir. Bu karara karşı yedi gün içinde Komisyon'a itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar bir yargısal karardır ve kesindir. Dolayısıyla herhangi bir hak kaybının yaşanmaması için bireysel başvuru formlarının ve eklerinin, mevzuata uygun bir şekilde, eksik ve hatasız hazırlanması fevkalade önemlidir.

Bireysel başvuruların usul aşamasına ilişkin ikinci safha "kabul edilebilirlik" incelemesidir. Bu inceleme salt bir usul incelemesi olmadığı gibi esas incelemesi de değildir. Bir yönüyle usule bir yönüyle de esasa dokunmaktadır. Bireysel başvurunun niteliği gereği eksiklik incelemesinden geçmiş başvuruların, hem kabul edilebilirlik hem de esas incelemesine tabi tutulması gerekir. Zira bireysel başvuru incelemesi kabul edilebilirlik ve esas incelemesini kapsayan tek bir zemin üzerine inşa edilmiştir. Ancak hem AİHM hem de AİHM uygulamasını örnekleyen AYM, bireysel başvuru formunda 'açık kabul edilemezlik' tespit ettiği takdirde, esasa ilişkin diğer hususları incelemeksizin kabul edilemezlik kararı vermektedir.⁶ Bununla birlikte kabul edilebilirlik kriterlerinin bireysel başvurunun her aşamasında gözetildiğini de vurgulamak gerekir. Yani kabul

⁵ Hüseyin Turan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Başvuruların İncelenme Usulü", Ed. Hüseyin Turan-Recep Kaplan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 16

⁶ AİHM tarafından yapılan kabul edilebilirlik incelemeleri için bkz. David Harris ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi)**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi (Türkçe birinci baskı), Şen Matbaa, Ankara, 2013, ss. 785-837

edilebilirlik incelemesi yalnızca AYM’de Komisyon aşamasına hasredilmiş bir “ön ve/veya ilk inceleme” değildir. Ancak AYM Komisyonlarının odaklandığı nokta kabul edilebilirlik incelemesidir. Böylece başvuruların ayıklanması hedeflenmektedir. Tıpkı AİHM’de olduğu gibi aşırı işyükünün önlenmesi, nitelsiz ve bazı nedenlerden ötürü incelemeye gerek olmayan başvuruların biran evvel sonlandırılarak, asıl mesainin nitelikli başvurular üzerine harcanması maksadıyla, esas incelemesinden ayrı ön bir incelemenin pratik faydasına binaen geliştirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa başta olmak üzere ilgili mevzuata ve AYM’nin verdiği ilke kararlarına göre kabul edilebilir bulunmayan başvurular Komisyon aşamasında iki üyenin kararı ile kabul edilemez bulunarak başvuru kesin olarak sonlandırılmaktadır. Buna mukabil Komisyon aşamasında yapılan incelemede ortada herhangi bir kabul edilemezlik nedeni yok ve iddialar açıkça dayanaktan yoksun değilse, esasın incelenmesi için başvuru Bölüm’e sevk edilmekte ve burada başvuru daha kapsamlı bir incelemeye tabi tutulmaktadır.

Kabul edilebilirlik incelemesi, kabul edilebilirlik kriterleri üzerinden yapılmaktadır. Bu kriterler, başta Anayasa olmak üzere 6216 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde belirtilen hususlar ile AYM tarafından verilen ilke kararları ekseninde şekillenmiştir.⁷ Literatürde kabul edilebilirlik kriterleri, genelde, usule ilişkin olanlar ile esasa ilişkin olanlar olmak üzere iki ana başlıkta ifade edilmektedir.⁸

A. Usule İlişkin Kabul Edilebilirlik Kriterleri

Usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerini başvurucuya ilişkin olanlar ve AYM’ye ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Öyle ki bir bireysel başvurunun aktif süjesi olan başvurucunun hukuken tüm süreç ve koşulları yerine getirdikten sonra başvuru yapması beklenirken; bu başvuruyu inceleyen mercinin yani AYM’nin de konu (mevzuat) ve zaman bakımından yetkili olması gerekir.

1. Başvurucuya İlişkin Kabul Edilebilirlik Kriterleri.

Mevcut mevzuat ve içtihatlarla göre bireysel başvuruda başvurucuyla doğrudan alakalı olan kabul edilebilirlik kriterlerini en genel hatlarıyla şu şekilde ifade etmek mümkündür. Başvurunun;

⁷ AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları da dikkate alınmaktadır.

⁸ Serdar Güleler, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak ‘Keyfilik’ Kriteri”, **Bireysel Başvuru İncelemeleri-1**, Editörler: Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan; Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 55. Bu çalışmada Güleler, AİHS’i, baz alarak kabul edilebilirlik kriterlerini üçlü bir ayrımla betimlemiştir. Buna göre usule ilişkin olanlar, Mahkemenin yetkisine ilişkin olanlar ve esasa ilişkin olanlar. Oysa Mahkemenin yetkisine ilişkin hususlar da esasında usule ilişkindir.

- Süresinde yapıp yapılmadığı,⁹
- Başvuru yollarının usulüne uygun bir şekilde tüketilip tüketilmediği,¹⁰
- Mükerrer olup olmadığı,¹¹
- Bireysel başvurunun gereksiz ve hakkın kötüye kullanılarak yapıp yapılmadığı¹²
- Başvuruyu yapan kişinin mağdur sıfatının bulunup bulunmadığı¹³ yönlerinden incelenmektedir.

Görüldüğü üzere bireysel başvurunun usulüne ilişkin ilk aşamada yer alan kriterlerin özünde bireysel başvurunun taşınması gereken asgari koşullar ile geçmesi (ya da tüketmesi) gereken aşamaların varlığı yatmaktadır. Zira bireysel başvurunun süresinde yapıp yapılmadığı¹⁴, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, kişinin ihlal iddiasında bulunduğu hak ile arasında hukuki bir bağ gerçekten de bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla mağdur statüsü taşıyıp taşımadığına ilişkin hususlar¹⁵ başvurunun başvuruca bakan yönüne ilişkin kabul edilebilirlik kriterleridir.

Bu kriterler içinde bireysel başvurunun ikincillik niteliğine vurgu yapan ve sistemin temelini oluşturan “başvuru yollarının tüketilmesi” koşulu oldukça önemlidir. Öyle ki bu koşul, usule ilişkin diğer koşulların varlığı halinde aranan ve deyim yerindeyse usulden esasa giden inceleme sürecinde usule dair son istasyondur. Aşağıda ayrıca incelenecektir.

2. Mahkemenin Yetkisine İlişkin Kabul Edilebilirlik Kriterleri

Bireysel başvuru sürecinin usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinin ikinci boyutunu AYM'nin yetkileri belirlemektedir. Bunlardan ilki Mahkemenin zaman bakımından yetkili olmasıdır. Esasında bireysel başvuru ülkemiz açısından yeni bir hukuki süreç değildir. Türkiye 1987 yılında AİHM'e yapılacak bireysel başvuru hakkını tanımış; 1990 yılında da AİHM'in yargısal yetkisini kabul etmiştir. Buna göre 1987'den beri Türk vatandaşları veya Türkiye'nin siyasi

⁹ Süre koşuluyla ilgili bkz. Recep Kaplan, Hasan Saraç, Yılmaz Çınar; “Bireysel Başvuru Süresi (30 Gün Kuralı)”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, Editörler: Recep Kaplan, Muharrem İlhan Koç; Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss. 33-49

¹⁰ Bu konuya çalışmanın ilerleyen kısmında daha detaylı değinilecektir.

¹¹ Konu hakkında bkz. Muharrem İlhan Koç, “Mükerrer Bireysel Başvuru”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, a.g.e. ss. 27-29

¹² Açıklamalar için bkz. Muharrem İlhan Koç, “Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, a.g.e. ss. 27-29

¹³ Detaylı açıklamalar için bkz. Melek Karali Saunders, “Bireysel Başvuruda Kişi Bakımından Yetki Kuralı”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, a.g.e. ss. 123-172

¹⁴ Örnek karar için bkz. AYM, *Ali Kederli*, B.No.: 2014/16355, 30/12/2014.

¹⁵ Örnek karar için bkz. AYM, *Mahmut Tanal ve Diğerleri* [GK], B.No.: 2014/18803, 10/12/2014.

ve hukuksal egemenlik alanında yaşanan fiili ve/veya hukuksal durumlarla alakalı hak ihlali yapıldığını iddia eden yabancı ülke vatandaşları (bazı istisnalar hariç) ülkemizdeki iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'e bireysel başvuru yapma imkânına sahiptiler. Bununla birlikte 2010 referandumuyla birlikte kabul edilen Anayasa değişikliği ile AYM de 23.9.2012 tarihinden itibaren bireysel başvuruları kabul etmeye ve incelemeye başlamış; böylece anılan tarihten itibaren AYM klasik fonksiyonun yanı sıra bireysel başvuruları da inceleyen bir hüviyet kazanmıştır.¹⁶

Diğer yandan AYM'nin bireysel başvuruları kabul etme ve inceleme yetkisi yeni bir durum olmakla birlikte Anayasanın belirlediği alanlarla sınırlıdır. Zira Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*" hükmü uyarınca 'kesişen haklar' veya Anayasa ile AİHS'in 'ortak koruma alanında olan haklar' bazında yapılan bireysel başvurular AYM'nin görevine girmektedir. Dolayısıyla AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin fonksiyonu, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış olmaktadır.

Bu durum mahkemenin önüne gelen başvuruları incelerken *zaman ve konu* yönlerinden yetkili olup olmadığı hususunda, kabul edilebilirlik incelemesi yapmasını ve bu konuda bir karar vermesini gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda yukarıda da ifade edildiği üzere 6216 sayılı Kanunun 76/a maddesi gereğince bireysel başvurunun kapsamı, yalnızca belirli bir zaman diliminden sonraki (23.09.2012 sonrası kesinleşen) hukuki süreçlere ilişkin olmak kaydıyla AİHS ile Anayasa'da düzenlenmiş *ortak koruma alanında* kalan haklarla sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla AYM, zaman ve konu bakımından yetkili olmadığı başvurular için kabul edilemezlik kararı vermektedir.¹⁷

Ayrıca zaman ve konu bakımından yetki koşulunun yanı sıra AYM içtihadında fazlaca yer almasa da diğer bir ifadeyle çok karşılaşılan bir durum olmasa da AYM'nin başvuru konuyla ilgili *yer yönünden yetkili* olması da bir kabul edilebilirlik kriteridir. Bu kriter AİHM tarafından sıklıkla başvurulmaktadır. En genel haliyle AİHS'e taraf olmayan bir ülkeye karşı yapılan bireysel başvurular

¹⁶ Bu durum AYM'nin, AİHM'den önce tüketilmesi gereken en son başvuru merci olması anlamına gelmektedir.

¹⁷ Dolayısıyla 23.9.2012'den önce kesinleşmiş hukuki süreçler AYM'nin zaman bakımından yetkisi dışında kalmaktadır. Benzer şekilde çalışma hakkı, Anayasanın 49. maddesinde düzenlenmiş anayasal bir hak olmasına karşın, AİHS kapsamında olmadığından "ortak koruma alanında" yer almadığı için bu hakka ilişkin ihlal iddiaları konu bakımından yeksizlik gerekçesiyle AYM tarafından kabul edilemez bulunmaktadır. Örnek karar için bkz. AYM, *Oğuz Oyan* [GK], B.No.: 2015/8818, 14/7/2015

AİHM tarafından yer yönünden yetkisiz bulunarak kabul edilemezlikle sonuçlandırılmaktadır.¹⁸ Konuya AYM özelinde bakıldığında ise, AYM'nin denetiminde olan hak ihlallerinin yer yönünden sınırı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hükümler alanıdır. Bu alan siyasi sınırların yanı sıra egemen bir devlet olarak Türkiye'nin hukuki sınırlarını kapsamaktadır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasi ve hukuki sınırları dışında kalan ülke makamlarının her hangi bir kamu gücü kullanmadığı durumlara ilişkin bireysel başvuru şikâyetleri AYM'nin yer yönünden yetkisi dışında kalmaktadır.¹⁹

B. Esasa İlişkin Kabul Edilebilirlik Kriterleri

Usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinde sorun görülmemiş bireysel başvurularda, daha ilk aşamada yani kapsamlı bir incelemeye gerek duyulmaksızın yapılan incelemede, ihlal iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olarak değerlendirilebilir. Ya da ihlalin ortaya çıkardığı sonucun Anayasal bir önemi bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda da yine kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Şüphesiz bu kabul edilemezlik kararı yukarıda ifade edilen usule ilişkin verilen kabul edilemezlik kararlarından mahiyet olarak farklıdır. Zira usule ilişkin bir kabul edilemezlik nedeni bulunmayan durumlarda ve işin esasına dayalı olarak verilmektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru şikâyeti şayet;

- Açık ve görünür bir ihlale ilişkin değilse²⁰,
- Karmaşık ve zorlama ise²¹
- Kanun yolu şikâyeti niteliğindeyse²² ve
- Temellendirilememiş (önceki kararlarda “kanıtlanamamış” ifadesi kullanılırdı) ise²³

“açıkça dayanaktan yoksun” olduğu değerlendirilerek kabul edilemezlik kararı ile sonuçlandırılmaktadır.

Bunların yanında bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiası, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmeye gerek bulunmayacak derecede önemsiz ise, bu kez de yine ihlalin varlığı ya da yokluğu incelenmeksizin kabul edilemezlik kararı verilmektedir.²⁴

¹⁸ Harris ve diğerleri, a.g.e., ss-828-829

¹⁹ Konu hakkında açıklamalar için bkz. Muharrem İlhan Koç, “Bireysel Başvuruda Yer Yönünden Yetki Kuralı”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, a.g.e. ss. 87-90

²⁰ Bu kapsamda örnek karar için bkz. AYM, *Sait Şahin*, B.No.: 2013/4338, 4/11/2015.

²¹ Örnek karar için bkz. AYM, *Ahmet Doğan*, B.No.: 2014/11359, 16/9/2015.

²² Örnek karar için bkz. AYM, *Ali Osman Köksal*, B. No.: 2014/1073, 17/11/2014.

²³ Örnek karar için bkz. AYM, *İrfan Sarı*, B. No.: 2014/1397, 30/6/2014.

²⁴ Anayasal ve kişisel önemden yoksunluk gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararı için bkz. AYM, *K.V.[GK]*, B. No.: 2014/2293, 1/12/2016.

II. BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ

A. Genel Olarak

Bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvuruya konu edilen hak ihlali iddiasının, AYM'ye taşınmadan önce yetkili ve görevli mercilerin önünde ileri sürülmesi gerekmektedir. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi, yasaların uygulanması ve Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanması öncelikle yasama organı, idare ve olağan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesi için öncelikle ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal yollar tüketilmelidir.²⁵ Dolayısıyla diğer idari ve/veya yargı mercilerine söz konusu hak ihlali iddialarını değerlendirme ve gerektiğinde ihlalin sonuçlarını giderme imkânı tanınmaksızın doğrudan yapılan bireysel başvurular, AYM tarafından başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunarak reddedilmektedir.

Tüketilmesi gereken başvuru yolları, esasında bireysel başvuru sürecinin üzerine inşa edildiği hukuki zemini oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla bireysel başvuru hak arma sürecinin en son halkası olarak tanzim edildiğinden ilk önce hak arama zincirinin gerekli tüm halkalarının *usulüne göre*²⁶ takip edilerek tüketilmesi gerekmektedir. Zira bireysel başvuru anılan süreçlerin oluşturduğu hukuki yapının üzerine konumlandırılmıştır.

Bununla beraber vurgulamak gerekir ki, başvuru yollarının sadece biçimsel olarak tüketilmesi kâfi değildir. İçerik olarak da ihlalin dile getirilip giderilmesi için çaba sarf edilmesi gerekmektedir.²⁷ Diğer bir anlatımla kişilerin biçimsel olarak tükettikleri başvuru yollarının her bir aşamasında aynı zamanda yakındıkları işlem, eylem ya da ihmalin AİHS ve Anayasa'nın ortak koruma alanında kalan haklarından birini ihlal ettiğini ileri sürmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla başvuru yollarının hem biçimsel hem de içerik olarak tüketilmesi gereği, bir yönüyle bireysel başvurunun olağanüstü bir hak arama yolu olduğu ilkesine vurgu yaparken bir yönüyle de AYM ile diğer mahkemeler arasında yetki ve görev dağılımının belirginleşmesine katkı sağlamaktadır.²⁸

²⁵ Mehmet Ekinci, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak 'Başvuru Yollarının Tüketilmemesi'", **Teorik Açından ve Temel düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir, Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama**, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, Ankara, 2013, s. 140.

²⁶ Örnek karar için bkz. AYM, *Ayşe Sena Sezgin Arslan*, 2014/13367, 15/4/2015.

²⁷ Örnek karar için bkz. AYM, *Güley Uğur ve Diğerleri*, B. No.: 2013/9083, 7/7/2015.

²⁸ Çelikyay, a.g.e., s. 24.

B. Tüketilmesi Gereken Başvuru Yolları

Kişiler bireysel başvuru yapmadan önce idari ve yargısal başvuru yollarından *mevcut, etkili ve erişilebilir* olanları tüketmekle yükümlüdürler. Dolayısıyla mevcut olsa dahi etkili ve erişilebilir olmayan başvuru yollarının tüketilmesine gerek yoktur. Diğer bir anlatımla eğer bir başvuru yolu gerçekte yoksa ya da etkili değilse kişilerin bireysel başvuru yapmadan önce bu yolu (veya yolları) tüketme zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁹

Bu kapsamda çalışmanın bu kısmında bireysel başvurudan önce var olan hukuk yollarının hangi nitelikleri ile AYM tarafından tüketilmesi gereken başvuru yolu olarak kabul edildiğine ve istisnalarına değinilecektir. Böylelikle çalışmanın konusunu oluşturan vergi uyuşmazlıklarından kaynaklı hak ihlallerinin giderilmesine ilişkin idari başvuru yollarının bireysel başvuru sürecindeki yerinin belirlenmesine bir zemin hazırlanmış olacaktır.

1. Başvuru Yolunun Mevcut, Etkili ve Ulaşılabilir Olması

Büyük ölçüde AİHM içtihatlarına göre şekillenen AYM'nin içtihat alanında da *mevcut, etkili ve erişilebilir* olan hukuk yolları tüketilmesi gereken başvuru yolu olarak kabul edilmektedir. Buna göre bir hak ihlalinin giderilmesi yolunun mevcut olması, hak ihlalinin ortaya çıktığı anda var ve ulaşılabilir olmasını ifade etmektedir.³⁰ Ancak son dönem AİHM ve AYM uygulamalarında, hakkın ihlal edildiği zaman diliminde mevcut olmasa da konuya ilişkin çözüm üretmek amacıyla oluşturulan idari ve/veya yargısal süreçler, tüketilmesi gereken başvuru yolları olarak değerlendirilmekte ve bireysel başvurular, başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmaktadır.³¹ Bu uygulama, AYM'den önce devletin diğer organlarına ihlali ortadan kaldırmak için fırsat veren, devletin tüm organ ve mercileri tarafından insan haklarına saygılı olması hedefine matuf ve bu hedef için proaktif işlem ve eylemlerden sakınılmasını gerekli gören bir yaklaşımın sonucudur. Bireysel başvurudan hedeflenen kamu yararına da uygundur.

Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarına karşı bir başvuru yolunun "mevcut" olması tek başına kuralın mutlak surette uygulanması sonucunu doğurmamaktadır. Mevcut yolun ulaşılabilir ve etkili olması da gereklidir. Başka deyişle bireysel başvuruda bulunmak isteyen kişiler, erişilebilir

²⁹ Ekinci, a.g.e., s. 143

³⁰ Ekinci, a.g.e.,s. 144

³¹ 6384 sayılı Kanunla Adalet Bakanlığının bünyesinde uzun yargılama şikâyetlerini inceleyip ihlalin tespiti halinde tazminat verilmesine ilişkin oluşturulan İnsan Hakları Tazminat Komisyonu AİHM tarafından tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiş ve daha önceden yapılan başvurular dahil kendisine yapılan başvuruları, başvuru (iç hukuk) yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Bu kapsamda verilmiş karar için bkz. AİHM, *Ayşe Durusoy ve 1283 diğer başvuru*, B. No.: 34600/2004, 21/5/2013.

ve şikâyetlerine bir giderim sağlayabilecek ve de makul ölçüde başarı şansı sunan hukuk yollarını tüketmek durumundadırlar.³²

Başvuru yolunun etkili olması ise, söz konusu hak arama yolunun yakınılan hak ihlalini önleme ya da mevcut bir ihlal varsa onu ortadan kaldırma veya uğranılan zararın tazmini ile ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma noktasında çözüm üretme kapasitesini ifade etmektedir.

Diğer yandan söz konusu başvuru yolunun ilgisince erişilebilir nitelikte olması da gereklidir. Erişilebilirlik ilgili dönemde o yolun ilk önce var olmasını gerekli kılar. İkinci olarak da başvurucunun o yola ulaşabilmesini başvuru yönünden engelleyen bir durumun yokluğunu gerektirir. Dolayısıyla şayet kişi yakındığı bir hak ihlalden ötürü kanunda düzenlenen başvuru mercine erişemiyor ya da söz konusu başvuru yolunun kendisi için “engellenmiş” olduğunu ileri sürüyor ise bu halde de söz konusu yolun ilgili kişi açısından tüketilmesi gerekli değildir. Ancak bu durumların varlığına ya da yokluğuna ve tabii ki geçerliliğine AYM karar vermektedir. Bu durum, uygulamada *başvuru yollarının tüketilmesi kuralının esnekliği* olarak ifade edilmektedir.³³ Bu kapsamda kişinin kendi başvuru sürecini bizzat kendi kabulleriyle inşa etmesi AYM nezdinde iddiadan öte bir anlam ifade etmemektedir. AYM, başvuru sürecinin özellik arz eden durumlarını dikkate alarak başvuru yollarının tüketildiğine ya da tüketilmediğine kendisi karar vermektedir.³⁴

2. Tüketilmesi Gereken Başvuru Yollarının “Olağan” Olması

AYM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasanın 148. maddesine 2010 yılına eklenen 3. fıkrasının ikinci cümlesinde, *“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”* hükmüyle bireysel başvuru yoluna başvurulması için olağan kanun yollarının tüketilmesinin şart olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde yer alan *“olağan kanun yolları”* ifadesi burada önem arz etmektedir. Zira bu kavram haliyle *“tüm kanun yolları”* ifadesinden farklı ve daha dar kapsamlıdır. Dolayısıyla bireysel başvuruda bulunabilmek için ilgililerin Kanunda yer alan ve sadece olağan kanun yolu kabul edilen hukuki süreçleri usulüne göre tüketmeleri gerekmektedir. Yoksa olağanüstü kanun yollarının tüketilmesine gerek bulunmamaktadır. Öyleyse *“olağan kanun yolları”* ifadesinden ne anlaşılmalıdır?

³² Şen, a.g.e., ss. 92-93

³³ Bu konu hakkında detaylı açıklama için bkz. Murat Şen, *“Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, a.g.e., ss. 91-92

³⁴ Örneğin AYM, uzun tutukluktan ötürü açılacak tazminat davalarında daha önce *Hamit Kaya*, B.No.: 2012/338, 2/7/2013 tarihli kararı ile geliştirdiği içtihadından Yargıtay'ın konuyla ilgili verdiği kararları dikkate alarak değişikliğe gitmiştir. Yeni içtihadını İrfan Gerçek, B.No.: 2014/6500, 29/9/2016 kararında görmek mümkündür.

Bilindiği üzere “olağan kanun yolu” ifadesi, yaygın kullanım itibarıyla, yargısal süreçlere ilişkin olup, yargılama hukukuna ilişkin bir kavramdır. Anayasa’da yer alan düzenleme bu olmakla birlikte, 6216 sayılı Kanun 45. maddesinin 2. fıkrasında “*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*” hükmü yer almaktadır. Fark edileceği üzere Kanunda, Anayasa’dan farklı olarak “*olağan kanun yolları*” ifadesi yerine “*kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yolları*” ifadesi kullanılmıştır. Bu durum doğal olarak Kanunun, Anayasal yükümlülüğü genişlettiği ve hakkı daralttığı eleştirilerini de beraberinde getirmiştir. Konu AYM’ye taşınmış ve Yüksek Mahkeme bireysel başvuru yolunun hukuki mahiyetini tartışarak verdiği 01.03.2012 gün ve E:2011/59 K:2012/34 sayılı kararı ile 6216 sayılı Kanunun anılan hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.³⁵ Dolayısıyla AYM tarafından bireysel başvurudan önce konuyla ilgili kendi Kanunlarında yer alan idari ve yargısal yollar, tüketilmesi gereken olağan başvuru yolları olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte; kanun yolunun *kanunda* düzenleme koşulu da AYM tarafından esnetilerek uygulandığını ifade etmek gerekir. Öyle ki Yüksek Mahkeme, 16/4/2013 tarih 2012/1315 başvuru numaralı kararında Yargıtay içtihadı ile oluşturulan ve AİHM tarafından da etkili kabul edilen başvuru yolunun tüketilmesini gerekli görmüştür.³⁶ Bu durum da yine bireysel başvuru kurumunda başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun esnekliğine işaret etmektedir. Söz konusu esneklik, başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun,

³⁵ Kararın tam metni için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bae8fd21-ec86-466c-b2df-159dc30b15ee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (15.11.2017)

³⁶ Şen, a.g.e., ss. 97-98. AYM, *Erdem Yurdaer*, B. No.: 2013/1315, 16/4/2013. Söz konusu kararın ilgili kısmı şöyledir: “31. Nitekim AİHM, benzer bir şekilde, başvurunun tazminat ödenmesizin taşınmazının elinden alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü 15/5/2012 tarih ve 42936/07 numaralı *Altunay/Türkiye* kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Kasım 2009 tarihinde daha önceki içtihadında değişikliğe gittiğini, AİHM’nin bu konudaki içtihatlarına dayanarak, tapu kayıtlarındaki yanlış kayıtlardan kaynaklanan aynı hak ya da menfaatleri kaybolmuş ya da kısıtlanmış olanların tapu kayıtlarındaki düzensizliklerden dolayı Devleti sorumlu tutabileceğine hükmettiğini, kişilerin tapularının ait olduğu arazilerin orman arazisi olması nedeniyle iptal edildiğinde 4721 sayılı Kanun’un 1007. maddesi uyarınca tazminat talep edebileceklerini ilan ettiğini, tazminat miktarının söz konusu arazinin kullanılma şekli, niteliği ve değeri temelinde muhtemel getirisi ve emsal değerlerin dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğine dikkat çektiğini, bu başvuru yolunun halen düzenli olarak kullanılmakta olduğunu, ulusal mahkemelerin AİHM’nin içtihatlarını ve AİHS’ye Ek 1 No’lu Protokolün 1. maddesine dayanarak ilgili mevzuat hükümlerini uyguladıklarını, başvurunun tapu belgesinin iptali yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde tazminat talebinde bulunabileceğini belirterek, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.”

açıkça dayanaktan yoksunluk alanı kadar olmasa da, AYM'nin takdirine göre şekillendiğini göstermektedir. Bu yönüyle başvuru yollarının tüketilmesi koşulu canlı ve değişken bir kural alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevzuatta ve/veya içtihadta hak ihlallerinin giderilmesine ilişkin bir değişiklik ya da yenilik olduğunda, bu koşul AYM tarafından olayına özgü olarak yeniden değerlendirilmektedir.³⁷

Bireysel başvurudan önce olağan kanun yollarının tüketilmesi gereği, doğal olarak 'olağan olmayan kanun yollarının' tüketilmesinin gerek olmadığını da ifade etmektedir. Daha somutlaştırarak ifade etmek gerekirse bir konu hakkında olağanüstü bir kanun yolu olan yargılanmanın yenilenmesi talep edilerek bu talebin reddi üzerine ilk davanın özüne ve usulüne ilişkin bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Zira AYM, bu başvurularda kabul edilebilirlik incelemesini (özün önceliği gereği) ilk karar yönünden yapmaktadır. Bu da haliyle başvurunun süre yönünden kabul edilemez bulunmasına neden olmaktadır.³⁸

3. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulunun İstisnaları

Başvuru yollarının tüketilmesi gereği, olayın mahiyetine göre mevzuatta ya da içtihadta yaşanan bir değişim AYM tarafından olağan etkili ve erişilebilir bir kanun yolu olarak değerlendirilmesine bağlıdır. Bu durum henüz AYM tarafından incelenmemiş hukuksal süreçler için bir belirsizlik anlamına gelse de, bazı yargısal süreçler AYM tarafından incelenmiş ve başvuru yollarının tüketilmesi gereğine ilişkin kuralın istisnasını oluşturan bazı durumlar netleştirilmiştir. Başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, her an değişebilen canlı bir kural alanına sahip olmasının bir sonucu olarak ciddi bir istisna alanına sahiptir.

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralının mevcut içtihadlara göre istisnalarını genel hatları ile şu şekilde ifade etmek mümkündür.

³⁷ Örneğin başvuru tarihinde henüz tam anlamıyla kurulmamış olan OHAL İnceleme Komisyonu kurulduktan sonra AYM burayı etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirmek suretiyle başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Söz konusu karar: *Remziye Duman*, B. No.: 2016/25923, 20/7/2017. Aynı şekilde AİHM de OHAL komisyonunu etkili bir iç hukuk yolu olarak görmüş ve iç hukuk yollarının tüketilmediğine karar vermiştir. Bu kapsamda bkz. AİHM, *Gökhan Köksal*, Application no.: 70478/16, 12/6/2017 ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-174629"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) (28.11.2017).

³⁸ Dolayısıyla olağan yollarla birlikte bu yolları da tüketmek ya da olağan kanun yollarını tüketmeksizin bu yolları tüketerek yapılan bireysel başvurular ya süre yönünden ya da başvuru yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabul edilemez bulunmaktadır. Örneğin yargılanmanın yenilenmesi talebine dayalı yapılan başvuruda özün önceliği ekseninde verilen süre aşımı kararı için bkz. AYM, *Halil Aslan*, B. No.: 2014/3038, 10/12/2014, §§ 33-39 ile AYM, *Murat Boynuz*, B. No.: 2014/7478, 25/2/2015.

- Makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin şikâyetler,³⁹
- Devam eden tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline ilişkin şikâyetler,⁴⁰
- Başvuru yollarının etkisiz kalacağına açık olduğu durumlar,⁴¹
- Gecikmesi halinde temel hak ve özgürlüklerin telafisi imkânsız şekilde ihlal edilecek olması, halleridir.⁴²

³⁹ Özü itibariyle yargılama faaliyetinin uzamasından kaynaklı bir adil yargılanma hakkı şikâyeti olması nedeniyle yargılamanın sonuçlanmasını beklemenin hem korunmak istenen hak ile tezat oluşturması hem de bu yönde bir şikâyetin tazmin edileceği ve/veya uzun yargılamanın önlenmesini sağlayacak etkili bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle AYM tarafından, AİHM uygulamasıyla uyumlu olarak, başvuru yollarının tüketilmesi gereği kuralının istisnası olarak kabul edilmiştir. Örnek karar için bkz. AYM, *Güher Ergun ve Diğerleri*, B. No.: 2012/13, 2/7/2013, §§ 27-28.

⁴⁰ Bir ceza yargılamasında, yargılamanın selameti açısından tedbir niteliğinde bir uygulama olan tutukluluğun cezalandırmaya dönüşmemesi ve şayet olayda hak ihlali varsa kişinin asıl olan tutuksuz yargılanmasını teminen AYM tarafından tutukluluk sürecine ilişkin başvuru yolları tüketilmek kaydıyla esas yargılamanın sonuçlanmasını beklemeden bireysel başvuruda bulunabileceği kabul edilmiştir. Örnek karar için bkz. AYM, *Hamit Kaya*, B. No.: 2012/338, 2/7/2013

⁴¹ Bu kapsamda, yargısal süreçlerde olağan bir kanun yolu olan karar düzeltme başvurusu, söz konusu duruma verilebilecek ilk örnektir. Karar düzeltme başvurularının etkinliği hususunda mevzuattan kaynaklı daraltmalar, ilgili yargı mercilerinin kararlarına dayalı olarak bu yolu etkili görmekte; bu yol tüketilmeksizin yapılan başvuruları kabul edilebilir bulmaktadır. Ancak kişi bu yola başvurmuş ise AYM bu başvurunun sonucunu hem kendisi dikkate almakta hem de ilgisinin almasını istemektedir. Konuyla ilgili uygulamada sıkça karşılaşılan bir diğer örnek, bozmaya uyma kararlarıdır. Şayet bozmaya uyma kararı daha önce ısrar edilmiş bir karara ilişkin ise bu kez olağan kanun yollarının görüşleri ortaya çıkmış ve netlik kazanmış olduğundan ilgilisi tarafından yeniden temyiz yoluna başvurulmaksızın, doğrudan AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabilir. Bu yönde verilmiş karar için bkz. AYM, *Deniz Baykal*, B.No.: 2013/7521, 4/12/2013.

⁴² AYM'nin verdiği kamuoyunda 'twitter' ve 'youtube kararı' olarak bilinen kararlar bu konuda verilebilecek çok çarpıcı iki örnektir. Zira bu kararlar Türk ve Avrupa kamuoyları nezdinde oldukça ses getirmiştir. Hem sosyal hayatta bulunduğu karşılık hem de bireysel başvuru sürecine ilişkin ortaya koyduğu istisnai uygulama buna neden olmuştur. Zira her iki kararda da idare mahkemesi nezdinde devam eden yargılamalarının sonucu beklenmeksizin yani başvuru yollarının tüketilmesi koşulu aranmaksızın, yürütmenin durdurulması kararından sonra yapılan başvurular kabul edilebilir bulunmuştur. Nitekim AYM, kamuoyunda "twitter kararı" olarak bilinen *Yaman Akdeniz ve Diğerleri*, B.No.: 2014/3986, 2/4/2014 tarihli kararında; "(...) 26. Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. (...) Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte sağlandığının söylenemeyeceği

III. VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA TÜKETİLMESİ GEREKEN İDARİ VE YARGISAL BAŞVURU YOLLARI

A. Genel Olarak

Anayasanın 74. maddesinde⁴³ “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre kişiler, idareye başvuru anlamında başlı başına bir hak ve serbestiyete sahiptirler. Anılan hükme göre idari başvuru yolu Anayasal bir hak olarak tanzim edilmiştir. Dolayısıyla mevcut Anayasa hükmüne göre en genel anlamıyla idari başvuru yolları kişinin iradesine göre şekillenen hukuki süreçlerdir. Ancak bazı idari başvuru yolları bizzat kanunkoyucu tarafından belirli bir alanda meydana gelmiş ihtilafların çözümü için ayrıca tanzim edilmiştir. Bu başvurular, yerine göre, yargıya başvurmadan önce ilgilisi tarafından tüketilmesi gereken başvurular ile kişinin tercihine bırakılmış başvurular olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle bazı idari başvurular, kanunkoyucu tarafından o konuyla ilgili itilafın çözümü için yargısal süreçler başlatılmadan önce tüketilmesi zorunlu kabul edilmiştir. İşte çalışmanın ana ağırlık noktasını da bu kapsamda kalan vergi uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik başvurular oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda herhangi bir işlem, eylem veya ihmalden ötürü mağdur olduğunu ya da haksızlığa uğradığını düşünenler; mevcut, etkili, erişilebilir ve olağan idari ve yargısal yollara başvurmak suretiyle mağduriyetlerinin giderilmesini ya da zararlarının tazminini isteyebilirler. Ancak bu istemlerin Kanun ve/veya ilgili mevzuatta belirlenen usul ve sürelerle göre yapılması gerekir. Zira modern hayatta, yaşam pratikleri kadar bunlardan kaynaklı sorunların çözümüne ilişkin yollar da oldukça karmaşıktır. Doğal olarak uzmanlık gerektiren ilişkiler, iş ve işlemler oldukça fazladır. Bu nedenle idari ve (idari rejimin benimsendiği ülkemizde) yargısal merciler özgülendikleri maksadın mahiyetine göre teşekkül ettirilmiş ve işlevlerine uygun yetki ve alt yapı ile donatılmışlardır. Dolayısıyla kişi, yakındığı bir olay ya da durumla alakalı olarak, hak arama sürecine girişmeden, Kanunda o konuda belirlenmiş özel idari ya da yargısal başvuru yolunun varlığına veya yokluğuna göre hareket etmek durumundadır. Bu durum hassaten idari başvuru yollarının varlığında

ve böylece başvuruların idare mahkemelerine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” gerekçesiyle idari yargılamaya ilişkin tüm yargı sürecinin olayına özgü olarak etkili bir hukuk yolu olmadığını değerlendirmiştir.

Benzer yönde AYM, *Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri* [GK], B. No.: 2014/4705 29/5/2014 kararı.

⁴³ Öyle ki maddenin 2010 yılında değişmeden önceki başlığı “Dilekçe Hakkı”ydı. Yeni başlığı ise “Dilekçe Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı”dır.

önem arz etmektedir. Şayet bir konu hakkında özel olarak düzenlenmiş bir idari başvuru yolu var ise, o yolun yargıya başvurulmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir yol olup olmadığı ayrıca önemlidir. Bunun için idari yargı mercilerinin konuyla ilgili verdikleri kararlar iyi bir rehber konumundadır. Öyle ki idari yargı mercileri tarafından tüketilmesi zorunlu kabul edilmeyen idari başvuru yolları, AYM tarafından da (şimdiye kadarki uygulamasında) tüketilmesi gerekli başvuru yolu olarak kabul edilmemiştir.

Bu nedenle mevcut idari başvurudan sonra yargılama ve yerine göre bireysel başvuru süreçlerinin sıhhati, yakınılan bir hak ihlalinin giderilmesi için idari başvuru sürecinin doğru başlatılmasına bağlıdır. Bunun için ilk adımı doğru atılması sonraki süreçlerin de akamete uğramaması için elzemdir.

Şu halde hangi idari başvurular bireysel başvuru sürecinde, tüketilmesi gereken başvuru yolu olarak dikkate alınmalıdır? Bu sorunun cevabını, geniş ve karmaşık idari başvuru imkânları sunan hukuk sistemimizde, sayma yöntemiyle vermek mümkün değildir. Dahası söz konusu başvurulardan hangilerinin AYM tarafından etkili ve erişilebilir kabul edilmektedir (ya da edilecektir) bunu şimdiden ortaya koymak bireysel başvurunun mazisi de dikkate alındığında, oldukça zordur. Ancak bireysel başvuru süreçleriyle alakalı mevzuattan ve AYM içtihatlarından ilkesel sonuçlar çıkarmak mümkündür. Dolayısıyla vergi uyuşmazlıkları ekseninde tüketilmesi gereken idari başvuru yollarının tespiti, ilgili başvuru yollarının spesifik olarak incelenmesi ile mümkün olabilir.

B. Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik İdari Başvuru Yolları

Bilindiği üzere Türk Vergi Hukukunun genel ilkeleri ve usul anlamında hukuki güvenceleri 213 sayılı Vergi Usul Kanununda (VUK) düzenlenmiştir. Dolayısıyla tahsil işlemleri hariç diğer vergisel işlemlerin yapılış usulleri, bazı idari süreler ve idari usule ilişkin birçok konu VUK'ta belirlenmiştir. Söz konusu Kanun ayrıca bazı özel idari başvuru yolları da öngörmüştür. Bu başvuruların bir kısmı dava açılmasından önce yapılması tercihe bırakılmışken; bir kısmı da dava şartı gibi zorunlu kabul edilmektedir. Bu çerçevede VUK'ta düzenlenen uzlaşma, düzeltme ve şikâyet başvurularının niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir

Öte yandan vergi yargılamasında çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar arasında gümrük idarelerinin tesis ettiği işlemler de bulunmaktadır. Bu işlemler de tıpkı 213 sayılı Kanun gibi ilgisine yasal bir koruma kalkını sunan 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamında tesis edilmektedirler. Bu Kanunda da yine VUK'ta olduğu gibi özel idari başvuru yolları düzenlenmiştir. 4458 sayılı Kanun kapsamındaki başvurular, uzlaşma başvurusu, 6. madde başvurusu, 211. madde iade başvurusu, 242. madde uyarınca yapılan itiraz başvurusudur.

Bunlarla birlikte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunda (İYUK) düzenlenen 10. madde, 11. madde ile 13. madde başvuruları vergi uyuşmazlıklarında uygulanma kabiliyeti olduklarından çalışma kapsamında incelenecektir.

Bu başlık altında son olarak şu hususu ifade etmekte yarar vardır. Kişiler isterlerse idare ile aralarında ortaya çıkan (geniş anlamda) vergilendirmeye ilişkin bir ihtilafı Ombudsman'a ve/veya konuyla ilgili olduklarını varsaydıkları diğer idari kurum, kuruluş ve/veya makamlara (Başbakanlık BİMER, Cumhurbaşkanlığı vs.) başvurmak suretiyle de çözüme kavuşturulmasını isteyebilirler. Ancak bu başvurular Anayasanın 74. maddesi kapsamında kalan genel başvurulardır. Bunlar, vergilendirmeden kaynaklı şikâyet edilen hak ihlalinin giderilmesi noktasında doğrudan etkili ve yetkili olmadıklarından, hak arama sürecinin son aşaması olan dava aşamasında dikkate alınmazlar. Bu nedenle de çalışmanın kapsamının dışında bırakılmışlardır. Burada, yalnızca bireysel başvuru sürecinde dikkate alınan ve/veya dikkate alınması muhtemel olan ve amacı vergilendirmeden kaynaklı ihtilafı çözmek olan, etkili ve erişilebilir idari başvurular incelenecektir.

1. Vergi Usul Kanunda Yer Alan İdari Başvurular

a. Uzlaşma

Uzlaşma, 213 sayılı VUK'un ilk halinde bulunmamasına karşın ihtiyaca binaen 1963 tarih ve 205 sayılı Kanunla eklenen idari bir başvuru yoludur. Mükellef ile idarenin, beyan esasının dışında bir usulle tesis edilen vergilendirme işlemlerinde, durumun niteliğine göre tarhiyat öncesinde veya sonrasında, ödenecek vergi ve/veya cezanın karşılıklı anlaşarak belirlenmesi suretiyle uyuşmazlığın idari aşamada çözümlenmesini amaçlamaktadır. Taraf iradelerine göre şekillenen bir sürece ilişkin olması nedeniyle verginin kanuniliği ilkesinin ağır bir istisnasını oluşturmakta; bu yönüyle ciddi şekilde eleştirilmektedir.⁴⁴ Ancak uygulamada sunduğu pratik fayda uzlaşmadan vazgeçilmesini mümkün kılmamaktadır.

Öte yandan uzlaşma, Kanunda belirtilen birkaç istisna dışında söz konusu uyuşmazlığı kesin bir şekilde çözüme kavuşturması bakımından önemlidir.⁴⁵ Ancak konuya bireysel başvuru ekseninde bakıldığında, kişilerin diğer idari ve yargısal yollara başvurmadan önce tüketmeleri kendilerinden beklenen bir yol değildir. Uzlaşmaya başvurma tamamen ilgilinin kendi tercihine

⁴⁴ Yani uzlaşılan vergi ve cezalara karşı dava açılamaz. Açıldığı takdirde vergi mahkemeleri için esasını incelemeyen ret kararı vermektedirler. Uzlaşma başvurusunun kapsam ve detayları için bkz. Turgut Candan, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2016, ss. 259-455

⁴⁵ Örneğin Zonguldak Vergi Mahkemesinin 17.8.2017 gün ve E:2017/603 K:2017/767 sayılı kararı. Karar yayımlanmamıştır.

bırakılmıştır. Dolayısıyla kanuni koşulları taşıyan bir kişi, hakkında yapılmış bir vergilendirme için uzlaşmaya gitmeden diğer hak arama yollarını kullanma hak ve serbestisine sahiptir.

b. Düzeltme

Düzeltme başvurusu, 213 sayılı VUK'un 116 ila 126. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu başvurunun özü, söz konusu Kanunun 116. maddesinde tanımlanan 'vergi hatalarını' düzeltmektir.⁴⁶ Ancak burada vurgulanması gereken husus, Kanunkoyucunun söz konusu düzenlemelerden maksadının hatalı vergilendirmenin düzeltilmesidir. Zira düzeltme sadece mükelleflerin talepleri üzerine yapılmayıp ilgili vergi dairesinin Kanunda belirlenen yetkilileri tarafından re'sen de yapılabilmektedir. Vergi idarelerince yapılan düzeltmeler mükellefler açısından lehe veya aleyhe sonuç doğurabilir.

Düzeltme başvurusu, herhangi bir vergilendirme işleminden sonra ve "düzeltme zamanaşımı" diyebileceğimiz beş yıllık zaman dilimi içerisinde ilgili (mükellef ya da sorumlu) tarafından idari bir başvuruyla iddia edilen hatanın ilgili vergi dairesinden düzeltilmesinin talep edilmesidir. Ancak burada dava açma süresinin geçip geçmemesi önem arz etmektedir. Zira kişi, hakkında yapılan bir vergilendirme işleminde "hata" yapıldığını düşünüyorsa ve söz konusu vergilendirmeye karşı dava açma süresi henüz geçmemiş ise doğrudan vergilendirme işlemine karşı idari dava açabilir; ya da isterse düzeltme yoluna başvurabilir. Dolayısıyla dava açma süresi geçmemiş vergilendirme işlemlerinde hata yapıldığı iddiasıyla düzeltme yoluna başvurulması elzem değildir. Ancak kişi hatalı olduğunu düşündüğü vergilendirme işleminden sonra dava açma süresi geçmiş ise, bu kez söz konusu "hata" iddiasını yargı mercilerinin önüne taşıyabilmesi için düzeltme başvurusu yapmak zorundadır. Zira düzeltme talebinin reddi halinde ret işlemine karşı dava açabilir. Ancak Danıştay'ın yaygın uygulamasına göre bu durumda da doğrudan dava açılmaz. Şikâyet yoluna başvurulmalı ve en son şikâyet merci tarafından verilen ret kararına karşı idari dava açılmalıdır.⁴⁷

Dolayısıyla düzeltme başvurusu, dava açma süresi içindeki hata iddiaları için ihtiyari bir idari başvuru yoluken; dava açma süresi geçmiş hata iddiaları için konunun vergi yargısına taşınabilmesinin başlangıç noktasını teşkil etmesi bakımından zorunlu bir başvuru yoludur. Bu zorunluluk Danıştay uygulamasında şikâyet başvurusuna da teşmil edilmiştir. Yani hakkında yapılan

⁴⁶ Düzeltme ve şikâyet başvurusu ile İYUK 11. madde başvurularının mahiyetini ortaya koymak adına mukayeseli bir inceleme için bkz. Osman Sariaslan, "Düzeltme (ve Şikâyet) Başvurusunun İYUK 11. Madde Başvurusu ile Karşılıklı İncelenmesi, Benzerlikler ve Farklılıklar", **Vergi Dünyası**, Temmuz/2012, Y: 31, S.: 371, ss. 118-126.

⁴⁷ Bu doğrultuda bkz. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 18.10.2017 E:2013/1809 K:2017/7010 sayılı kararı.

vergilendirmede hata olduğunu düşünen kişiler şayet dava açma süresini kaçırmışlarsa düzeltme başvurusu yaptıktan sonra netice alamadıkları takdirde Gelir İdaresi Başkanlığı'na (belediye gelirleri için Belediye Başkanlığına) şikâyet başvurusu yapmak zorundadırlar. Şikâyet başvurusu da reddedilirse, en son verilen ret işlemine karşı vergi yargısı nezdinde idari dava açılabilecektir.

Son tahlilde, vergilendirme işleminden sonra dava açma süresi geçmiş ise, VUK'un kabul ettiği anlamda hata iddiasıyla hak arama sürecini başlatacak kişiler için düzeltme başvurusu zorunludur. Esasında bu başvuru, beş yıllık düzeltme zaman aşımı süresi içinde idari ve yargısal süreçlerin başlatılmasının tek yoludur. Bu idari usul diğer bir ifadeyle bu başvuru yolu, tüketilmeden yapılacak bireysel başvurular, vergi yargısı tarafından usulden, AYM tarafından da başvuru yollarının usulüne uygun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunarak reddedilecektir.

Dava açma süresi geçtikten sonra vergilendirme işlemlerine karşı hata iddialarıyla sınırlı olmak kaydıyla dava açma imkânı sunan düzeltme başvurusu, bazen kapsamı dışındaki iddialar için de kullanılmaktadır. Bu gibi durumlarda vergi yargısının içtihadı kapsam dışılık gerekçesiyle reddir. Yani vergi yargısı düzeltme yolunda VUK'un işaret ettiği anlamda açık hata halini aramakta; hukuki yorum gerektiren iddiaları dava açma süresi içinde açılması gereken idari davada ileri sürülmesi gereken iddialar olduğu gerekçesiyle incelememektedir. AYM de vergi yargısının izinden giderek vergilendirmeye ilişkin bir iddianın açık hata kapsamında incelenemez olduğuna ilişkin yargı kararı var ise düzeltme başvurusu ile hak arama sürecinin ihya edilemeyeceği; bu gibi durumlarda vergilendirme işlemine karşı usulüne uygun bir şekilde dava açılmadığından başvuru yollarının usulünce tüketilmediğini ifade etmiştir.⁴⁸

c. Şikâyet

Şikâyet başvurusu, yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanunda düzeltme başvurusu ile beraber düzenlenmiştir. Özü itibarıyla dava açma süresi geçmiş vergi hatası iddiasıyla yapılan düzeltme başvurularının reddi halinde (dava açma süresi geçmemiş olanların zaten dava açma hakları bulunduğu) hata iddialarının ikinci kez incelenmesini talep edebilmelerini temine yöneliktir. Kanunun lafzına bakıldığında, düzeltme başvurusu reddolunan kişilerin dava açma veya şikâyet başvurusunda bulunma noktasında tercih hakları bulunmaktadır. Ancak uygulamada Danıştay, bazı istisnaların haricinde, içtihatlarıyla dava açma süresi geçmiş tüm düzeltme başvuruları için dava açılmadan önce şikâyet yoluyla Gelir İdaresi Başkanlığına (belediye gelirlerinde Belediye Başkanlığı) başvurmayı zorunlu kabul etmektedir.⁴⁹ Bu

⁴⁸ Bkz. 70 numaralı dipnot.

⁴⁹ Bu kapsamda örnek karar için bkz. Danıştay Üçüncü Dairesinin 24.3.2015 gün ve E: 2011/1910 K:2015/1558 sayılı kararı

nedenle dava açma süresi geçmiş bir vergilendirme işleminden kaynaklı hata iddiası düzeltme aşamasında reddolunmuş ve bu ret işlemine şikâyet yoluna gidilmeden doğrudan idari dava açılmış ise, vergi yargısı Danıştay içtihatları ekseninde, işin esasına girmeksizin “dilekçenin mercine tevdiine” kararı vermektedir.

Bireysel başvuru ekseninde bakıldığında, yukarıda da açıklandığı üzere, şikâyet başvurusu, dava açma süresi geçmiş ve hata kapsamında olan düzeltme başvurularının reddi halinde idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru yoludur.

2. Gümrük Kanununda Düzenlenmiş İdari Başvurular

a. Gümrük Kanununun 6. Maddesi Kapsamında Gümrük İdaresine Yapılan Başvurular

4458 sayılı Gümrük Kanununun 6. maddesinde düzenlenen bu başvuru yolu esasında mevcut bir ihtilafın çözümüne özgülenmiş bir idari başvuru yolu değildir. Dolayısıyla hem varsa bir hak ihlali iddiası bunu gidermek hem de yalnızca gümrük mevzuatının uygulanmasını istemek amacıyla başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemedeki önemli noktalar, kişilerin haklarında gümrük mevzuatının uygulanmasını isteme hakkına sahip olmaları, bu hak kapsamında yapılan başvurulara karşı idarenin otuz gün içinde karar vermek zorunda olması ve şayet otuz günlük süre yeterli değilse bu süreyi uzatabilecek olmasıdır. Dolayısıyla bu başvuru, herhangi bir özel amaca matuf değildir. İdarenin kendisine gümrük mevzuatının uygulanması talepli başvurular karşısında pozitif yükümlülüklerini düzenlemektedir.

Bireysel başvuru kapsamında değerlendirildiğinde, 6. madde başvurusu herhangi bir gümrük ihtilafında tüketilmesi zorunlu bir başvuru değildir. Ancak bu madde kapsamında yapılan bir başvurunun reddi halinde söz konusu ret işleminin iptali için idari dava açılmadan önce Gümrük Kanununun 242. maddesine göre itiraz başvurusu yapılmalıdır. Yani Gümrük Kanununun 6. maddesinde düzenlenen başvuru tercih ve talebe bağlıyken, şayet bu başvuru reddedilmişse artık bundan sonraki süreç için yargıdan önce tüketilmesi gereken bir idari başvuru süreci bulunmaktadır. Dolayısıyla kişi itiraz başvurusu yapmadan yargıya müracaat ederse, davası (davanın açıldığı zaman dilimine göre kararın sonucu değişkenlik arz etse de) her halükarda usulden reddedilecektir.⁵⁰ Anılan bu süreç üzerine inşa edilmiş bireysel başvuru da haliyle başvuru yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunacaktır.

⁵⁰ Davanın açıldığı zaman dilimine göre şayet 6. madde kapsamında yapılan başvurunun reddi işlemine karşı 15 günlük idari itiraz süresince dava açılırsa mercine tevdi; itiraz süresinin geçtiği ikinci on beş günlük sürede dava açılırsa incelenmeksizin ret kararları verilmektedir.

b. Gümrük Kanununun 211. Madde/İade Başvurusu

Gümrük Kanununun 211. maddesinde düzenlenen bu başvuru, mahiyeti itibariyle 213 sayılı VUK'un düzeltme hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Buna göre Kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergilerinin geri verilmesi ile Kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergilerinin kaldırılması maksadına yöneliktir. Ancak tıpkı VUK'un düzeltmeye ilişkin hükümleri gibi bu başvuru türü de belirli bir süre ile kısıtlanmıştır. Buna göre kanunen ödenmemesi gereken gümrük vergileri, söz konusu vergilerin yükümlüye tebliğ edildiği tarihten üç yıl içinde gümrük idaresine yapılacak müracaat üzerine geri verilmekte veya kaldırılmaktadır.

Bu başvuruda da yine VUK'taki düzeltme başvurusunda olduğu gibi tespit edilen hatalar re'sen düzeltilmekte ve gerekli iadeler idare tarafından yapılabilmektedir. Söz konusu iade ve kaldırma (düzeltme) işlemleri için yükümlünün başvuru şartı aranmamaktadır. Ancak idare tarafından yapılacak düzeltmelerde de üç yıllık süre geçerlidir. Bununla beraber bu başvurunun, mahiyeti itibariyle benzeştiği VUK düzeltme başvurusundan en temel farkı, idare tarafından yükümlünün aleyhine bir düzeltme işlemi yapılamamasıdır.

Bu başvurunun bireysel başvuru ekseninde değerlendirilmesinde ise, *"Kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergilerinin geri verilmesi ile Kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri kaldırılması"* ibaresi önem arz etmektedir. Buna göre, fazladan ödenen gümrük yükümlülüklerinin geri verilmesi ve dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahalenin giderilmesini istemenin, başlangıç noktasını bu idari başvuru oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla itiraz ve dava açma süresi geçmiş ve ödenmiş bir gümrük yükümlülüğünün "iade" hükümlerine göre geri alınabilmesi için işlemin tekamülünden itibaren üç yıl içinde bu başvurunun yapılması gerekmektedir. Ayrıca bu başvurunun reddinden sonra, anılan ret işlemine karşı doğrudan idari dava açılmayacaktır. Bunun için tıpkı 6. madde başvurusunda olduğu gibi itiraz başvurusu yapılmalı ve itiraz başvurusunun reddi üzerine işbu ret kararı üzerine idari dava açılmalıdır. İtiraz başvurusu yapılmadan ilk ret işlemine karşı dava açılması durumunda vergi yargısı davayı yine usulden reddedecek; bu ret kararı üzerine inşa edilmiş bireysel başvuru süreci de AYM tarafından başvuru yollarının usulüne uygun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunacaktır.

Hülasa 211. madde başvurusu, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru değildir. Ancak maddenin özgülendiği amaç kapsamında olan hukuki durumlardan kaynaklı uyuşmazlıkların giderilmesi maksadıyla (ödenmemesi ve/veya tahakkuk etmemesi gereken gümrük vergileri için) yükümlendirici ilk işlem için dava açma süresi geçmişse üç yıllık zaman aşımı

süresi içinde yapılması ve dolayısıyla da tüketilmesi gereken bir idari başvuru yoludur. Lakin bu başvuru yolu da tıpkı düzeltme başvurusunda olduğu gibi tek aşamadan ibaret değildir. Yargıya başvurmadan önce anılan başvurunun reddine karşı itiraz başvurusunda bulunmak zorunludur.

c. Gümrük Kanununun 242. Madde (İtiraz) Başvurusu

Bu başvuru, Gümrük Kanununun 242. maddesinde, 5911 sayılı Kanunla değişmeden önceki halinde düzeltme ve itiraz olarak iki aşamalı bir yapıya sahipken; anılan değişiklikten sonra yalnızca itiraz başvurusu olarak düzenlenmiştir. İtiraz başvurusunun amacı yükümlülere kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama itiraz ederek iddia ettikleri haksızlığın giderilmesini isteme; idareye de işlemlerini yeniden gözden geçirme ve hukuka uygun olmayan işlemlerini düzeltme imkânını sunulmasıdır.

İtiraz başvurusu, gümrük yükümlüleri tarafından, söz konusu yükümlülüklerinden kaynaklı ihtilaflarda, dava açmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir başvuru yoludur. Her ne kadar madde metninde bu yönde çok net bir ifade yoksa da, anılan Kanun maddesinin son fıkrasında yer alan *“İtirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilir.”* hükmünü Danıştay, idari dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla, mevcut uygulamaya göre, gümrük idareleri tarafından haklarında gümrük yükümlülüğü doğuracak bir işlem yapılması veya ceza kesilmesi yahut da idari karara konu edilmeleri nedeniyle yükümlü kılınan kişiler tarafından, doğrudan idari dava açılmamaktadır.⁵¹ Bu işlemlere karşı 242. madde kapsamında itiraz başvurusu yapılmalı; şayet bu başvuru da reddedilmiş ise bu ret işlemine karşı dava açılmalıdır. Dolayısıyla gümrük mevzuatından kaynaklı uyuşmazlıkların büyük bir kısmı idari itiraz başvurusuna konu edilmeden yargı mercileri önüne taşınmamaktadır.

Başvuruyu, bireysel başvuru ekseninde ele aldığımızda itiraza tabi bir idari işlem, itiraz başvurusuna konu edilmeden idari davaya konu edilmesi usule aykırı olduğundan esası incelenemeyecektir. Esası incelenemeyen bir uyuşmazlıkla alakalı olarak yapılan bireysel başvuruda ise başvuru yolları usulüne uygun tüketmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilecektir.

⁵¹ Vergi yargısı, burada itiraz süresi ile dava açma süresinin farklı olması nedeniyle ikili bir ayrıma gitmektedir. İlk olarak itiraz aşamasını tüketmeden açılan bir davada, dava şayet onbeş günlük idari itiraz süresinde açılmış ise “merciine tevdi kararı” verilmektedir. İkinci olarak dava onbeş günlük idari itiraz aşaması geçirilerek açılmış ise mercine tevdi kararı vermekte hukuki yarar bulunmadığından “incelenmeksizin ret” kararı verilmektedir.

d. Gümrük Uyuşmazlıklarına İlişkin Uzlaşma

Uzlaşma müessesesi, gümrük mevzuatına 2011 yılında 4458 sayılı Kanunun 244. maddesinin yeniden düzenlenmesi ile girmiştir.⁵² Mahiyet itibarıyla 213 sayılı Kanunda düzenlenen ve yukarıda kısaca değinilen uzlaşmaya benzemektedir. Gümrük yükümlüsünün başvurusu ile başlayan ve tarafların iradesine göre şekillenen idari bir süreçtir. Tüketilmesi, diğer bir ifadeyle yargı yoluna başvurulmadan önce gidilmesi gereken bir başvuru yolu değildir. Uzlaşma, ihtilafın yargı mercilerine (hatta Gümrük Kanununda ifade edildiği şekliyle itiraz mercine dahi taşınmadan) çözülmesine yöneliktir.

Dolayısıyla vergi uyuşmazlıklarında cari olan uzlaşma başvuruları, bireysel başvuru süreci açısından tüketilmesi zorunlu olmayan idari süreçlerdir. Uzlaşma sağlanmış ise zaten ortada uyuşmazlık da kalmamıştır.

3. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında Yer Alan İdari Başvurular

a. 10. Madde Başvurusu

Bilindiği gibi 2577 sayılı İYUK yargılamaya ilişkin usul yasasıdır. Ancak içerisinde idari süreçlere ilişkin bazı düzenlemeler de yer almaktadır. Zira hukukumuzda, kişilerle idare arasında cereyan eden uyuşmazlıkların çözümünde hem idare hem de yargı aktif olarak görevlendirilmiştir. Öyle ki idari uyuşmazlıkların çözümünde idari ve yargısal süreçler birbirini takip eden halkalar şeklinde kabul edilmiş ve yasal çerçeve buna göre oturtulmuştur. Bu kapsamda İYUK 10. madde başvurusu, kişilerin, idari fonksiyona ilişkin taleplerini dile getirip bunların yerine getirilmesini isteme hakkı sunan idari bir başvuru yoldur. Bu başvurunun en temel özelliği idarenin hareketsiz kalmasına

⁵² 4458 sayılı Kanunun 244. maddesinin 1. fıkrası: Beyan ile gümrük idaresince yapılan tespit sonucunda belirlenen farklılıklara ilişkin tebliğ edilen gümrük vergileri alacakları ile bu Kanunda ve ilgili diğer kanunlarda öngörülen cezalar hakkında; yükümlü veya ceza muhatabı tarafından, söz konusu eksiklik veya aykırılıkların kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten veya kanun hükümlerini yanlış yorumlamaktan kaynaklandığının veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idare bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde yükümlüler veya cezanın muhatabı ile uzlaşabilir. Uzlaşma talebi, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, henüz itiraz başvurusu yapılmamış gümrük vergileri ve cezalar için yapılır. Uzlaşma talebinde bulunulması halinde, itiraz veya dava açma süresi durur, uzlaşmanın vaki olmaması veya temin edilememesi halinde süre kaldığı yerden işlemeye başlar, ancak sürenin bitimine üç günden az kalmış olması halinde süre üç gün uzar. Uzlaşmanın vaki olmaması veya temin edilememesi halinde yeniden uzlaşma talebinde bulunulamaz.”

Aynı Kanun maddesinin 4. fıkrası ise şu şekildedir: “Gümrük uzlaşma komisyonlarının tutacakları uzlaşma tutanakları kesin olup gereği idarece derhal yerine getirilir. Yükümlü veya ceza muhatabı; üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açamaz ve hiçbir mercie şikâyetle bulunamaz”

hukuki sonuç bağlamasıdır. Şöyle ki, bir durumla alakalı olarak yapılması gerektiği halde henüz o konuda idari bir tasarruf yapılmamış ise veya idari bir işlem yapmak ya da eylemde bulunmak gerektiği halde bunlar henüz yapılmamış ise, idarenin harekete geçmesini yani işlemde ya da eylemde bulunmasını isteme hakkını düzenlemektedir.

İYUK 10. madde başvurusu, idareyi bir talep karşısında sessiz kalarak olayı geçiştirmesine engel olan, muhakkak bir irade göstermesini sağlayan ve bu yönüyle de idari fonksiyonu perçinleyen ve gösterilen iradenin yargısal denetimine imkân tanıyan bir başvuru yoludur. Dolayısıyla idare şayet talebi reddeder veya belirli bir müddet (altmış gün) hareketsiz kalırsa, bu kez ilgilisi konuyu yargıya taşıma imkânına kavuşmaktadır. Yargının olası bir iptal kararı da idareyi talep doğrultusunda hareket etmeye zorlamaktadır.

Bu doğrultuda İYUK 10. madde başvurusu, bir durumla alakalı idarenin bir işlem ya da eylemi bulunmadığı takdirde işletilmektedir. Böylece idari mekanizmayı harekete geçirmek 10. madde başvurusu ile kişinin inisiyatifine bırakılmıştır. Herhangi bir zorunluluğa dayanmamaktadır. Ancak idare hukukunun ilkelerinin geçerli olduğu bir konuda idarenin göreve çağrılmadan, yani istenilen ya da yakınılan bir konuda idareden işlem tesis etmesi istenmeden, doğrudan idari dava açılmayacağı hususu, idari yargı rejiminin geçerli olduğu ülkemizde bilinen en temel kurallardan biridir.⁵³ Öyle ki bu kural, idarenin iradesinin gerekli olduğu durumlar için -deyim yerindeyse- bir dava şartıdır.

Dolayısıyla 10. madde başvurusunun, idarenin hareketsizliği nedeniyle ortaya çıkan ve idare ile idare hukuku ilkelerine göre çözümlenecek bir ihtilaftan ötürü, iddia olunan hak ihlalinin çözümlenmesi için bir başlangıç noktası teşkil etmesi nedeniyle ilgilerce usulüne göre tüketilmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla İYUK 10. madde başvurusu, tek başına -ve olası ret halinde devamı süreçler takip edilmeyecekse- tüketilmesi (başvurulması) zorunlu bir idari başvuru yolu değildir. Ancak idarenin konuyla ilgili göreve çağırılması için hak arama sürecinin ilk adımı ve sonrasında açılacak idari davanın konusu olması bakımından tüketilmesi zorunludur.

Bireysel başvuru süreci ekseninde bakıldığında, şikâyet edilen durumla alakalı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı genel kaidesinin bir sonucu olarak AYM, İYUK 10. madde başvurusunun tüketilmesini çoğunlukla arayacaktır.⁵⁴ Zira yakınılan bir ihlal iddiasında, konu idarenin bilgisine sunulmalı

⁵³ İYUK'un 2. maddesinde yer alan amir hüküm uyarınca idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmez kuralının bir gereği olarak talep incelenmeksizin reddedilecektir. Örneğin İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 28.2.2014 gün ve E: 2013/1083 K:2014/456 sayılı kararı. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁴ Burada olayları niteliğine göre istisna uygulaması mümkün olabilir diye "çoğunlukla" ifadesi

ve çözüme kavuşturulması talep edilmelidir. Talebin reddi halinde yargıya başvurulduktan ve yargısal süreçler de tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Aksi takdirde AYM başvuruyu başvuru yolları usulüne uygun olarak tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulacaktır.

b. 11. Madde Başvurusu

İYUK 11. madde başvurusu, daha önce tesis edilmiş idari işlemlerin üzerine inşa edilmiş bir başvuru sürecidir. Bu başvurunun özü, kişilerle idare arasında cereyan eden uyuşmazlıkta; kişilerin haklarının teslim edilmesi veya mağduriyetlerinin giderilmesi noktasında, idareye konu yargıya intikal ettirilmeden önce ikinci bir şans tanınarak gerekli işlemleri yapması için fırsat verilmesidir. Kanun metninin açık hükmü gereği tamamen tercihe bağlıdır. Başvurulması halinde işlemeye devam eden dava açma süresini durdurması nedeniyle hak arama sürecini genişleten bir yapıya sahiptir.

İYUK 11. madde başvurusunun reddi halinde, duran dava açma süresinin kalan diliminde, başvuruya konu edilen ilk işlemin iptali istemiyle idari dava açılabilir. Dolayısıyla İYUK 11. madde başvurusu, bireysel başvuru süreci için tüketilmesi zorunlu olmayan bir idari süreçtir. Diğer bir ifadeyle kişi, hakkında tesis edilmiş bir işleme karşı, başka kanunlarda bir dava şartı olarak özel itiraz süreçleri ön görülmemiş ise, İYUK 11. madde başvurusu yapmadan, doğrudan iptal davası açarak yargısal süreci başlatabilir.

c. 13. Madde Başvurusu (Ön Karar)

İYUK'un 13. maddesi, idarenin eylemleri nedeniyle kişilerin haklarının ihlal edildiği iddiasıyla tam yargı davası açılmadan önce zararın tazmini için ilgili idareye başvurmayı öngören başvuru sürecini düzenlemektedir. Uygulamada 13. madde başvurusunun tam yargı davası açılmadan önce yerine getirilmesi gereken yasal bir koşul olduğunu vurgulamak için "ön karar" ifadesi kullanılmaktadır. Başvuru, idarenin işlem ve eylemlerinde her daim hukuk içinde kalması gerektiği ilkesinin bir sonucudur. Dolayısıyla bu başvuru, idarenin bir eylemiyle kişi veya kişilere zarar vermesi halinde bunun idarenin bilgisine sunulup zararın bizzat idare tarafından gönüllü giderilmesini isteme veya daha masraflı olan dava sürecinden önce tazmin için söz konusu idareye imkân tanıma esası üzerine kuruludur.

Bu başvuruya göre, idarenin eyleminden ötürü kişi bir veya birden fazla hakkının ihlal edildiğini düşünüyorsa, doğrudan idari dava (tam yargı davası) açamayacaktır. İlk önce zararın tazmini veya hakkının teslimi için ilgili idareye zararı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her halükârda beş yıl içinde

kullanılmıştır. Yoksa kural gereği idarenin çözebileceği bir meseleyi idareden talep etmeden doğrudan idari dava açılması halinde başvuru yolları usulüne göre tüketilmemiştir.

başvurması gerekir. Ancak başvurusunun reddi halinde davasını açabilecektir. Şayet dava bu yol tüketilmeden açılmış ise, idari yargı mercilerince Kanunda belirtilen sürelerin geçmediği düşünülüyorsa “merciine tevdi” kararı verilmektedir. Şayet sürelerin geçmiş olduğu düşünülüyorsa, her ne kadar 13. maddede düzenlenen süreler idari süre olsa da, hak arama sürecini tümünden etkilediğinden ve bu süreç yasal süreler içinde başlatılmadığından “süre ret” kararı verilmektedir.⁵⁵ Esası incelenmemiş bir dava sürecinden sonra yapılan bireysel başvurular da başvuru yollarının usulüne uygun olarak tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunacaktır.

Son tahlilde; idarenin bir *eyleminden ve/veya eylemsizliğinden* kaynaklı hak ihlalinin giderilmesi için tam yargı davası açılmadan önce İYUK 13. maddesinde düzenlenen idari başvuru sürecinin tüketilmesi gerekir. Bu yol tüketilmeden açılan tam yargı davasının esası incelenemez olduğundan AYM de (bireysel başvurunun ikincilliği gereği) esası idari ve yargı mercileri tarafından incelenmemiş bir konunun esasını incelemeyecektir.

2. Vergi Uyuşmazlıklarında Yargısal Başvuru Yolları

Bu başlık altında yukarıda anlatılan idari başvurulardan sonra gidilecek yargı yolu ve buna ilişkin kanun yollarına kısaca değinilecektir. Yargı yoluna başvurmak, bireysel başvuru şikâyeti için tüketilmesi zorunlu kabul edildiğinden birbirinden farklı idari başvuru süreçleri gibi karmaşık bir durum arz etmemektedir.

Bilindiği üzere, vergilendirme işlemleri, hem yasal hem de teorik olarak birer idari işlemdir. Dolayısıyla vergilendirmeden kaynaklı uyuşmazlıklar idari yargı kolu içinde teşkilatlandırılan vergi mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. 2014 yılında 2577 sayılı İYUK'ta 6545 sayılı Kanunla yapılan yasal değişiklikten sonra ülkemizde hayata geçirilen iki dereceli yargılama sisteminin bir sonucu olarak, değeri beş bin Türk Lirası olan davalar hariç olmak üzere vergi mahkemelerinin kararlarına karşı bölge idare mahkemelerine istinaf başvurusu yapılabilmektedir. İstinafin verdiği ve değeri yüz bin Türk Lirasının üstündeki davalardaki kararlarına karşı da Danıştay'a temyiz yoluna başvurulabilmektedir.⁵⁶

⁵⁵ Ancak AYM ve AİHM, İYUK 13. maddesinin her halükarda beş yıl kuralını, zararlı idari eylem arasındaki illiyet bağının kurulduğu tarihten başlayacağına karar vermişlerdir. Bu yönde verilmiş kararlar için bkz. AYM, *Hamza Küçük*, B. No.: 2013/7400, 5/11/2015. AYM, *Haluk Pek*, B. No.: 2013/9094, 4/2/2016. AYM, *Veysi Atlı*, B. No.: 2014/2772, 23/3/2016. AİHM, *Eşim/Türkiye*, B.No.: 59601/09, 17/9/2013 (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/esim.pdf>).

⁵⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45 ve 46. maddeleri. Ayrıca yukarıda açıklanan durum vergi mahkemelerinin görevli olduğu konular için bu şekilde olmakla birlikte; idare mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların yargısal başvuru yolları, ivedi yargılama usulleri de gözetilerek konu bazlı olarak istinaf temyiz süreçleri belirlenmiştir.

Söz konusu yargısal yolları dikkate alarak, idari aşamadan yargıya intikal ettirilmiş ya da doğrudan yargıya başvurulmak suretiyle başlatılan hak arama süreçlerinin üç farklı şekilde bireysel başvuruya konu edilmesi mümkündür.⁵⁷

1- Kişiler, vergi mahkemelerinde beş bin Türk Lirasının altında verilen kararlara karşı söz konusu kararın kesin olması nedeniyle kararın tebliğinden itibaren yasal koşullara göre bireysel başvuruda bulunabilme imkânına sahiptirler.

2- Kişiler, vergi mahkemeleri tarafından verilen ve değeri yüz bin Türk Lirasının altındaki davalarda, istinaf mahkemeleri tarafından onama ya da esasa müessir olmak kaydıyla bozma (ve işin esası hakkında yeniden karar verme) yönündeki kararları için, bu kararlar kesin olduğundan, tebliğ tarihinden itibaren yasal koşullara göre bireysel başvuruda bulunabilme imkânına sahiptirler.

3- Vergi mahkemeleri tarafından verilen ve değeri yüz bin Türk Lirasını aşan davalarda ise hem istinaf hem de temyiz yolu açık olduğundan ilgilisi tarafından önce istinafa, şayet sonuç alınmazsa temyiz yoluna başvurulmalıdır. Temyiz başvurusu da reddedilmiş ise, kişi ya da kişiler (hukumumuzda artık karar düzeltme müessesesi bulunmadığından herhangi bir tereddüt yaşamadan) anılan kararın tebliğinden itibaren yasal koşullara göre bireysel başvuruda bulunabilme imkânına sahiptirler.

Bu başlık altında son olarak ifade etmek gerekir ki derece mahkemelerince verilen bir karara karşı Kanun şayet olağan bir kanun yolu öngörmüş ise bu yol hem biçim hem öz olarak muhakkak usulüne uygun tüketilmeli ve ihlal iddiaları her aşamada dile getirilmelidir.

⁵⁷ Ancak şunu ifade etmek gerekir ki burada dava değerleri için verilen rakamlar 2577 sayılı Kanunun Ek 1. maddesi uyarınca ilgili yıl için 213 sayılı VUK'un mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanmaktadır. Anlatımda kolaylık sağlanması nedeniyle Kanunda belirtilen rakamlar verilmiştir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDAN KAYNAKLI BAŞVURULARDA BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMEDİĞİ GEREKÇESİYLE VERİLEN BAZI KARAR ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında, yukarıda anlatılanlar ışığında vergi uyuşmazlıklarına ilişkin bireysel başvurularda, AYM tarafından “başvuru yollarının tüketilmemesi” gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik karar örnekleri analiz edilecektir.

- ❖ Motorlu Taşıtlar Vergisi (MTV) Borcunun Tahsili Amacıyla Tesis Edilen Satış İşleminin İptali İçin Açılan Davada; Haciz İşleminde Satış İşlemine Kadar Geçen Süre İçin MTV Tahakkuk Ettirilmesi Şikâyetinde Ayrıca Dava Açılması Gerektiğinden Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda, vergi dairesi tarafından motorlu taşıtlar vergisinin tahsili amacıyla tesis edilen ve başvuru şirketin maliki olduğu aracın satışı işleminin iptali istemiyle açtığı davada, haciz işleminden satış işlemine kadar geçen süre içinde MTV tahakkuk ettirilmesinden yakınmıştır. Ancak bu şikâyet AYM tarafından “78. Somut olayda, başvurucuya ait aracın haczedildiği tarihten satışına kadar geçen sürede motorlu taşıtlar vergisinin tahakkuk ettirilmesinden şikâyet edilmekte ise de, anılan dönem için tahakkuk ettirilen vergilere karşı idari yargıda sonuç alınabilecek etkili bir dava yolunun bulunduğu, ancak başvuru şirketin motorlu taşıtlar vergisine yönelik şikâyeti hakkında kanunda öngörülmuş yargısal başvuru yollarını tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu görülmektedir.” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.⁵⁸

Söz konusu karar ile vergilendirme süreçlerinin farkına vurgu yapılmaktadır. Buna göre, satış işleminin yargılandığı dava devam ederken, idarenin aynı konuya ilişkin bazı farklı idari işlemler tesis etmesi halinde, tesis edilen yeni işlemler için de ayrıca başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir.

- ❖ Adli Yargıda Açılmış ve Konusu Adli Yargının Görevinde Olan Bir Uyuşmazlıkta Vergilendirmeye Alakalı Şikâyetin Karşılansının Mümkün Olmadığı, İdari Yargıda Dava Konusu Edilmesi Gerektiği; Dolayısıyla Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Başvurucuya ait taşınmaz payının kamulaştırma bedelinin Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Katma Değer Vergisi (KDV) dikkate alınmadan belirlenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda; AYM, konuyla ilgili vergi yargısında ayrı bir dava açılacağı, bu dava sürecinin ihlal iddiasına konu edilen durumla ilgili etkili ve erişilebilir bir başvuru yolu olduğunu değerlendirmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:⁵⁹

⁵⁸ AYM, *Gümüşdere İnşaat Sanayi A.Ş.* B. No.: 2013/5016, 16/4/2015.

⁵⁹ AYM, *Say İnşaat San. Paz. Ve Tic. A.Ş.*, B. No.: 2014/3538, 1/2/2017.

“42. Başvuru konusu olayda vergi dairesince re’sen yapılmış bir tarhiyat işlemi bulunmamaktadır. Kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin yargılamanın konusu da doğrudan KDV ile ilgili olmayıp bu yargılama neticesinde, dava konusu taşınmazın kamulaştırılması nedeniyle davalı başvurucuya ödenmesi gereken tazminat miktarı belirlenmiştir. Diğer bir deyişle, adli yargı yerinde görülen ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilen dava sonucu derece mahkemelerince, yalnızca taşınmazın kamulaştırma bedeline esas değeri belirlenmiştir. Başvurucunun ise belirlenen bu bedel yönünden KDV eklenmemesi dışında bir şikâyeti bulunmamaktadır. Bu kamulaştırma bedelinin KDV’ye tabi olup olmadığı veya KDV bedelinden hangi tarafın sorumlu olduğu hususları ise başvuru konusu yargılama ile açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca taşınmazın kamulaştırılması üzerine açılan bedel tespiti ve tescil davası sonucu hükmedilerek ödenen bedel nedeniyle KDV tahakkuk ettirilir ettirilmemesi hususunda tereddüt yaşayan başvurucunun, verdiği beyannameye ihtirazi kayıt koyarak bu hususu idari bir davaya konu etmesi de mümkündür. Başvurucunun da belirttiği Danıştay içtihatlarına göre bu yolun etkili ve başarılı olma olanağının mevcut olduğu da görülmektedir.

(...)

44. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da değinildiği üzere etkin ve erişilebilir bir çözüm imkânı sunan hukuk yoluna başvurmaksızın yapılan bireysel başvuruların incelenmesi, bireysel başvuru yolunun ikincilliği ilkesi gereği mümkün değildir (bkz. §§ 32, 33). Sonuç olarak başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak bütün idari ve yargısal başvuru yolları usulünce tüketilmemiştir.”

- ❖ Kesin ve Yürütülmesi Gereken İşlem Yokluğu Gerekeşiyle Verilen ‘İncelenmeksizin Ret’ Kararı Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlali İddiasında Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Somut olayda; başvurucu şirketin KDV yatırım desteği kapsamında alacağı tutarın, vergi ve Sosyal Güvenlik Kurumu borçlarından mahsup edilmesi istemli başvurusunun reddi üzerine aynı istemle açılan davada; Erzurum Vergi Mahkemesi, dava konusu edilen işlemin daha önce aynı istemle yapılan başvurulara verilen cevap niteliğinden olduğu ve idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin ret kararı⁶⁰ vermiştir. Söz konusu karar temyiz ve ilgili dönemde mevcut olan karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiştir. Şirket usulden verilen ret kararı ile mağdur edildiğini, başta mülkiyet ve adil yargılanma hakları

⁶⁰ Vergi yargısından usulden verilen kararların hukuki nitelik ve sonuçları için bkz. Osman Sariaslan, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, ss. 267-332.

olmak üzere anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuruyu inceleyen AYM, mülkiyet hakkına ilişkin iddiaları başkaca bir açıklamaya gerek duymaksızın “Somut olayda başvuru hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu” gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.⁶¹

- ❖ Açılan İdari Bir Davada Lehine Hüküm Kurulan Davacının, Kararın Gerekçesinde Yer Alan ve Gelecekte Muhtemel Bir Sorumluluğa İşaret Eden İfadeden Ötürü Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiği İddiası Hakkında Henüz İşlem Tesis Edilmediğinden Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda, başvuru şirket tarafından, yurt dışından geçici girişi yapılan eşyaya ilişkin olarak aleyhine tahakkuk ettirilen gümrük vergisi, KDV ve gecikme zammı için idari itirazın reddi sonrası açılan davada İzmir 4. Vergi Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiştir. Karar, kanun yolu aşamalarından geçtikten sonra en son Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun (VDDK) karar düzeltme aşamasında verdiği onama kararı ile kesinleşmiştir.

AYM kararında, söz konusu yargı sürecinin başvuru lehine sonuçlandığını, Ancak başvuru VDDK onama kararının gerekçesinde “başvuru şirketin borçtan müteselsilen sorumlu olduğu ve 6183 sayılı Kanunla uyarınca tahsil yapılabileceği” ifadesi nedeniyle borçtan sorumlu olmadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğünü hatırlatmış ve mevcut duruma göre başvuru hakkında tesis edilen tahakkuk işlemi iptal edilmiş ve hâlihazırda başvuruya yönelik icrai bir işlem olmadığını vurgulamıştır. Ancak böyle bir işlemin tesisi halinde (tahsilât işlemleri gibi) gerekli yargısal yolların tüketilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunulabileceği, şu aşamada mülkiyet hakkının ihlali iddiasının incelenmeyeceği gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶²

- ❖ Normal Beyan Döneminde İhtirazi Kayıt Konulmadan Pişmanlıkla Verilen Beyana İhtirazi Kayıt Konularak Açılan İdari Davada Verilen “İncelenmeksizin Ret” Kararına Dayalı Yapılan Mülkiyet Hakkının İhlaline Yönelik Başvuruda, Başvuru Yollarının Usulüne Uygun Olarak Tüketilmediği

⁶¹ AYM, *Datsan Doğu Anadolu Toprak Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No.:2014/4860, 29/12/2015. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

⁶² AYM, *Tetaş İç ve Dış Ticaret A.Ş.*, B. No.: 2015/9357, 4/5/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır. Şunu da vurgulamak gerekir ki AYM'nin bu kararında diğer bir kabul edilebilirlik kriteri olan “kişi bakımından yetkisizlik” de değerlendirilebilirdi. Zira bireysel başvuru yapıldığı tarihte mülkiyet hakkına yönelmiş somut bir müdahale söz konusu değildir.

Olayda, başvuru 2013 yılı 3. dönemi için ihtirazi kayıt ve pişmanlıkla verdiği beyannameye istinaden yapılan tahakkuk işleminin iptali, ödenen gelir vergisi stopajı ve istihkaktan kesilen damga vergisinin iadesi ile pişmanlık zammının da yine iptali istemiyle İstanbul 9. Vergi Mahkemesine dava açmıştır. Anılan Mahkeme, ihtirazi kaydın ancak beyanname verme süresi içinde verilmesi gereken beyannameler için uygulanan bir dava açma yöntemi olduğu, vergi beyannamelerinin ihtirazi kayıtla verilmesi ile pişmanlıkla verilmesinin nedenleri, koşulları ve sonuçlarının farklı olduğu, süresinde verilen beyannameye ihtirazi kayıt konulması tahakkuk eden verginin dava konusu edilmesini olanaklı kıldığı halde, geç tahakkuktan dolayı vergi ziyayı doğduktan sonra pişmanlıkla verilen beyannameye ihtirazi kayıt konulmasının ilgiliye dava açma olanağı vermesine hukuken imkân bulunmadığı gerekçesine dayalı olarak işin esasını incelemeksizin ret kararı vermiştir. Kişi anılan kararla mahkemeye erişim hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM kararında, *ihtirazi kayıt hakkının süresinde verilmesi gereken beyannameler için kullanmadığı ve süresinden sonra pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazi kayıt konulmasının, ihtirazi kayıtla verilen beyannamelere bağlanan hukuki sonucu doğurmadığı* gerekçesiyle hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yollar tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶³

Vurgulamak gerekir ki ihtirazi kayda dayalı dava açılması, hangi beyanların ihtirazi kayda konu edilebileceği vs. gibi hususlar vergi yargısının tartışmalı alanlarından biridir. Bireysel başvuru süreciyle tartışmaya artık AYM de dâhil olmuştur. Ancak AYM, yukarıda ifade edilen kararla, bu tartışmaya ağırlığını koymamış, konuyu vergi yargısına hâkim olan görüş ekseninde değerlendirmiştir. Ancak yakın gelecekte mahkemeye erişim hakkı kapsamında kişilerin yargısal korunma taleplerinin daha fazla karşılanacağı bir içtihat alanına geçilmesi oldukça muhtemeldir.

❖ İYUK 11. Madde Başvurusundan Sonra Süresinde Açılmayan Davadan Sonra Yapılan Bireysel Başvuruda, Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda, başvuru hakkında yapılan vergi ziyayı cezalı tapu harcı tarhiyatlarına karşı idari davadan önce İYUK 11. madde kapsamında idari başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun anılan başvurusu üzerine idari dava açma süresi durmuş, başvurunun reddedilmesi üzerine tekrar işlemeye başladığı halde; kalan dava açma süre içinde idari dava açılmadığından süre aşımı nedeniyle ret kararı verilmiştir. Kanun yollarından geçen bu karar bireysel başvuruya konu edilmiştir. AYM tarafından başvuru hakkının iddiaları mahkemeye erişim hakkı ile mülkiyet hakkı ekseninde incelenmiştir.

⁶³ AYM, *Türkiye İş Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü*, B. No.: 2015/15195, 10/5/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

Buna göre mahkemeye erişim hakkının ihlal iddiası açıkça dayanaktan yoksun değerlendirilmişken; mülkiyet hakkına ilişkin iddialar ise kişinin kendi üzerine düşen özen yükümlülüğünü gereğince yerine getirip ilgili idari ve yargısal süreçlere uygun olarak davasını açmadığından başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.⁶⁴

- ❖ İYUK 13. Madde Kapsamında Verilen Mercine Tevdi Kararından Sonra Bu Kararın Gereği Yerine Getirilmeden Yapılan Mülkiyet Hakkının İhlaline İlişkin Şikâyette, Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Burada örneklendirilecek uyuşmazlıkta kararı veren mahkeme İdare Mahkemesi olmakla birlikte; kararın mahiyetinin vergi yargısı için de geçerli olması nedeniyle incelemeye değer bulunmuştur.

Olayda, başvurucu şirket tarafından, yurt dışından ithal ederek getirttiği emtiayla ilgili olarak tüm yasal yükümlülükler yerine getirilmesine rağmen idarenin hizmet kusuru nedeniyle hukuka aykırı olarak kendisine teslim edilmediğinden bahisle ortaya çıkan zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açılmıştır. Mahkemesince, idarenin eyleminden kaynaklı açılan tam yargı davasında ön karar koşulunun sağlanması gerektiği gerekçesiyle (davaya ilişkin) dilekçenin mercine yani Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na tevdiine kararı verilmiştir. Kişi anılan karara karşı kanun yollarını tükettikten sonra mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM, başvurucunun mercine tevdi kararı uyarınca kendisine dilekçe tevdi edilen idarenin iradesinin yasal süresi içinde belirlenmesini beklemesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Buna göre mercine tevdi kararı ile idareye iletilen talebinin reddi halinde kişi davasını açabilecektir. Açılan bu dava ve devamı kanun yollarından da sonuç alınmaz ise bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Dolayısıyla AYM, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yönünden başvuru yollarının tüketilmediği sonucuna varmış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶⁵

- ❖ Görevli Yargı Yerinde Süresinde Dava Açılmadığından Verilen Süre Ret Kararına Karşı Yapılan Başvuruda Mülkiyet Hakkına Yönelik Şikâyette Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Adli yargı merci tarafından verilen görev ret kararından sonra otuz gün içinde vergi mahkemesine dava açılmaması üzerine vergi mahkemesi tarafından verilen süre ret kararına karşı gerekli kanun yolları tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmuştur. AYM tarafından "*başvurucunun açmış olduğu davanın 2577 sayılı Kanunun 9. Maddesinde belirtilen otuz günlük dava açma*

⁶⁴ AYM, *Katal İnşaat ve Ticaret Limited Şirketi*, B.No.: 2016/21726, 08/5/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan karar yayımlanmamıştır.

⁶⁵ AYM, *UBM Makine San. Ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No.: 2016/2721, 10/05/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle esasa girilmeksizin usulden reddedildiği, başvurusunun süresi içinde hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketilmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır” denilerek başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁶⁶

❖ Mahkemenin Esas Kararından Sonra Süresinde Kanun Yolu Başvurusunda Bulunulmaması Nedeniyle Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Somut olayda; başvurusunun, vergi mahkemesinde açtığı dava lehine sonuçlanmıştır. Ancak kararın icrası aşamasında davalı idare ile ihtilafa düşülmüştür. Bunun üzerine bölge idare mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Ancak itiraz başvurusu yasal süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz da reddedilmiştir. Bireysel başvuru da bu sürecin sonunda yapılmıştır. AYM, “*Bir kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmez. Bir kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle usulüne uygun bir başvuru yapılması, yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir. Bu durumda, başvuru tarafından yapılan itiraz başvurusu, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin esas hakkında verdiği kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde yapılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olup, başvurusunun olağan kanun yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.*” gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶⁷

❖ Vergi İncelemesine Hazırlık İşleminin İptali Talebiyle Açılan Davada Verilen İncelenmeksizin Ret Kararına Dayalı Olarak Yapılan bireysel Başvuruda, Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda; Vergi Denetim Kurulu (VDK) elemanları tarafından tutulan incelemeye başlama tutanağı dava konusu edilmiştir. Derece mahkemesi söz konusu tutanağın hazırlık mahiyetinden olup kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle davayı incelenmeksizin ret etmiştir. Kararın kanun yollarından geçerek kesinleşmesi üzerine yapılan bireysel başvuruyu inceleyen AYM, mülkiyet hakkına ilişkin şikâyeti, ortada usulüne uygun bir şekilde yargı mercine iletilmiş bir başvuru olmadığı gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvuruyu kabul edilemezlikle sonuçlandırmıştır.⁶⁸

⁶⁶ AYM, İbrahim Tuğrul Topaloğlu, B. No.: 2015/1837, 16/5/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

⁶⁷ AYM, Özlem Türkeş, B. No.: 2014/505, 17/7/2014.

⁶⁸ AYM, M.S.D.İ.L.Ş., B. No.: 2015/8816, 17/4/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

Ancak vurgulamak gerekir ki burada, başvurucu hakkında vergi incelemesine başlanmasına ilişkin tutanak dava konusu edildiği dikkate alındığında ortada, mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu değildir. Çünkü vergi incelemesi idarenin vergi kanunlarının usulüne uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetlediği bir süreçtir. Şayet bir usulsüzlük ve/veya matrah farkı tespit edilmezse kişi hakkında herhangi bir vergilendirme işlemi yapılmamaktadır. Bu nedenle başvuru itibarıyla kişinin mülkiyet hakkı kapsamında mağdur sıfatı bulunmamaktadır. Dolayısıyla AYM'nin, konuyu başvuru yollarının tüketilmesinden ziyade kişi bakımından yetkisizlik ekseninde değerlendirmesi daha uygun olabilirdi. Bununla birlikte sonuç değişmeyecektir; zira her iki kritere göre de başvuru kabul edilemezdir.

❖ Bozma Üzerine Yeni Esas Alan Dosyanın Akıbeti Beklenmeden Yapılan Başvuruda, Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Somut olayda, vergi mahkemesince verilen kararın Danıştay tarafından bozulması üzerine, bozmadan sonra vergi mahkemesince yeni bir karar verilmesi beklenilmeden adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bozulan karar nedeniyle bireysel başvuruda bulunulmuştur. AYM, başvurusunun bozma sonrası yargılamaya başlanması ve yeni bir karar verilmesini beklemeden bireysel başvuruda bulunduğunu vurgulayarak bireysel başvurunun sonuçlandırıldığı tarihe kadar da bozma sonrası yargılamaya ilişkin Yüksek Mahkemenin bilgilendirilmediğini dolayısıyla hukuk sistemindeki mevcut yargısal yollar tüketilemeden bireysel başvuru yapıldığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶⁹

❖ Düzeltme Şikâyet Başvurusundan Sonra Açılan Davada Konu Düzeltme ve Şikâyet Kapsamına Girmedikten Verilen Ret Kararına Dayalı Yapılan Bireysel Başvuruda, (Tarhiyata Dava Açılmadığından) Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda; başvurucu, hakkında hatalı olduğunu düşündüğü cezalı vergi tarhiyatının kaldırılması istemli olarak idareye düzeltme ve şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Başvurusunun reddedilmesi üzerine açtığı idari dava da "ileri sürülen iddiaların düzeltme şikâyet yolunun kapsamının dışında olup tarh işlemine karşı açılacak davada değerlendirilmesi gereken konulara ilişkin olduğu" gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM de yerel mahkemenin yolunu takip ederek, düzeltme şikâyet kapsamında bir hataya ilişkin olmayan bir uyuşmazlıkta, düzeltme ve şikâyet yolu işletilerek başvuru yapılması suretiyle gerekli başvuru yollarının tüketilmiş olmayacağına hükmetmiştir. Buna göre hata kapsamında olmayan bir uyuşmazlıkta tarhiyat işlemine karşı süresinde dava açılmamış ise düzeltme şikâyet başvuru süreci etkili ve olağan bir başvuru

⁶⁹ AYM, *Türkiye İş Bankası A.Ş. Hadımköy Şubesi*, B. No.: 2015/12220, 12/4/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

yolu değildir. Dolayısıyla olayda, tarh işlemine karşı yasal süresinde doğrudan dava açılmadığından gerekli yasal yolların usulüne uygun olarak tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁷⁰

- ❖ Gümrük Kanununun 211. Maddesine Göre İade İstemli Yapılan Başvurunun Reddi Üzerine Açılan Davada Verilen Ret Kararına Dayalı Yapılan Bireysel Başvuruda, Tazminat Davası Açılabileceği Gerekçesiyle Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Somut olayda, başvuru yurt dışından ithal edilen eşyaya ilişkin olarak gümrük tarife istatistik pozisyonunun hatalı girilmesi nedeniyle fazladan ödediğini ileri sürdüğü gümrük vergisinin iadesi istemiyle idari başvuruda bulunmuştur. Başvurusunun reddi üzerine gerekli itirazlar yapıldıktan sonra açılan davada, vergi mahkemesince ret kararı verilmiştir. Söz konusu ret kararıyla adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği ileri sürülerek bireysel başvuruda bulunulmuştur.

AYM, başvuru iddiasını, idarenin ihmal ve kusuru nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal ettiği üzerine temellendirildiğini vurguladıktan sonra; başvuru idarenin kusurlu davranışına karşı açacağı tam yargı davasında mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürebileceği, bu yolla da hak ihlalinin giderilebileceği gerekçesiyle idarenin kusuru ve/veya ihmali davranışından ötürü mülkiyet hakkının ihlali iddiası için hukuk düzeninde mevcut olan tüm başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁷¹

- ❖ İhlal İddiaları Başvurulan Kanun Yollarında Dile Getirilmediğinden Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Başvuru, Samsun Vergi Mahkemesine açtığı davada zamanaşımı iddiası bulunmasına karşın bu iddiasının karşılanmayarak gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM, bu iddianın yalnızca dava aşamasında ileri sürüldüğü, temyiz ve karar düzeltme aşamasında zamanaşımı iddiasından söz edilmediği, söz konusu ihlal iddiasının yargı makamlarınca düzeltilmesine imkân tanınmadan bireysel başvuruda dile getirdiği, dolayısıyla başvuru yollarının usulüne uygun tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁷²

⁷⁰ AYM, *Hüseyin Sandalcı*, B. No.: 2016/9384, 8/3/2014. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

⁷¹ AYM, *Botech Elektronik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B.No.: 2015/14540, 13/4/2017. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

⁷² AYM, *Fatoğlu Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No.:2016/8489, 19/7/2016. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

- ❖ Karar Düzeltme Başvurusu Zorunlu Bir Kanun yolu Kabul Edilmese Dahi Bu Yola Başvurulması Halinde Sonucu Beklenmeden Yapılan Bireysel Başvuruda, Başvuru Yollarının Tüketilmediği

Olayda; defter ve belgelerinin incelenmesi sonucunda hazırlanan vergi inceleme raporuna dayalı olarak başvuru hakkında cezalı tarhiyatlar yapılmıştır. Bunların iptali için açılan davada ret kararı verilmiştir. Bu karara karşı temyiz başvurusu yapılmış ve reddolunmuştur. Başvuru ilgili dönemde mevcut olan karar düzeltme yoluna da başvurmuştur. Ancak karar düzeltme başvurusu sonuçlanmadan aleyhine verilen ret kararından ötürü bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM kararında, UYAP kayıtlarının tetkikinden başvuru yapanın yaptığı karar düzeltme başvurusunun sonucunu beklemeden yaptığı başvuruda, başvuru yollarının tüketilmediğine hükmetmiştir.⁷³

SONUÇ

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile başlayan hak arama sürecindeki paradigma değişimi, 23/9/2012 tarihinden itibaren hayata geçmeye başlamıştır. Bireysel başvuru, çekişmeli bir dava süreci olmadığından kendine has yöntemlere göre incelenmektedir. Ancak tıpkı bir dava süreci gibi usul ve esas olarak iki aşamalı bir incelemeden oluşmaktadır. Dolayısıyla başvurunun esasının incelenmesi usule ilişkin koşullarının tümünün sağlanmış olması şartına bağlıdır. Bireysel başvuru sürecinin usul aşamaları salt başvuru forumuna ilişkin usuli süreçler ile esas inceleme için bir nevi 'yeterlilik' incelemesi niteliğindeki kabul edilebilirlik incelemeleridir. Başvuru yollarının tüketilmesi koşulu ise kabul edilebilirlik incelemesine ilişkin aşamanın en önemli kriterlerinden biridir. Bireysel başvuruya konu edilen hak ihlali iddiasının ilgili merciler önünde hem biçim hem de öz itibarıyla ileri sürülmesi esasına dayanmaktadır. Bu, bireysel başvurunun ikincilliğinin bir gereğidir. Öyle ki bireysel başvuru sistemi, kendisine gelene kadarki aşamalarda oluşturulan hukuki süreçler piramidinin tepesine konumlandırılmıştır. Bu nedenle başvuru yollarının usulüne göre takip edilip, bu süreçler her olayın gerekliliklerine göre doğru şekilde inşa edilmesi gerekir. Yoksa bazı yazarların yerinde tespitiyle başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, kişilere kasıtlı zorluk çıkarma süreci değildir.⁷⁴

Bununla beraber başvuru yollarının tüketilmesi koşulu canlı ve değişken bir kural alanına sahiptir. Doğal olarak ciddi bir istisna alanı bulunmaktadır.

⁷³ AYM, Çel-tur Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (Kavak Otomotiv ve Ticaret Ltd. Şti.), B. No.: 2016/7700, 17/6/2016. Karar, Komisyon kararı olduğundan yayımlanmamıştır.

⁷⁴ Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, 1.b., XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 524'den aktaran Şen, a.g.e. s. 113

Bu durum yeni içtihatlarla birlikte her geçen gün daha da gelişmekte ve haliyle daha da karmaşık bir hal almaktadır. Bu bağlamda (diğer kriterlerin sağlandığını kabul edersek) bireysel başvurunun esastan görüşülebilmesi için usulüne göre tüketilmiş başvuru süreçleri kilit noktaların başında gelmektedir. Bunun için bireysel başvuruya kadar giden hukuksal süreçlerin daha başından usul ve mevzuata uygun yönetilmesi yahut takip edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan devletin vergilendirme kudreti kişilerin mülkiyet hakları hilafına kullanılan bir yetkidir. Kullanılması çok hassas dengelerin gözetilmesini gerektirir. Vergi, kişilerin maddi duran ve/veya dönen varlıkları üzerinden alındığından müdahale ettiği alan kişilerin mülkiyet hakkıdır. Dolayısıyla vergilendirme işlemlerinden kaynaklı uyuşmazlıkların neredeyse tümü mülkiyet hakkı merkezlidir. Hukuk düzenimizde bu uyuşmazlıkların giderilmesi için çeşitli adli ve idari mekanizmalar vardır. Adli mekanizmalar idari yargı rejimi içinde yer alan vergi yargı mercileridir. İdari mekanizmalar ise çeşitli usul yasalarında düzenlenen idari başvurulardır. İdari başvurular çoğu zaman hak arama sürecinin ilk aşamasını oluştururlar. Bazı durumlarda ise hak arma sürecinin zorunlu başlangıç noktalarıdır. Bu nedenle olayın gerektirdiği durumlar gözetilerek doğru ve etkin bir hak arama sürecinin inşası ancak gerekli idari başvuru yollarının tüketilmesi ile mümkündür. Söz konusu idari başvurular, özgülendikleri amaca göre farklılık arz etmektedirler. Vergilendirmeye ilişkin iddianın niteliğinden, talebin türüne göre farklı idari başvuru süreçleri vardır. Bunlardan

- Bazıları hak arama sürecinin ilk adımını teşkil etmeleri bakımından;
- Bazıları dakendisine başvurulmadan yargı süreçlerinin başlatılmayacak olmaları nedeniyle tüketilmeleri gerekmektedir.

Aksi takdirde açılacak idari davalar usulden reddedilecektir. Bu ret kararları çoğunlukla; süre ret, incelenmeksizin ret ve merciine tevdi kararlarıdır. Bu kararlara karşı yapılan bireysel başvurular, AYM tarafından şayet “mahkemeye erişim hakkı” yönünden sorunlu görülüp ihlal kararına konu edilmezlerse, ihlale konu edilen esas hak bakımından başvuru yollarının usulüne uygun olarak tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlikle sonuçlandırılmaktadır. Bu nedenle idari başvurular ve yargısal süreçler bireysel başvuru zincirinin birer halkaları konumundadırlar. Bunların usulüne göre tüketilmesi oldukça önemlidir. Bireysel başvuru sürecinin sıhhati bu başvuru ve süreçlerin usulüne göre tüketilmesine bağlıdır. Vergi uyuşmazlıklarının idari ve yargısal aşamada çözümlenmesi ve dolayısıyla hak ihlaline ilişkin iddiaların karşılanması zaman ve usul anlamında sıkı kurallara bağlandığından, bu süreçlerin doğru bir şekilde başlatılıp tüketilmesi ayrıca önem arz etmektedir. Vergi uyuşmazlıklarından kaynaklı bireysel başvurularda, AYM tarafından başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararları ise bu önemin birer göstergesidir.

KAYNAKÇA

CANDAN, Turgut; **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2016

ÇELİKİYAY, Hakan Sabri; "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının 'Başvuru Yollarının Tüketilmemesi' Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIII, 2015, S.1, ss. 21-61

TURAN, Hüseyin; "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Başvuruların İncelenme Usulü", Ed. Hüseyin Turan-Recep Kaplan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, ss.7-17

GÜLENER, Serdar; "Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak 'Keyfilik' Kriteri", Ed. Musa Sağlam-Serdar GüleNER, Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru İncelemeleri -1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, ss. 53-83.

EKİNCİ, Mehmet; "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak 'Başvuru Yollarının Tüketilmemesi'", **Teorik ve Açıkdan ve Temel düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir, Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama**, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, Ankara, 2013, ss. 138-155.

ŞEN, Murat; "Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı", Ed. Hüseyin Turan, Recep Kaplan **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, ss. 85-146

ŞİRİN, Tolga, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013

KAPLAN, Recep; SARAÇ, Hasan; ÇINAR, Yılmaz; "Bireysel Başvuru Süresi (30 Gün Kuralı)", Ed. Recep Kaplan-Muharrem İlhan Koç, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss. 33-49

KOÇ, Muharrem İlhan; "Mükerrer Bireysel Başvuru", Ed. Recep Kaplan-Muharrem İlhan Koç, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss.27-29

KARALİ SAUNDERS, Melek; "Bireysel Başvuruda Kişi Bakımından Yetki Kuralı", Ed. Recep Kaplan-Muharrem İlhan Koç; **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss.123-172

KOÇ, Muharrem İlhan; “Bireysel Başvuruda Yer Yönünden Yetki Kuralı”, Ed. Recep Kaplan-Muharrem İlhan Koç, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriteri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss. 87-90

HARRİS, David ve diğerleri; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi)**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi (Türkçe birinci baskı), Şen Matbaa, Ankara, 2013.

SARIASLAN, Osman; **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.

SARIASLAN, Osman; “Düzeltilme (ve Şikâyet) Başvurusunun İYUK 11. Madde Başvurusu ile Karşılıklı İncelenmesi, Benzerlikler ve Farklılıklar”, **Vergi Dünyası**, Temmuz/2012, Y.: 31, S.: 371, ss. 118-126.

Dipnotlarda yer alan Anayasa Mahkemesi Bölüm ve Genel Kurul kararları <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> internet adresinden temin edilmiştir. Ancak AYM Komisyonları tarafından verilen kararlara haricen ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin 6216 sayılı Kanunla alakalı yapılan iptal başvurusunda verdiği karar: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bae8fd21-ec86-466c-b2df-159dc30b15ee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (15.11.2017)

AİHM, *Gökhan Köksal*, Application no.: 70478/16, 12/6/2017 ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-174629"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) (28.11.2017).

Atf yapılan Mahkeme ve Danıştay Kararlarına UYAP sisteminden erişim sağlanmıştır.

ICSID TAHKİMİNDE ONAY¹ (RIZA)

Consent in ICSID Arbitration

Dilşad KUĞUOĞLU², Elit Meviza DEMİRKOL³

Geliş Tarihi: 22.01.2018

Kabul Tarihi: 16.02.2018

ÖZET

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi yani İngilizce kısaltması ile ICSID, yatırım tahkimi alanında önemli bir yere sahiptir. Bu tahkim mekanizmasının işlerlik kazanabilmesi açısından en önemli hususlardan biri de onay meselesidir. Zira onay bir ön şart olarak görülmekte ve yokluğu halinde ICSID'in yargı yetkisine sahip olamaması durumu ortaya çıkmaktadır.

Onayın kaynakları ve verilme anı da bu anlamda önem kazanmaktadır. Onayın kaynakları temel olarak ev sahibi devletin ulusal mevzuatı, ikili yatırım anlaşmaları, çok taraflı yatırım anlaşmaları ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesi olabilecektir. Onayın kaynağı hangi yabancı yatırımcıların ICSID Tahkimine gidebileceği noktasında hayattır. Onayın verilme anı ise yabancı yatırımcının milliyetinin belirlenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken bir unsurdur.

Onayın varlığı, ICSID Tahkimine başvuracak taraflarca, Genel Sekreterlikçe ve hakem heyetlerince büyük bir titizlikle ele alınmalıdır. Hakemlik davasının tescili aşamasında onay incelemesi yapılması için Genel Sekretere yüklenmiş bir görev söz konusudur. Ayrıca davanın görülmesi esnasında onay yokluğuna dair taraf iddiaları büyük bir özenle incelenmeli ve hakem heyetleri de re' sen bir onay incelemesi yapmalıdır.

Anahtar Kelimeler: ICSID, Onay, Onayın Kaynakları, Ev Sahibi Devlet, İkili Yatırım Anlaşmaları, Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları, Yatırım Anlaşmaları, Şarta Bağlı Onay, Onayın Verilme Anı.

ABSTRACT

International Center for Settlement of Investment Dispute (ICSID) has an important place in the field of investment disputes. One of the most important aspects to bring into force ICSID mechanism is the consent. The consent is deemed as a precondition and in the absence of it, ICSID becomes non-jurisdictional.

In this sense, sources of consent and the time of consent are essential. Mainly, sources of consent might be host state legislation, bilateral investment treaties, multilateral treaties and contract between investor and host state. The source of consent becomes vital at the point of deciding which investor could bring case before ICSID against the host state. The time of consent is significant to specify the investor's nationality.

The existence of consent shall be considered very meticulously by Parties of the dispute, General Secretary and Arbitral Tribunal. At registration of the arbitration case, the consent inquiry shall be done by General Secretary. In addition to that, during the arbitral proceeding, the allegation of absence of consent directed by Parties shall be examined very carefully by Arbitral Tribunal. Even if no Party addresses this allegation to the Arbitral Tribunal, the Tribunal shall examine proprio motu the consent matter.

Keywords: ICSID, Consent, Sources of Consent, Host State, Bilateral Investment Treaties, Multilateral Investment Treaties, Investment Contract, Conditioned Consent, Time of Consent.

¹ Her ne kadar kaynaklarda ve ICSID Konvansiyonu'nda "rıza" tabiri kullanılsa da, kanımızca, "onay" teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Zira özel hukuk terminolojisinde "rıza" uyuşmazlık çıkmadan önce verilen muvafakate, "icazet" ise uyuşmazlık çıktıktan sonra verilen muvafakate işaret etmektedir. ICSID Tahkiminde onayın verilme zamanı önem arz etmekle beraber makalenin genelinde böyle bir kronolojik ayrıma işaret etmeyen "onay" terimi kullanılacaktır.

² Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi

³ Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Günümüzde ulusal pazarlar yerlerini küresel boyutlu ticaret ve ekonomi ağına bırakmıştır. Ekonomik gelişmelerin global hale gelmesi; devletler arasında bir iş birliği oluşturulması ve uluslararası yatırımın/yatırımcının korunması ihtiyacını doğurmuştur. Her ne kadar devletler kendi bünyelerinde bir yargı mekanizmasına sahip olsa da tarihsel süreç devletlerin yabancı yatırımcılara farklı muamele edilebileceğini tecrübe ettirmiştir. Bu nedenle uluslararası boyutta faaliyet gösterecek uyuşmazlık çözüm merkezleri kurulması ihtiyacı hasıl olmuştur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerce yabancı yatırımın vazgeçilmez bir unsur olarak görülmeye başlanması ve bu ülkelerin yabancı yatırımcıları ülkelerine çekme arzusu karşısında yabancı yatırımcılar, uluslararası tahkim mekanizmalarının kabul edilmiş olmasını, yapacakları yatırımın bir koşulu olarak talep etmiştir. Zira yatırım tahkimi, yatırımla ilgili çıkması muhtemel bir uyuşmazlıkta taraflara öngörülebilir bir çözüm yolu sağlamaktadır⁴.

ICSID⁵ (International Center for Settlement of Investment Disputes) yatırımcı ile devlet arasındaki güven atmosferinin bozulmadan çözülmesi ve özellikle büyük riskler alarak yabancı bir devlete yatırım yapan yatırımcının korunmasını sağlamak üzere⁶ 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe giren Washington Sözleşmesi ile kurulmuştur. Dolayısıyla Washington Sözleşmesi'nin en belirgin niteliği, yabancı yatırımcılar ile devletler arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik bir birim kurulmasına imkan sağlamasıdır⁷. Türkiye ise ICSID Konvansiyonu'nu ("**Konvansiyon**") 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış ve Konvansiyon 2 Nisan 1989 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiştir⁸. Bununla birlikte, bir devletin Konvansiyon'a taraf olması, ICSID'in yargılama yetkisine verilmiş bir onay değildir. Her yatırım anlaşması ve bundan doğacak ihtilafın ICSID'e arz edilebilmesi için Türkiye'nin onay vermesi gerekir.⁹

ICSID, yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tek çare olmamakla beraber belki de en önemlisidir. Öncelikle, ICSID yalnızca devletler ve özel kişiler arasındaki uluslararası yatırım uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulmuş özel ve uzman bir tahkim merkezidir¹⁰. Ayrıca, çok sayıda ikili yatırım anlaşmasında

⁴ **DOST** Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara 2006, s. 1

⁵ Makalede "Merkez" şeklinde de kısaltılabilecektir.

⁶ **TURAN** Gökçen, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, 2002, s.121 <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750> (26.10.2017'de erişildi).

⁷ **ORMANOĞLU** Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Mart 2004, s. 91

⁸ Türkiye, Konvansiyon'a üye olan 91. üye devlettir.

⁹ **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.122

¹⁰ **YILMAZ** İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, 1.

ya da çok taraflı yatırım anlaşmasında uyuşmazlık çözümünün ICSID nezdinde gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. ICSID Tahkiminin asıl ayırt edici özelliği ise, ihtilafları çözüme kavuşturan hakem kararlarının Washington Sözleşmesini onaylayan bütün ülkelerde yerel mahkemeler tarafından verilmiş nihai bir karar gibi icra edilebilir olmasıdır.¹¹

İşbu makale kapsamında öncelikle neden ICSID'in yabancı yatırım uyuşmazlıkları alanında tek uluslararası tahkim mekanizması olmamasına rağmen, belki de en önemlisi olduğu açıklanacak, akabinde ICSID Tahkiminde onay meselesi detaylı olarak ele alınacaktır.

A. ICSID'İN ÖNEMİ

ICSID, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi bir araç ve tehdit unsuru olmaktan çıkarak uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini dengeleyen bir çözüm hedeflemektedir. Böylece yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi konusunda özel bir tahkim sistemi getirerek ulusal hukuklardan bağımsızlaşmıştır. ICSID, taraf devletlerde otomatik tanıma ve tenfiz gücüne¹² sahiptir. Konvansiyon, akit devletleri, başka ülkelerde yabancı yatırımcı sıfatını haiz vatandaşlarına diplomatik himaye uygulamaktan men etmesi¹³ sebebiyle de kendine özgü bir yapıya sahiptir¹⁴.

Yabancı yatırımcının yatırım yapacağı yerel mahkemeye karşı güvensizliğini gidermek, aynı zamanda uluslararası hukukun birer süjesi olan devletlerin kendi çıkarlarından taviz vermemesi¹⁵ adına ICSID önem arz eden bir mekanizmadır. Zira, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında tarafsız bir sistem olan ICSID, egemen devletler için de kabul edilebilir niteliktedir¹⁶.

Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 31

¹¹ **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.121

¹² Bkz. Konvansiyon'un 54. maddesi; ICSID Hakem kararlarının doğrudan uygulanabilir niteliği doktrinde kimi yazarlarca eleştiriye açık bulunmaktadır. Zira kural olarak egemen eylemlerini konu edinen yatırım tahkimlerinde, ticari uyuşmazlıklar sonucunda verilen hakem kararlarının doğrudan uygulanabilirliği gibi bir doğrudan uygulama alanı yaratılması sakıncalar doğurabilecektir. Bkz: ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 65

¹³ Ancak devletlerin icra sırasında, yerel mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına benzer şekilde, diplomatik korumadan yararlanacağı görüşü için bkz. ve krş. ÇAL Sedat, s. 66 - 67 ve dipnot 153 - 155.

¹⁴ **DOST** Süleyman, s. 148

¹⁵ Konvansiyon'un 5. maddesine göre Dünya Bankası başkanı otomatik olarak ICSID İdari Konseyinin de başkanıdır. Dünya Bankası Grubu içerisinde yapılanmış olan ICSID ve Dünya Bankası ile arasında bulunan organik bağ gereği, özellikle bazı Latin Amerika ülkelerine kredi baskısıyla, ICSID Tahkimi adeta bir zorunluluk haline getirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ÇAL Sedat, s. 67 -70.

¹⁶ **FRIEDLAND** D. Paul, Arbitration Clauses for International Contracts, Juris Publishing 2004, s. 97

Bu sistemde yabancı yatırımcı gibi devlet de tahkim yolunu başlatan taraf olabilecektir ancak pratikte buna çok az rastlanmaktadır¹⁷.

ICSID Tahkim kuralları, Konvansiyon'da yer alan uluslararası hukuk kurallarının bir araya gelmesinden oluşan kendine yeten ve otonom¹⁸ (ulusal hukuklardan bağımsız) bir mekanizma oluşturmaktadır¹⁹. Doktrinde "kendine yetme" olgusu eleştirilere de maruz kalmaktadır. Zira bazı yazarlara göre ICSID hukuk içerisinden bir "adacık" oluşturmaz ve oluşturamamalıdır da. Buna göre, parçalı bir yapı oluşturan uluslararası hukukun "adacıkları" birbiriyle ilintilendirilmeli ve bunlara bir bütün olarak bakılmalıdır²⁰.

ICSID'in yalnızca yatırım uyuşmazlıkları konusunda özelleşmiş, uzmanlaşmış yapısı ve tecrübesi yatırımcıların bu mekanizmaya başvurmasında önem arz eder. Dolayısıyla açıklanan nitelikleri nedeniyle ICSID Tahkimi yatırım uyuşmazlıklarına çözüm bulunması konusunda en sık işletilen mekanizmadır.

B. ICSID'İN YARGILAMA YETKİSİ

Tahkim, barışçı çözüm mekanizmalarından biri olup her tahkime başvuru prosedüründe olduğu gibi ICSID yargısı da gönüllülük esasına dayanmaktadır²¹. Konvansiyon'un "Giriş" bölümünde şu ibarelere yer verilmiştir: "Hiç bir âkit devletin, bu sözleşmeyi onaylamış, teyit etmiş ya da kabul etmiş olduğu gerçeğine rağmen, kendi rızası olmaksızın herhangi bir anlaşmazlığı uzlaştırma veya hakemliğe sunma yükümlülüğünde olmadığını ilan ederek (...)". Bozuk bir şekilde Türkçe'ye çevrilmiş olan bu kısımda söylenmek istenen Konvansiyon'a üye olmanın başlı başına ICSID Tahkimi'ne gitme konusunda devlete bir borç yüklenmediğidir.

Bu anlamda bir devletin onay (consent) verebilmesi için Konvansiyon'a akit olması aslında bir ön şart²² olarak görülebilecektir. Akit devlet ve başka bir akit

¹⁷ **NOMER** Ergin/ **EKŞİ** Nuray/ **GELGEL** Günseli, Milletlerarası Tahkim, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 53

¹⁸ **GIARDINA** Andrea, "ICSID: A Self-contained Non-National Review System", International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization and Uniformity" (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors: R. Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993, s. 200 (**DOST** s. 150'den naklen)

¹⁹ **DOST** Süleyman, s. 150

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. ÇAL Sedat, s. 64 - 65 ve dipnot 147 - 148

²¹ **ZENGİNKUZUCU** M. Dikran, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 103

²² Mehmet Can **AÇIKALIN** bu hususu yetki kabulünün objektif şartı; somut uyuşmazlık bakımından tarafların ICSID yargılmasını kabul ettiklerine dair yazılı onay sunması şartını ise "sübjektif şart" olarak adlandırmaktadır. Biz, bu hususu ön şart olarak tanımlamayı daha doğru bulmaktayız. (**AÇIKALIN** Mehmet Can, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case

devletin yatırımcısı arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarında ICSID'in tahkim konusunda yetki kazanması ise ancak bu devletlerin ICSID Tahkimine onay vermesi ile gerçekleşebilecektir.

Tarafların uyuşmazlığı ICSID'e ne şekilde götürecekleri, hakemlik istemini ne şekilde yapacakları Konvansiyon'un 36. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre istemin Genel Sekreterliğe yapılması gerekir. Tahkim davasını başlatmak isteyen uyuşmazlık tarafı, yazılı istemini Genel Sekreterliğe iletir. Bu istemde tarafların onayını içeren yazılı bir belge de bulunmalıdır. Bu aşamada Genel Sekreter adeta bir "ön inceleme" yaparak ICSID'in yetkili olup olmadığı hususunu inceler. Tarafların onay vermediğinin açık olduğu hallerde, ICSID yargı yetkisini haiz değildir. Bu nedenle Merkez'e başvuran kişilerde kurumsal tahkim sürecinin titiz şekilde yürütülmediği izlenimini vermemek ve bu kişilerin Merkez'in konumuna olan güvenlerini sarsmamak adına Genel Sekreterce bir onay incelemesi yapılmaktadır. Bu noktada Genel Sekreter adeta bir "süzgeç"²³ işlevi görür. Genel Sekreter bu incelemeyi yalnızca davacının isteminde yer alan belgelere bakarak dosya üzerinden yapacaktır; karşı tarafın görüşüne başvurulması söz konusu olmaz²⁴. ICSID'in yetkisinin bulunmadığı açık durumlarda, yani ev sahibi devletin ya da yabancı yatırımcının devletin Konvansiyon'a taraf olmaması, ICSID'in yetkisini tanıyan yazılı onayın sunulmaması veya hukuki uyuşmazlığın olmaması gibi hallerde başvuruyu reddedecektir. Bu karara karşı herhangi bir itiraz yolu mevcut olmayıp taraflar ancak ve ancak tekrar bir başvuru ücreti ödeyerek yeni bir başvuru yapabileceklerdir²⁵. Genel Sekreterin yetki konusunda tereddüde düşmesi halinde ise istemi tescil ederek tahkim prosedürünü başlatması gerekir²⁶. Şunu belirtmek gerekir ki; Genel Sekreterin yapacağı inceleme yetki konusunda verilmiş bir nihai karar olarak nitelendirilmemelidir. Zira yetki konusu ön sorun ya da esasla beraber yine hakem mahkemesi tarafından tartışmaya açılabilir; hatta hakem mahkemesi kararının iptali noktasında da tekrar gündeme getirilebilir²⁷.

No ARB/07/20), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Ata Sakmar'a Armağan)

²³ Burada İngilizce "screening process" tabiri kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Screening-of-Request-and-Registration-Convention-Arbitration.aspx> (06.11.2017 tarihinde erişildi)

²⁴ **HIRSCH** Moshe, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, the Netherlands 1993, s. 44 (**YILMAZ** İlhan s. 46'dan naklen)

²⁵ **YILMAZ** İlhan, s. 46 - 47

²⁶ **SCHREUER** H. Christoph, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge 2001, s. 462 (**YILMAZ** İlhan s. 46'dan naklen)

²⁷ **YILMAZ** İlhan s. 45 - 46.

Taraflar tahkim yolu olarak ICSID Tahkimine başvurma iradelerini bir kere ortaya koymakla artık bu yola başvurmak ya da başvurulması halinde tahkimin ICSID bünyesinde yürütülmesine katlanmak zorundadır. Yani onay veren ev sahibi devlet ve bir diğer akit devletin vatandaşın yatırımcısı, vermiş olduğu bu onayı artık karşı taraf kabul etmedikçe geri alınamaz ve Merkez'in yargılama yetkisine karşı çıkılamaz. Bu ilkeye ilişkin Alcoa Minerals v. Jamaika davası önem arz etmektedir. Alcoa şirketi ve Jamaika hükümeti arasında imzalanan yatırım anlaşmasında, taraflar, ICSID Tahkimine karşılıklı ve yazılı onay vermiştir. Hakem mahkemesi kararında taraflar arasında ICSID'i yetkilendiren onayın verilmiş olduğunu, verilmiş olan rızanın tek taraflı geri alınamayacağını ve Konvansiyon'un 25. maddesine uygun şekilde Jamaika hükümetince yapılan bildirim sadece gelecekte gerçekleşmesi muhtemel uyuşmazlıklar için geçerli olacağını belirtmiştir²⁸.

Akla gelebilecek bir diğer soru da tarafların yetkiye itiraz etmemeleri halinde bu suskunluklarına yetkiye onay sonucu bağlanıp bağlanamayacağıdır. Burada ICSID'in yetkisine karşı çıkmayan tarafın zımnî bir onay vermesinden bahsedilebilecektir. Fakat objektif birer şart olan konu ve kişi bakımından yetki açısından bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Yani hakem mahkemesi, re'sen, ortada bir yatırım uyuşmazlığı olup olmadığını ya da uyuşmazlığın akit devlet vatandaşı olan bir yatırımcı veya bir akit devlet tarafından önüne taşınıp taşınmadığını incelemelidir²⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında ICSID'in yargılama yetkisi; öncelikle uyuşmazlık taraflarının onayına, ardından Konvansiyon kapsamında bir hukuki menfaat uyuşmazlığının varlığına ve son olarak uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanmasına bağlıdır³⁰. İşbu makale kapsamında ICSID yargılama yetkisi bakımından yetki incelemesi yapılmayacak olup yargı yetkisi bakımından olmazsa olmaz olan onay meselesine değinilecektir.

C. ICSID TAHKİMİNDE ONAY (Ratione Voluntatis)

Tahkim yargılama sürecinde başlıca unsur, tarafların, aralarındaki ihtilafı tahkim nezdinde çözüme kavuşturmak yönünde gösterdikleri iradeleridir. ICSID için de bu söylenenler aynen geçerlidir. Ancak ICSID'in bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş olması ve yargılama taraflarından birinin devlet olması, bu irade açıklamalarını ve irade açıklamalarının tespitini nitelikli bir konuma yerleştirmektedir. Kural olarak bir özel hukuk süjesi olmayan devlet, istisnai

²⁸ <https://www.italaw.com/cases/3497> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

²⁹ YILMAZ İlhan s. 49 - 50.

³⁰ SASSOON M. David, "International Investment and Dispute Settlement" Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: FRIEDMANN D. Paul/ MESTMACKER Ernst-Joachim) Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993, s. 102-103 (DOST s. 151'den naklen)

olarak yatırım anlaşmalarında özel hukuk süjesi olarak hareket etmektedir.

31

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında ICSID Tahkimine gidilebilmesi bu konuda tarafların yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmasına bağlıdır. Burada taraflardan kast edilen nedir? Yabancı yatırıma dair bir uyuşmazlıkta her ne kadar yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet ihtilafın tarafları olarak gözükse de; Konvansiyon her yabancı yatırımcıya değil ancak vatandaşı olduğu devletin Konvansiyon'a taraf olduğu yabancı yatırımcılara ICSID Tahkimine başvurabilme imkanı vermektedir. Dolayısıyla temelde üç aktör olduğundan bahsedilebilir. Bunlar; ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı ve yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devlettir.

ICSID'in yargılama yetkisi (jurisdictional capacity), ev sahibi akit devletle yabancı yatırımcı arasında çıkan ve gerek ev sahibi devletin gerekse yabancı yatırımcının vatandaşının hukuki ihtilafların ICSID'e arzını yazılı olarak kabul ettikleri durumlarda mevcuttur.³² Salt Konvansiyon'un onaylanması yargılama yetkisinin kabul edildiği anlamına gelmeyecek; her somut olayda onay verilmesi aranacaktır. Zira, devletler onay verip vermeme konusunda serbest oldukları gibi onayın kapsamını da Konvansiyon hükümleri çerçevesinde sınırlandırabilirler³³. Makalemizin ana konusu olan onay, ICSID'in "yargı yetkisinin temel taşı" olarak ifade edilmektedir³⁴.

Her somut olayda onayın aranması, taraf devletlerin diledikleri uyuşmazlıklar hakkında ulusal yargı organları dışında kalan bir mekanizmanın yargı yetkisini tanımama hakkını muhafaza etme isteklerinin bir sonucudur.³⁵ Bu durum, uluslararası hukuktan doğan her devletin egemen olduğu prensibine uygundur. Bu hususla bağlantılı olarak Konvansiyonun 26. maddesi, akit devletlerin hangi anlaşmazlık türlerini ICSID'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını ICSID'e bildirebileceğini öngörmektedir. Nitekim Türkiye, Konvansiyon'u onayladığı 3460 sayılı Kanunun³⁶ 1.maddesinin b bendinde,

³¹ **AÇIKALIN** Mehmet Can, s. 29

³² **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.33

³³ **YILDIRIM** Aslı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim" 14 Şubat 2009: Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, İstanbul 2009, (Editörler: **ULUSOY** Erol, **YILDIRIM** Aslı), s. 295

³⁴ **HERGÜNER** Ümit; International Center for Settlement of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity, MHB 1985, S: 1, s.13

³⁵ **BİLGİN** Samim, Bir Devletle Başka Bir Devletin Uyuşmazlığı Arasındaki İhtilaflarda Tahkim, BTHAE, I. Tahkim Haftası (Sempozyum), Ankara 1965, s.570 (**TURAN**, Tahkim s.34'ten naklen)

³⁶ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG., S.19830; 02.06.1988

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması sebebiyle Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerinde mülkiyet ve aynı hak iddialarının ICSID’e götürülmeyeceğini öngörmüştür.

Onayın, yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Ayrıca taraflar onaylarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu oluru tek taraflı olarak geri alamaz. Yani Konvansiyon, uyuşmazlığın tarafı olan devletin ICSID’e gitme konusunda onayını beyan ettikten sonra, yargılamanın seyrini olumsuz etkilememesi amacı gütmektedir.³⁷

Bu nedenle, ICSID’e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş olmaktadır. Dolayısıyla bu noktada kritik olan, ev sahibi devletin onayının sunulma biçimidir. Konvansiyon, onay beyanı konusunda özel bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte, onayın verilme biçimine ilişkin farklı yollar söz konusu olabilir.

Sözleşmenin 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tahkim prosedürünü başlatmak isteyen herhangi bir akit devlet ya da akit devlet vatandaşı bu yöndeki talebini ICSID Genel Sekreterine yazılı olarak iletirken, talep, tarafların hakemlik davasının açılma kurallarına uygun olarak hakemlik konusundaki onaylarını bulunduran belgeleri içermelidir. Tarafların onayını içeren metin en geç, taleplerin bulunduğu dosyanın Genel Sekretere sunulduğu anda olmalıdır.³⁸ Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir taraf uyuşmazlığın konusu ile doğrudan ilgili fer’i ya da ek bir iddiada veya karşı iddiada bulunabilir. Şu kadar ki, böyle bir tali iddia tarafların tahkim prosedürüne verdikleri onayın kapsamı ile ICSID’in yargılama yetkisinin içinde olmalıdır.³⁹ Bu husus bize, onayın içeriğine de bakılması gerektiğini göstermektedir. Devletler, egemen olmalarına bağlı olarak ICSID Tahkimine gidilmesi için onay verirken, çıkacak hangi ihtilaf için bunu verdiklerini belirterek onayı sınırlama yoluna gidebilirler.

Konvansiyon’un 26. maddesi, bu sözleşme çerçevesinde tarafların verdikleri onayların, devletlerin Konvansiyon dışındaki herhangi bir çözümü reddetmiş sayılmaları anlamına geleceğini belirtmektedir. Bu noktada Konvansiyon “yargılamadan kaçınma” (judicial abstention) ilkesini benimsemiştir.⁴⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, devletlerin onay verirken ön koşul olarak yerel, idari

³⁷ **BOZKURT** Enver/ **DOST** Süleyman, Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler Ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi 2005, S: 1-2, s. 5

³⁸ **ERTEN** Rifat, ICSID Tahkimi, BATİDER 1998, C: 19, S: 4, s. 218

³⁹ **TURAN** Gökçen, Dünya Bankası Bünyesindeki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez’in Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkimin İşleyişi, BATİDER, C: 25, S: 3, (Eylül 2009), s. 369

⁴⁰ **YEŞİLİRMAK** Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, BATİDER, C: 20, S: 2, s. 166

ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebileceğini öngörmektedir. Böyle bir koşul öngörülmesi durumunda, basamaklı bir çözüm yolu izlenecek; önce ev sahibi devletin iç hukuk yolları tüketilecektir. Bununla birlikte, böyle bir koşulun ICSID Tahkiminden maksimum faydalanmayı engelleyeceği savunulabilir. Çünkü bağımsız bir tahkim mercine başvurulmasındaki amaç, ev sahibi devletin olası manipülasyonlarına karşı ve tarafsız davranamayabileceğinden bahisle vicdanların rahat olduğu, aynı zamanda hızlı bir yargılama sağlamaktır. Oysa önce yerel mahkemelere başvurulmasının zorunlu tutulması, uyuşmazlığın çözümünü geciktirecek ve ICSID'in yukarıda belirttiğimiz faydalarından yararlanmayı engelleyebilecektir.

Konvansiyonun 26. maddesinin ikinci fıkrasını zıt yorum yöntemiyle yorumlarsak, bir akit devlet eğer şart koymaksızın onay vermişse, artık iç yolların tüketilmediğini bahane ederek ICSID Tahkiminin yetkisine karşı çıkamayacaktır. ICSID'in yargı yetkisine ilişkin olarak hakem heyeti önünde savunulabilecek tek iddia iki taraflı yatırım anlaşmasında gösterilen onayın geçersiz olduğudur. Bu ise söz konusu devletin uluslararası anlaşma yapma ehliyetine yöneltilmiş bir iddia olup söz konusu iddianın ICSID hakem heyeti tarafından reddi söz konusu olacaktır.⁴¹

Makalede öncelikle ev sahibi devletin onayı sorununa yaklaşılabilecek, sonrasında yabancı yatırımcının ICSID Tahkimine onayı incelenecektir.

a. Ev Sahibi Devletin Onayı

Konvansiyon'a göre yabancı yatırım uyuşmazlığının ICSID Tahkimine götürülebilmesi için ev sahibi devlet ICSID Tahkimine başvuru konusunda onay vermelidir.⁴²

Yabancı yatırımcı, devletler arasında imzalanmış ve uluslararası hukukun süjesi olan devletlerin onayını gösteren bir uluslararası anlaşmaya taraf olamayacaktır. Ancak yabancı yatırımcının, böyle bir uluslararası anlaşmaya taraf

⁴¹ YEŞİLİRMAK Ali, s. 181

⁴² **ERTEN** ise, eserinde yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin de rızasının bulunması gerektiğini savunmaktadır. Biz bu görüşe katılmamaktayız; yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin Konvansiyon'a taraf olması gerekli ve yeterlidir. Nitekim Konvansiyon'un 25. maddesi de uyuşmazlık taraflarının onayını aramaktadır. Ayrıca, onayın kaynaklarına bakıldığında, aşağıda açıklanacağı üzere, karşımıza temelde dört kaynak çıkmaktadır. Bunlar; millî mevzuat, ikili yatırım anlaşması, çok taraflı yatırım anlaşması ve ev sahibi devlet - yabancı yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesidir. İki taraflı yatırım anlaşmaları ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, devlet onayını karşılıklılık koşuluna yani diğer devletin de onay vermesine bağlamış olabilir. Ancak, ev sahibi devletin onayını kendi millî mevzuatı ile vermiş olması örneğinde olduğu gibi her somut olayda böyle bir karşılıklılığın ortaya çıkması söz konusu olmayabilir. Keza, ev sahibi devletin onayını, yabancı yatırımcı ile imzaladığı yatırım sözleşmesinde vermesi ihtimalinde de yabancı yatırımcının devletin onay verip vermediği araştırmasının yapılmasına gerek yoktur. bkz. **ERTEN** Rifat, s. 218

olamaması, onun bu anlaşmadan belli kazanımlar elde edemeyeceği anlamına gelmez. Bu nedenle doktrinde söz konusu durum “Uluslararası Tahkimin Nisbi Olmaması” ilkesi olarak anılmaktadır. Böylece “somut, gerçek davalıyla; somut ve gerçek bir uyuşmazlıkta karşı karşıya gelme imkanı” yabancı yatırımcıya verilmiş olacaktır⁴³.

Akit devletlerin onay vermesi, Konvansiyon’un 25. maddesinin 1. fıkrasında “Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler **(ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır.**” şeklinde belirtilmiştir. Burada dikkate değer husus, sadece akit devletlerin değil, devleti oluşturan birimlerin ya da devletin atadığı temsilcilerin de uyuşmazlık tarafı olabilmesidir. Belediyeler, yerel idarelerin organları, devletlerin varsa özerk bölgeleri, vilayetleri ve federe devletler bu kapsama girmektedir.⁴⁴ Konvansiyon’un 25. maddesinin 3.fıkrası ise, bu birimler uyuşmazlığa tarafsız, sadece bu birimlerin onaylarının yetmeyeceğini söylemekte; ayrıca akit devletin onayının gerekmediğine dair bu devletin beyanı aranmaktadır.

b. Yatırımcının Onayı

Çoğunlukla davacı konumunda olan yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında ICSID Tahkimini yetkili kılan bir tahkim anlaşması olmasa dahi yatırımcı açısından, yatırım uyuşmazlığını, ICSID önüne götürme imkanı mevcuttur⁴⁵. Yabancı yatırımcı uyuşmazlığı, Konvansiyon’a taraf olan ev sahibi devletin onay vermesi halinde, ICSID Tahkimine götürmek ya da ev sahibi devletin ulusal yargı sistemi içerisinde çözme imkanına sahiptir. Yani yabancı yatırımcının böyle bir durumda uyuşmazlığı ICSID’e götürmesi doğrudan onay verdiğini gösterir niteliktedir⁴⁶.

Bununla beraber yabancı yatırımcının davalı, ev sahibi devletin ise davacı olduğu düşünülürse artık yabancı yatırımcının da onayı gerekecektir. Burada yabancı yatırımcı uyuşmazlık çıkmadan önce ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra ev sahibi devletle yazılı bir tahkim anlaşması yapmış olabilir. Uyuşmazlığın çıkmasından sonra ise yabancı yatırımcının, aleyhine ICSID Tahkimine

⁴³ PAULSSON Jan, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1995, s. 232 vd., (http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privacy.pdf adresinden 03.11.2017 tarihinde erişildi); WANG Guigo, Consent in Investor - State Arbitration: A Critical Analysis, Oxford University Press 2014, s. 336

⁴⁴ ERTEN Rifat, s. 216

⁴⁵ AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 51 ve dipnot 75.

⁴⁶ SCHREUER Christoph, Consent to Arbitration, s. 1 (http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf sitesinden 05.01.2018 tarihinde erişildi).

gidilmesine yazılı onay göstermesi gerekir. Konvansiyon'un 25. maddesi uyarınca yabancı yatırımcının yazılı onayını ICSID'e sunması gerekir.

Onayın kaynaklarına alt başlıkta yer verilecek olmakla beraber, son olarak şunu da belirtmekte fayda vardır ki yabancı yatırımcının, ev sahibi devletin ICSID Tahkimine onay gösterdiği sözleşmenin ya da yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği sırada ev sahibi devlette yatırımcı olması gerekmez⁴⁷. Onayın verilmesinden sonra ev sahibi devlette yatırımın yapılması da söz konusu olabilir.

i. Onayın Kaynakları

Ticari tahkim alanında kural olarak, uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında çıkmış veya çıkacak uyuşmazlıkları tahkim yoluyla giderme konusunda onay vermiş olmaları aranır. Buna karşın, yatırım tahkimi alanında yatırımcı ve ev sahibi devletin bizzat bu konuda bir anlaşmaya varmış olmaları aranmaz. Nitekim yatırım tahkim alanında, onay farklı şekillerde verilebilecektir⁴⁸.

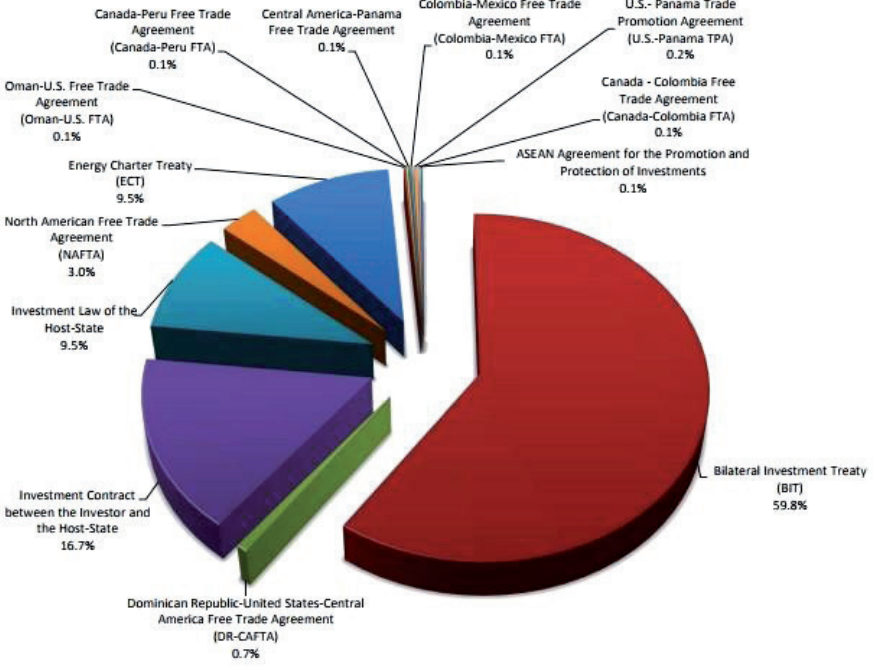
2017'de ICSID'in yaptığı bir araştırmaya⁴⁹ göre, bugüne kadar ICSID'e getirilen uyuşmazlıkların dayandığı onay kaynağı olarak ikili yatırım anlaşmaları, %59.8 ile en büyük paya sahiptir. %16.7 ile ikincisi ise, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmasında öngörülen onaydır. Üçüncü olarak, %9.5 ile ev sahibi devletin yatırım kanunlarında öngörülen onay sayesinde ihtilaflar ICSID'de çözülmekte; kalan %14'lük dilim ise, çok taraflı anlaşmalar ile verilen onaya aittir. Makalemizin bu bölümünde onayın hangi kaynaklardan doğabileceği incelenecektir.

⁴⁷ AKINCI Ziya, s. 52

⁴⁸ ATAMAN FİGANMEŞE İnci, 24 Mayıs 2012 Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı (Editörler: ESEN Emre/ AKCAN Ahmet), 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 20 - 21

⁴⁹ The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017-1),s. 10, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf) (30.10.2017'de erişildi.)

Chart 5: Basis of Consent Invoked to Establish ICSID Jurisdiction in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules:



1. Ev Sahibi Devletin Milli Mevzuatı

ICSID Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet, onaya milli mevzuatında yer verebilir. Günümüzde birçok ülke, yabancı sermayeyi ülkesine çekebilmek için, ICSID Konvansiyonu'nun amacına paralel olarak, yabancı yatırımı özendirici ve koruyucu mevzuat ihdas etmektedir.⁵⁰ Bir yasa ile gösterilen ve ICSID hakem heyeti tarafından geçerli olarak kabul edilen onaya ilişkin ilk örnek "Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. Arb/84/3)'dir.⁵¹

Opic-Venezuela davası ICSID'in kendini yetkisiz bulması açısından önem arz etmektedir. Zira taraflar, 3 Ekim 1999 tarihli Yatırımın Teşviki ve Korunması'na dair Venezuela Kanununun 22. maddesini, yargı yetkisini kuran onayın olup olmaması bakımından Mahkeme önünde tartışmıştır. Opic, Panama Cumhuriyeti'ne bağlı olarak faaliyet gösteren bir şirkettir. Opic ve Venezuela devleti arasında akdedilmiş bir tahkim sözleşmesi olmamakla

⁵⁰ AÇIKALIN Mehmet Can, s.30

⁵¹ YEŞİLİRMAK Ali, s.168, dipnot 97; karar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.italaw.com/cases/3300> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

beraber Venezuela ve Panama arasında da imzalanmış bir yatırım anlaşması bulunmamaktadır. Dolayısıyla ICSID'in yargı yetkisini kuran onay ancak Venezuela mevzuatından kaynaklanabilecektir. Venezuela mevzuatında yer alan maddeden çıkan sonuç ise şudur: Venezuela devletinin ICSID Tahkiminin yargı yetkisine onay verdiği ancak yabancı yatırımcının devleti ile yapılmış ve hala yürürlükte olan bir anlaşma olması halinde kabul edilebilir⁵². Dolayısıyla, devletin iç hukukunda, diğer devletlerle akdettiği ikili ya da çok taraflı anlaşmalara gönderme yapması, onun bütün yabancı yatırım uyuşmazlıkları için ICSID Tahkimine onay vermesi anlamına gelmeyecektir.

Türkiye de, yabancı yatırımlarla ilgili koşulları düzenlemek için 2003 yılında 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununu⁵³ ihdas ederek yabancı sermaye akışını destekleyici akımda yer almıştır.

Mezkur Kanun'un "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar" başlıklı 3. maddesi, e bendinde "Uyuşmazlıkların Çözümü" kısmında "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına *başvurulabilir*." denilmek suretiyle, milletlerarası tahkim alternatif bir çözüm yolu olarak gösterilmiştir. Dikkat edilirse ilgili Kanun doğrudan ICSID Tahkimi'ni yetkilendirmemiştir. Bu nedenle Türkiye bakımından ulusal mevzuat yoluyla ICSID Tahkimine verilmiş bir onaydan söz edilemez.

Milli mevzuattan kaynaklanan devlet onayında önemli olan nokta her egemen devletin milli mevzuatını değiştirme gücünü hala uhdesinde barındırıyor olmasıdır. Bu nedenle yabancı yatırımcı açısından makul olan davranış şekli; milli mevzuat buna izin veriyorken kabul beyanını sunarak, erken aşamada, tahkime onayı olduğunu beyan etmesidir. Böylece tahkim anlaşması, yabancı yatırımcı tarafından, icabın kabulü ile tamamlanmış olacaktır. Zira belirtildiği üzere, yabancı yatırımcının icabı kabulünden önce, ev sahibi devlet icabını tek taraflı olarak istediği bir anda geri çekebilecektir. Dolayısıyla yabancı yatırımcı için yazılı onayını mümkün olduğunca erken bir zaman diliminde ilgili idari birimlere ulaştırmak en akıllıca davranış biçimidir⁵⁴.

⁵² Opic-Venezuela davası hakkında detaylı bilgi için bkz. **WANG** Cheng-Kai, ICSID OPIC vs. Venezuela Dispute: A Comment on the Interpretive Approach for a Host State's Consent to Arbitration through National Legislation, (HeinOnline'dan 02.11.2017 tarihinde erişildi)

⁵³ RG 17.06.2003 / 25141

⁵⁴ **SCHREUER** Christoph, s. 5

2. Yatırımcının Devleti İle Yapılan İkili Yatırım Anlaşmaları

Devletlerin aralarında akdettikleri ikili yatırım anlaşmalarında, doğacak ihtilafların ICSID'e götürüleceğini belirtmelerinin ICSID'in yargılama yetkisine önceden verilmiş bir onay olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalı bir husustur.

Bir kısım yazar⁵⁵, iki taraflı yatırım sözleşmesi imzalamanın, sadece imzalayan devletin ICSID tahkim yoluna gitme niyetinin olduğunu gösterdiğini savunmaktadır. Yani, ikili yatırım anlaşmasını imzalamak ICSID tahkimine başvurmayı zorunlu kılmamakta, tarafların ICSID tahkimini başlatmak için ayrıca yazılı onay vermesi gerekmektedir.

Diğer yazarlar⁵⁶ ise, ikili yatırım anlaşmalarındaki ICSID Tahkim klozunun, devletin tahkim prosedürüne peşinen onay verdiği anlamına gelmesi sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Bu durumda onay sadece yatırımcı için gerekecektir. Böylece, daha gerçekçi ve milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun bir çözüm benimsenmiş olacağı savunulmaktadır.⁵⁷ ICSID'in yaklaşımı da, ikili yatırım anlaşmalarındaki tahkim klozlarının onay için yeterli sayılması şeklindedir.⁵⁸

Birçok uyuşmazlık çözüm klozu, tahkime gitmek için tartışmasız bir onay sunmaktadır. Ancak bu durum, ikili yatırım anlaşmalarında, yatırımcı/devlet tahkimine yapılan bütün göndermelerin bağlayıcı bir onay olduğu anlamına gelmez. Bu anlamda, ikili yatırım anlaşmasında kullanılan tabirler önem kazanmaktadır. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında bulunan tahkim yollamaları, ev sahibi devletin ileride vereceği onay için bir taahhüt niteliğindedir. Bu durumda örnek olarak, Japonya ve Türkiye arasındaki ikili yatırım anlaşması⁵⁹ verilebilir. Zira söz konusu anlaşmasının 11. maddesi şu şekildedir: *"Herhangi bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın vatandaşı ya da şirketi arasında ilk Âkit Taraf ülkesinde yatırımlar nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın tarafları arasında mümkün olduğunca dostane bir şekilde, görüşmeler yoluyla çözümlenmeye çalışılacaktır. Bu, herhangi bir Âkit Taraf vatandaşının ya da şirketinin diğer Âkit Taraf ülkesinde idarî ya da adli çözüm aramayacağı*

⁵⁵ **ERTEN** Rifat s.218

⁵⁶ **YEŞİLİRMAK** Ali s.168; **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.44

⁵⁷ Bu konudaki resmi yaklaşım Dünya Bankasının internet sitesinde ICSID'i anlatan genel bilgilere bakılarak da görülebilir. Bkz. "Advance consents by governments to submit investment disputes to ICSID arbitration can also be found in twenty investment laws and in over 900 bilateral investment treaties." <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/General%20Information.html>

⁵⁸ Örnek karar için bkz. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1)

⁵⁹ RG 21.11.1992 / 21412

anlamına gelmeyecektir. Bir Âkit Tarafın vatandaşı ya da şirketinin yatırımları nedeniyle doğan bir hukukî uyuşmazlığın görüşmeleri yoluyla çözümlenememesi durumunda, söz konusu vatanadaş ya da şirket istediği takdirde ve her iki Âkit Tarafın da Washington’da imzalanan 18 Mart 1965 tarihli “Devletler ile diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırımla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümü Anlaşması”na taraf olmaları şartıyla, diğer Âkit Taraf, uyuşmazlığın mezkûr Anlaşma hükümleri çerçevesinde uzlaşma veya tahkime götürülmesini kabul edecektir.” Böyle bir taahhüde rağmen, ev sahibi devlet onay vermekten kaçınırsa, bu durum ev sahibi devletin ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan sorumluluğunun ihlali anlamına gelecektir. Ancak onay vermek için yapılan taahhüdün tek başına onay anlamına geldiğini kabul etmek zordur. Bu nedenle, benzer durumlarda, ikili yatırım anlaşması tarafını anlaşmaya uygun şekilde hareket ettirecek herhangi bir çözüm yoluna ilk etapta, başvurulabilmesi gerekir⁶⁰.

İkili yatırım anlaşmalarından bazıları ise onay için daha zayıf bir referans yapmaktadır. Genelde bu göndermeler, ev sahibi devletin, uyuşmazlık çözümünü tahkim yoluyla gidermek için bir sempati beslediğini gösteren ifadelerdir. Net şekilde, bu tarz klozlar, devletin onay verdiği anlamına gelmeyecektir. Bazı ikili yatırım anlaşmalarının sadece tahkime onay veren müstakbel yatırım sözleşmeleriyle karşılaşamaması söz konusu olacaktır⁶¹.

İkili yatırım anlaşmalarındaki birçok uyuşmazlık çözüm maddesi birden fazla alternatif içermektedir. Buna alternatifler; ev sahibi devletin kendi yargılaması, ICSID tahkimi, ICC tahkimi ya da ad hoc tahkim imkanı sunan UNCITRAL kuralları ya da başka bir seçenek olabilir. Bu tarz klozlar, yatırım uyuşmazlığı taraflarının halihazır alternatiflerden birini seçmesini gerektiren müteakip bir yatırım anlaşması imzalamasına neden olabilecektir. Kazakistan ve Türkiye arasındaki ikili yatırım anlaşmasının⁶² 7. maddesi de bu şekilde dizayn edilmiştir. İlgili 7. madde metni şu şekildedir: *“Bu ihtilafların, yukarıda 1 inci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulamaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusunu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir ;*

a) “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” uyarınca kurulmuş Uluslararası Yatırım ihtilafları Çözüm Merkezi (ICSID) (her iki Taraf da bu Sözleşmeyi imzalamış ise);

⁶⁰ SCHREUER Christoph, s. 7

⁶¹ SCHREUER Christoph, s. 7

⁶² RG 22.09.1994 / 22059

b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nın Hakemlik Kuralları uyarınca, bu amaçla kurulacak bir hakem mahkemesi (her iki Taraf da Birleşmiş Milletlere üye ise);

c) Paris Uluslararası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesi”

İkili yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin onayının olduğu sonucuna varılacak nitelikte bir kloz mevcutsa, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus şudur: ikili yatırım anlaşmalarının iki devlet arası yapılmasından ötürü, bu devletlerin onayı var sayılabilecekse de, bu devletlerden birinin vatandaşlığındaki yatırımcının onayı eksiktir. Dolayısıyla ikili yatırım anlaşmalarının tarafları ile tahkim davasının tarafları aynı değildir. İkili yatırım anlaşmasının akdedilmesiyle, burada sadece devletin tahkim anlaşması yapılması yönündeki icabı bulunur ve yatırımcı bu icabı kabul etmelidir.⁶³ ICSID'e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş sayılmalıdır.

Devletler arasında akdedilmiş yatırım anlaşmalarında bulunan tahkim kayıtlarına dayanarak ICSID'e başvurulabileceğinin kabul edildiği ilk dava “Asian Agricultural Products Ltd. (Aapl) V. Republic Of Sri Lanka” davasıdır.⁶⁴ Bir diğer örnek ise Türkiye aleyhine açılmış ilk ICSID davası olan 2002 tarihli PSEG Konya İlgin davasıdır. Bu dava Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri arasında akdedilmiş iki taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesine Dayanmaktadır.⁶⁵

3. Yatırımcının Vatandaşı Olduğu Devletin Devleti ve Ev Sahibi Devletin Taraf olduğu Çok Taraflı Anlaşmalar

Onay, milletlerarası çok taraflı anlaşmalarda da yer alabilir. Çok taraflı anlaşmalara örnek olarak Serbest Ticaret Anlaşmalarını (“Free Trade Agreement”) vermek mümkündür. Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşmasının (NAFTA), “Tahkime Onay” başlıklı 1122. Maddesinde, ICSID' in yetkisine açıkça onay verildiği belirtilmiştir.⁶⁶ ICSID tahkim yargılamalarının önemli bir kısmını NAFTA anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır.⁶⁷

⁶³ DEMİRKOL Berk, Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, BATİDER 2012, C: 28, S: 3, s.311

⁶⁴ AÇIKALIN Mehmet Can, s. 30; ATAMAN FİGANMEŞE İnci, s. 21, dipnot 4; http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C140/DC676_En.pdf (02.11.2017'de erişildi).

⁶⁵ ATAMAN FİGANMEŞE İnci, s. 21

⁶⁶ <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

⁶⁷ BOZKURT Enver/ DOST Süleyman; s. 4

Diğer yandan, Türkiye'nin, 17 Aralık 1994'te imzalayarak taraf olduğu Enerji Şartı Antlaşması'nın⁶⁸ 26. maddesinin 5. fıkrasının a bendinde de açıkça onay verilmesi sağlanmıştır.⁶⁹

Görüldüğü gibi bazı davalar çok taraflı yatırım sözleşmesi niteliğinde olan Enerji Şartı Anlaşmalarına dayalı olarak da açılabilir. Örneğin, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti asıllı Libananco, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti ve Türkiye arasında imzalanmış ikili yatırım anlaşması olmamasına rağmen, her iki ülkenin de tarafı olduğu ve yukarıda bahsi geçen Enerji Şartı Antlaşmasına dayanarak Türkiye'ye karşı ICSID nezdinde dava açmıştır⁷⁰.

4. Yatırımcı ve Devlet Arasında Akdedilen Yatırım Sözleşmesinde Tahkim Şartı ya da Tarafların Tahkim Anlaşması Akdetmesi

Çoğu kez yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesine bir madde konularak taraflar ICSID tahkimine onay vermektedir⁷¹(*clause compromissoire*). Yapılan yatırım anlaşmasında tahkim şartı koymak yerine taraflar, aralarında çıkabilecek yatırım uyuşmazlıkları konusunda münferit bir tahkim anlaşması yaparak (*compromis*) da ICSID Tahkimine onay verebilecektir. Son olarak, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde söz konusu devlet bakımından onay beyanı içeren bir resmi belgeye atıf yapılarak da onay şartı sağlanabilir.⁷²

Belirtmekte fayda vardır ki söz konusu onay açık veya zımnen verilmiş olabilecektir⁷³.

Uygulamada, devlet ve yabancı yatırımcı arasında imzalanan yatırım anlaşmalarına konulacak klozların yorum sorununa yol açmaması için ICSID tarafından taraflara yol göstermek amacıyla oluşturulmuş çeşitli model klozlar mevcuttur⁷⁴.

⁶⁸ R.G. 6.2.2000 / 23956

⁶⁹ "Paragraf (3) kapsamında verilen muvafakat, Paragraf (4) uyarınca verilen Yatırımcının yazılı muvafakati ile birlikte aşağıdaki hususlara ilişkin şartları sağlayacaktır: (i) İlave Hizmet Kuralları ve ICSID Konvansiyonu'nun II. Bölümünün amaçları doğrultusunda bir uyuşmazlık için tarafların yazılı izni..."

⁷⁰ **ATAMAN FİGANMEŞE** İnci, s. 21. ICSID nezdinde Türkiye'nin gerek davalı olması sebebiyle gerekse Türk şirketinin davacı olması nedeniyle muhatap olduğu diğer davalar için yine **ATAMAN FİGANMEŞE**'nin adı geçen eserdeki tebliğinden yararlanılabilir.

⁷¹ **ERDOĞAN** Feyzi, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2004 ,s. 173

⁷² **SCHREUER** Christoph/ **MALINTOPPI** Loretta/ **REINISCH** August/ **SINCLAIR** Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2.basım, 2009; s.192 (AÇIKALIN s.30'dan naklen)

⁷³ **YILDIRIM** Aslı, s. 296

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ** İlhan, s. 51 - 53

ii. Onayın Verilme Anı

Öncelikle belirtmek gerekir ki ICSID İdari Yöneticiler Raporu'nun 24. paragrafına göre, ICSID'e başvuru zamanında, tarafların onayının mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, Konvansiyon onayın verilmesi gereken zaman konusunda özel bir hüküm getirmemiştir. Konvansiyon, her iki tarafın onayının aynı belgede yer almasını aramamıştır⁷⁵.

ICSID'in yayınladığı "Institution Rules"⁷⁶ un 2.maddesi, talebin içermesi gereken hususlar kapsamında c bendinde ihtilafın ICSID'e götürülmesine ilişkin onayın tarihini ve bu onayın kayıtlı olduğu belgeyi; d bendinde ise taraf akit devlet vatandaşının onayın verildiği tarihteki milliyetini; bu kimse gerçek bir kişi ise, onun talep tarihindeki vatandaşlığını ve bu kişinin onay tarihinde ya da talep tarihinde, ihtilafa taraf olan devletin vatandaşlığını haiz olmadığını; eğer onay tarihinde uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşlığına sahip bir tüzel kişi söz konusu ise, taraflar arasında Sözleşme bakımından bu kişinin başka bir akit devlet vatandaşı sayılacağına ilişkin anlaşmayı aramaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, onayın tarihidir. Onay tarihi tahkime başvurulurken mutlaka belgelendirilmelidir; çünkü yatırımcının vatandaşlığı onay tarihine göre belirlenecektir. Onayın verildiği tarihin bir diğer önemi de, Konvansiyon'daki ya da arabuluculuk veya tahkim kurallarındaki değişikliklerin, önceden verilmiş onaya göre başlamış usulü etkilememesidir.⁷⁷

iii. Onayın Şarta Bağlanması

Konvansiyon'un 26. maddesi uyarınca devletler, onaylarının ön koşulu olarak yerel ve adli bütün çarelerin tüketilmiş olmalarını isteyebilirler. Dolayısıyla burada iç yargı yollarının tüketilmesi koşulu zorunlu olarak aranmaz; devletin böyle bir ön koşulu verdiği onayda belirtmesi gerekir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı haricinde pratikte daha çok karşımıza çıkan şart, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin ulusal yargı mekanizmasına başvurmasından itibaren belirli bir süre geçmesine rağmen çözüm elde edilememiş olması halidir⁷⁸.

Dikkat edilmesi gereken nokta, onay şartlarının Konvansiyon hükümlerinin gerçek anlamına göre yorumlanacak olmasıdır. Zira Amco Asia v. Indonesia davasında şu ifadeler kullanılmaktadır: "*Bir tahkim anlaşması ne sınırlayıcı*

⁷⁵ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (01.11.2017'de erişildi.)

⁷⁶ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (01.11.2017'de erişildi.)

⁷⁷ ERTEK Rifat s. 219

⁷⁸ AKINCI Ziya, s. 47

şekilde ne de çok özgür ve genişletici biçimde yorumlanmalıdır. Anlaşmanın tarafların ortak iradesine saygı göstererek ve bu iradenin ne olduğunu bulmaya çalışarak yorumlanması gerekir. (...) Bunun da ötesinde (...) tahkim anlaşmaları da dahil bütün anlaşmalar iyi niyetli şekilde, yani tarafların makul ve meşru şekilde karşılaşabilecekleri taahhüt sonuçları göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır”⁷⁹.

D. ONAY YOKLUĞU NEDENİYLE YETKİYE İTİRAZ

Devlet ve yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarında, devletin onay yokluğu nedeniyle yetkiye itiraz etmesi hali hakem tarafından yüksek bir dikkatli incelenmelidir. Zira Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka davasında şu ifadelere yer vermiştir:

“Ek olarak Mahkeme; Devlete karşı, mahkemenin yetkili olmasını sağlayan uluslararası anlaşmaya dayanılarak açılan her davanın başında egemen devletin onayını içeren yargı yetki sorunun özel bir dikkati hak ettiğini gözlemlemiştir. Ön sorun olarak, temeli onaya dayalı yargı yetkisinin varlığı “proprio motu (re’ sen)” incelenmelidir. Davalının ilk itiraz olarak yetkiye itiraz etmesi halinde ise, evleviyetle, yargı yetkisine onayın varlığı yakından incelenmelidir.”⁸⁰

SONUÇ

Milletlerarası bir konvansiyon ile kurulmuş bir organizasyon olan ICSID’in temel amacı, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında çıkacak uyuşmazlıkların, karşılıklı güven ortamını bozmadan, adil bir çözüme kavuşmasını sağlamak ve bu yolda arabuluculuk ve tahkim metotlarını kurumsal bir tahkim anlamında uygulamaktır. ICSID’in yargılama yetkisinin temel taşı olarak ifade edilen unsur ise, tarafların bu yargılama yetkisini bir onayla önceden kabul etmiş olmalarıdır.⁸¹

Devletler, ICSID Tahkimine bir kere onay vermekle, verilecek hakem kararlarının kendileri açısından bağlayıcı olduğunu da kabul etmektedir. Dolayısıyla, iç hukukunu gerekçe ederek uyuşmazlığı sona erdiren kararın kendi kanunlarına aykırılık taşıdığı şeklinde bir argüman ileri sürmesi de söz konusu devletin uluslararası hukuk açısından sorumlu olmasına yol açacaktır. Devlet tarafından benimsenen bu tarz tutumun bir diğer sonucu da yabancı yatırımcıyı uzaklaştırması olacaktır.

⁷⁹ WANG Guigo, s. 338

⁸⁰ Karar için bkz. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606_En.pdf, s. 158

⁸¹ TURAN Gökçen, Tahkim İşleyişi, s. 347-390

Onayın verilmesi, Merkez'in yargı yetkisi bakımından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu sorun öncelikle Genel Sekreterce, hakemlik davası esnasında da hakemlerce büyük bir dikkat ve özenle ele alınmaktadır.

ICSID Tahkimine onay verme konusunda devletler bir serbestiye sahiptir. Bu onayı çok çeşitli kaynaklar vasıtasıyla da verebilmeleri aynı şekilde mümkündür. Ayrıca verdikleri onayı şarta bağlayarak onayın kapsamını sınırlandırmaları da mümkündür. Böylece bir yandan yabancı yatırımcıya ICSID Tahkimine başvurma imkanı verilirken bir yandan da devletin yargı yetkisi arasındaki denge kurulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

AÇIKALIN Mehmet Can, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Ata Sakmar'a Armağan

AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

ATAMAN FİĞANMEŞE İnci, 24 Mayıs 2012 Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı (Editörler: **ESEN** Emre/ **AKCAN** Ahmet), 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

BOZKURT Enver/ **DOST** Süleyman, Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler Ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi 2005, S: 1-2

ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009

DEMİRKOL Berk, Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, BATİDER 2012, C: 28, S: 3

DOST Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara 2006

ERDOĞAN Feyzi, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2004

ERTEN Rifat, ICSID Tahkimi, BATİDER 1998, C: 19, S: 4

FRIEDLAND D. Paul, Arbitration Clauses for International Contracts, Juris Publishing 2004

GIARDINA Andrea, “ICSID: A Self-contained Non-National Review System”, International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization and Uniformity” (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors: R. Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993

HERGÜNER Ümit; International Center for Settlement of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity, MHB 1985, S: 1

HIRSCH Moshe, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, the Netherlands 1993

NOMER Ergin/ **EKŞİ** Nuray/ **GELGEL** Günseli, Milletlerarası Tahkim, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000

ORMANOĞLU Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Mart 2004

PAULSSON Jan, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1995

SASSOON M. David, “International Investment and Dispute Settlement” Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: **FRIEDMANN** D. Paul/ **MESTMACKER** Ernst-Joachim) Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993

SCHREUER Christoph, Consent to Arbitration (http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf sitesinden 05.01.2018 tarihinde erişildi)

SCHREUER Christoph/ **MALINTOPPI** Loretta/ **REINISCH** August/ **SINCLAIR** Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2.basım, 2009

TURAN Gökçen, Dünya Bankası Bünyesindeki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez’in Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkimin İşleyişi, BATİDER, C: 25, S: 3, Eylül 2009 - (“Tahkim İşleyişi”) olarak anılmıştır.

TURAN Gökçen, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, 2002, <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750> (26.10.2017’de erişildi) - (“Tahkim”) olarak anılmıştır.

WANG Cheng-Kai, ICSID OPIC vs. Venezuela Dispute: A Comment on the Interpretive Approach for a Host State’s Consent to Arbitration through National Legislation, (HeinOnline’dan 02.11.2017 tarihinde erişildi)

WANG Guigo, Consent in Investor - State Arbitration: A Critical Analysis, Oxford University Press 2014

YEŞİLİRMAK Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, *BATİDER*, C: 20, S: 2

YILDIRIM Aslı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” 14 Şubat 2009: Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, İstanbul 2009, (Editörler: **ULUSOY** Erol, **YILDIRIM** Aslı)

YILMAZ İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004

ZENGİNKUZUCU M. Dikran, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2012

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606_En.pdf

<https://www.italaw.com/cases/3497>

<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>

MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI IŞIĞINDA VERGİ MAHKEMELERİNDE DAVA AÇMA SÜRELERİ

Trial Period At The Tax Courts In The Light Of Access To The Court

Alper AYDIN¹

Geliş Tarihi: 31.10.2017

Kabul Tarihi: 01.02.2018

ÖZET

Hak arama özgürlüğü, insan hakları arasında yer alan en önemli haklardan ve adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Devlet, bu hakkın kullanılabilmesi için tüm olanakları sağlamalı ve hakkın önündeki engelleri kaldırmalıdır. Fakat, gerek Anayasa Mahkemesi'ne gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sayısının ve verilen ihlal kararlarının çokluğundan görülmektedir ki bu hakkın kullanımı ile ilgili ülkemizde sorunlar bulunmaktadır. Özellikle, hak arama özgürlüğünün en önemli unsuru olan mahkemeye erişim hakkında ciddi sıkıntılar vardır. Bu sıkıntıların bazılarının, yargının aşırı şekilci uygulamalarından kaynaklandığı yönünde AIHM'in kararları da mevcuttur. Ülkemizde mahkemeye erişim hakkını kısıtlayan çeşitli sorunlar vardır. Bu yüzden biz bu çalışmamızda, bu sorunları ayrı ayrı başlıklar altında irdeleyeceğiz. Genelde idari yargımızdaki ve özelde ise vergi mahkemelerimizdeki dava açma sürelerini inceleyerek, vergi mahkemelerinde dava açma süreleri ile ilgili olarak yaşanan mahkemeye erişim hakkına ilişkin sorunları tespit edip bu sorunların ortadan kalkması için çözüm önerileri sunacağız. Ayrıca, bunu yaparken çokça yargısal kararlardan faydalanacağız.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü, vergi mahkemesi, dava açma süresi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari yargı.

ABSTRACT

Freedom of right seeking is the most important right among human rights and an element of the right to a fair trial. The state must provide all possibilities for the exercise of this right and remove obstacles in front of it. However, both the number of individual applications made to the Constitutional Court and the European Court of Human Rights are numerous and the number of violation resolutions appear to be problematic in our country regarding the use of this right. In particular, there are serious concerns about access to the court, which is the most important element of freedom of right. There are also decisions of the Court that some of these troubles are caused by excessive formalism of the judiciary. There are various problems in our country that restrict the right of access to the Court. Therefore, in this work, we will examine these issues separately under the headings. We will generally review the administrative courts and, in particular, the filing periods in the tax courts, identify problems with the access to the court in relation to the length of the proceedings in the tax courts and propose a solution to avoid these problems. Besides, we will benefit from judicial decisions.

Keywords: Right to access to court, freedom of right to seek, tax court, trial period, European Court of Human Rights, administrative jurisdiction..

¹ Konya 1. Vergi Mahkemesi Hakimi. alper000000@gmail.com

GİRİŞ

Hak arama özgürlüğü, herkesin meşru yol ve vasıtalar ile haklarını arayabilmesi olanağıdır. Bu olanak, Anayasamız, yasalarımız ve ülkemizin de imza attığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınmıştır. Bu doğrultuda herkes, yasal yollardan hakkını arayabilmektedir. Hak aramanın en yaygın kullanıldığı yer yargı organlarıdır. Bu yüzden hak arama özgürlüğü gereği herkes, mahkemeye erişim hakkına sahiptir. Fakat, mahkemeye erişim hakkı sınırsız değildir. Bu hakka getirilmiş en önemli sınırlama dava açma süresidir. İşte biz bu çalışmamızda, dava açma sürelerinin mevzuattan, uygulamalardan ve yargısal yorumlardan kaynaklı olarak mahkemeye erişim hakkının nasıl hukuka aykırı olarak kısıtlandığını inceleyeceğiz. Ayrıca, dava açma sürelerinden kaynaklanan sorunlara ilişkin doktrinsel görüşlerden ve yargısal kararlardan bahsedip bu sorunlara dair çözüm önerilerimizi anlatacağız.

Süre, sözlük anlamı olarak bir şeyin başlaması ile bitmesi arasındaki zaman dilimini ifade eder. Süre, çeşitli tasniflere tabi tutulabilir: yargısal süre, idari süre, yasal süre v. b. Biz konumuzu yargısal bir süre olan dava açma süresi ile sınırlı tutacağız.

Dava açma süresi ile ilgili yanlış bir düzenleme, yargısal içtihat, yorum veya uygulama mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıracaktır. Bu yüzden, genelde idari yargı ama özelde vergi mahkemelerinde ki dava açma sürelerine ilişkin olarak çalışmamızı yapacağız.

Hangi mevzuattan kaynaklı düzenlemeler mahkemeye erişim hakkını engellemektedir? Yargı, yaptığı yorum ve uygulamalar ile nasıl mahkemeye erişim hakkını hukuka aykırı olarak kısıtlamaktadır? Bu ve benzeri soruların cevaplarını bu çalışmamızda arayıp, AİHM, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve vergi mahkemeleri kararları ile doktrinsel görüşlerden yararlanarak, vergi mahkemelerinde mahkemeye erişim hakkına ilişkin yaşanan sorunları inceleyip çözüm önerileri sunmaya çalışacağız.

A. Mahkemeye Erişim Hakkı

1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.² Bizce

² Anayasa Mahkemesi'nin 10/02/2016 tarih ve E:2015/18, K:2016/12 sayılı kararı. <http://>

de hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kendi koyduğu kurallarla kendini de bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip, vatandaşlarına hukuki güvence tanıyan devlettir. Hukuk devleti olmanın en önemli koşulu, kendi koyduğu kurallarla kendinin de bağlı olmasıdır. Bunun için de devletin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması gerekmektedir.

Hukuk devletinin, vatandaşlarına sağladığı en önemli güvencelerden birisi adil yargılanma hakkıdır. Ülkemizin kabul ettiği uluslararası bir antlaşma olan ve kanunlardan önce gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmında yer alan; "Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da ceza alanında kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." hükmü ile bu hak yer almaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.³ Hak arama hürriyeti, herkesin meşru yol ve vasıtalar ile hakkını arama özgürlüğüdür. Hak arama özgürlüğünün en meşru ve yaygın yolu, mahkemelerde dava açmaktır.

Adil yargılanma hakkının bir parçası olan hak arama özgürlüğünün unsurlarından birisi de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).⁴ Mahkemeye erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alır. AİHM, mahkemeye etkili erişim hakkını "*hukukun üstünlüğü*" ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve mahkemeye etkili erişim hakkının, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu sebeple hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların

www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html

³ Akt. Anayasa Mahkemesi'nin 28/11/2013 tarih ve E:2013/64, K:2013/142 sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

⁴ Akt. Anayasa Mahkemesi'nin 08/03/2017 tarih ve 2014/8282 bireysel başvuru numaralı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlâl edildiğine karar verilmektedir (AİHM *Geffre/Fransa*, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34).⁵

Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve kişinin üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).⁶ Devletler bir davanın açılabilirliğine ilişkin olarak takdir hakları gereği bazı sınırlamalar getirebilir ve bu davalar niteliği gereği düzenleyici işlemlere konu olabilir. Bununla birlikte, bu sınırlamalar dava açmak isteyen bir kişinin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmamalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Edificaciones March Gallego S.A./İspanya*, B. No: 28028/95, 19/2/1998, § 34 ve *Rodríguez Valín/İspanya*, B. No: 47792/99, 11/10/2001, § 22).⁷

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'u uyarınca idari yargıda mahkemeye erişim hakkı, iptal ve tam yargı davaları vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Kişiler, haklarında tesis edilen bireysel işlemlere veya genel düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açabilmektedir. Ayrıca, idari eylem veya işlemde dolayı hakları doğrudan muhtel olan kişiler de tam yargı davası açabilmektedir. Bu davaların açılma usulü 2577 sayılı İYUK'da düzenlenmiştir. Mahkemeye erişim hakkı sınırsız olmadığından, bu hak belirli dava açma süreleri öngörülerek kanunla sınırlandırılmıştır. Mahkemeye erişim hakkının sınırı olan dava açma süresinin işlemeye başlaması için ilgili veya ilgililerin idari davaya konu olacak olan işlemde haberdar edilmesi gerekmektedir. Bu haberdarlıkla birlikte dava açma süresi işlemeye başlayacaktır. Bununla birlikte, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran dava açma süresi ve buna ilişkin usul kurallarının net olması gerekmektedir. Bizce, mahkemeye erişim hakkını hukuksuz bir biçimde sınırlandıracak veya ortadan kaldıracak dava açma süresi veya buna ilişkin yargısal içtihatlar olmamalıdır.

İdari işlemlerin ilgisine veya ilgililerine bildirilmesi, dava açma süresinin işlemeye başlaması açısından önem arz ettiğinden bu konunun mahkemeye erişim hakkı açısından incelenmesi gerekmektedir. Dava açma süresi, mahkemeye erişim hakkına getirilmiş önemli bir kısıtlama olduğundan, bu sürelerle ilgili ortaya çıkan uyumsuzlukları şimdi inceleyerek, yasama organı ve yargı organı kaynaklı sorunları tespit edip çözüm önerileri sunmaya çalışacağız.

⁵ Akt. Anayasa Mahkemesi'nin 06/01/2016 tarih ve 2013/9479 bireysel başvuru numaralı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

⁶ Akt. Anayasa Mahkemesi'nin 26/06/2014 tarih ve 2012/855 bireysel başvuru numaralı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

⁷ Akt. Anayasa Mahkemesi'nin 12/03/2015 tarih ve 2013/5949 bireysel başvuru numaralı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

B. İdari Yargı Genelinde Dava Açma Süreleri

Dava açma süresi, mahkemeye erişim hakkına getirilmiş meşru, kanuni ve ölçülü bir sınırlamadır. Bu sınırlamaya ilişkin usul ve esaslar hakkın özünü zedelememelidir. Dava açma süreleri kanunla belirlenmiştir. Meşru görülen amacı, idareyi sürekli dava tehdidi altında bırakmamaktır. Ölçülü olması ise, dava açma süresinin makul olması açısından uzunluğu/kısalığına bağlıdır. Dava açma süresinin kısa olması kişilerin, uzun olması ise davalı idarenin aleyhine bir durum doğurur. İdari işlemlere karşı dava açmayı belirli bir süreye tabi kılmamanın nedenleri, kişilerin haklarında tesis edilen işlemleri belirli bir sürede dava konusu etmeleri ve idareyi sürekli dava tehdidi altında kalmaktan kurtararak idari işlemlerde istikrar sağlamaktır.⁸

İdari yargıda dava açma süresi, kamu düzenindedir ve gerek doktrinde⁹ gerekse de Danıştay içtihatlarında¹⁰ “hak düşürücü” olduğu kabul edilir. Fakat dava açma süresinin, kamu hukukuna has bir kurum olduğu da ileri sürülmüştür.¹¹ Süresi içerisinde kullanılmayan dava açma hakkı düşer. Süre geçirildikten sonra dava açma olanağı ortadan kalkar. Süre ile ilgili hususları hakim kendiliğinden ve her zaman göz önüne alarak inceler. Davanın süresinde açılmadığı da davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Dava açma süreleri ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde; idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı, hükmü yer almaktadır.

Ayrıca, dava açma süreleri ile ilgili detaylı usul ve esaslar 2577 sayılı İYUK'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, dava açma süresi, hem anayasa hem de kanun gereği yazılı bildirim ile başlar. Dava açma süresinin işlemeye başlaması için yazılı bildirim şarttır. Yazılı bildirim şart olması da evrensel hukukun getirdiği bir zorunluluktur. Çünkü ilgililer, haklarında yapılan iş ve işlemlerden haberdar olmadıkları sürece doğal olarak hak aramaya da başlayamayacaklardır. Hakkında tesis edilen idari bir işlemten haberdar edilmeyen bir kişinin, bu işleme karşı dava açması düşünülebilir mi veya hakkında işlem tesis edilip bu işlemde de usulüne uygun olarak haberdar edilmeyen kişinin davasını, süreaşımı nedeniyle reddetmek hukuka uygun olur

⁸ Gözübüyük, Şeref; “İdari Yargıda Dava Açma Süresi” Amme İdaresi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 4, Aralık 1969, s.3.

⁹ S. S. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt III, s. 1961 (1966); A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, 4. Bs., Ankara, Turhan: 2010, s.922.

¹⁰ Danıştay 6. Dairesi'nin 04/12/2017 tarih ve E:2016/1480, K:2017/13026 sayılı kararı, Danıştay 15. Dairesi'nin 23/03/2017 tarih ve E:2016/9999, K:2017/1356 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

¹¹ Duran, Lütfi; “İdare Kazada Dava Açma Süresi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı 1-2, s. 249.

mu? İşte bu durumlar apaçık hukuka aykırı olduğu için yazılı bildirim, dava açma süresinin işlemeye başlaması için olmazsa olmaz bir koşuldur. Usulüne uygun bir yazılı bildirim, kişinin dava açması ve kanuni dava açma süresinin tamamını kullanabilmesi için bizce gereklidir.

Yazılı bildirim nasıl ve hangi vasıtalarla olacağına ilişkin usul ve esaslar mevzuatta düzenlenmiştir. Yazılı bildirim tebliğ, yayın veya ilan gibi vasıtalar ile yapılabilir. Buna ilişkin düzenlemeler 2577, 7201, 213 sayılı Kanunlarda yer almaktadır.

İdari yargıda dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olarak kabul edilmiştir.(2577 sayılı İYUK) Özel kanunlarında ayrı dava açma süresi gösterilmemişse, 2577 sayılı Kanun'da yer alan genel dava açma süresi uygulanacaktır. Fakat özel kanunlarda ayrı bir dava açma süresi gösterilmişse de, bu özel dava açma süresi uygulanacaktır. Yani, idari yargıda genel ve özel dava açma süreleri olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Örnek vermek gerekirse, 6183 sayılı Kanun'da ödeme emirlerine karşı dava açma süresi 15 gün olarak düzenlendiğinden, ödeme emirlerine karşı genel dava açma süresi olan otuz gün değil, özel dava açma süresi olan 15 gün içerisinde vergi mahkemesinde dava açılacaktır.

Mahkemeye erişim hakkına getirilmiş bir sınırlama olan dava açma süresinin çok kısa olması mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak AİHM, sürenin kısalığı açısından değerlendirme yapmaktadır. Perez de Rada Cavanilles/İspanya kararında¹², başvurunun kanun yoluna başvurusu için üç günlük süresi vardır. Ancak bu süre içerisinde gönderdiği dilekçesi mahkeme kaydına üç günlük süre geçtikten sonra ulaştığı için başvurusu reddedilmiştir. AİHM'e göre, başvuru için kendisine tanınan sürenin kısa olması dikkate alındığında başvurunun ihmalkâr davrandığı için kabahatli görülmesi mümkün değildir. AİHM, bu davada bir usuli kuralın milli mahkemelerce bu kadar katı uygulanması sonucu başvurunun mahkemeye ulaşma hakkının elinden alındığını belirtmiş ve başvurunun süre geçtiği için reddedilmesini 6. maddenin ihlali olarak görmüştür.¹³

2577 sayılı Kanun'da düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresi ile ilgili özel bir düzenleme yer almıştır. İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlamaktadır. (2577 sayılı İYUK 7/4. madde) Ancak, bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilmelerine

¹² *AİHM'in* Perez de Rada Cavanilles/İspanya kararı, 28.10.1998.

¹³ İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005, s.132.

imkan tanınmıştır. Düzenleyici işlemler, uygulanmadıkları sürece ilgililer üzerinde icrai bir etkide bulunmadıklarından fazla dikkati çekmedikleri gibi hukuka aykırı olup olmadıkları da tam anlaşılabilir.¹⁴ Bu nedenle uygulama işlemi üzerine düzenleyici işleme dava açma süresi tekrar başlamaktadır.

Tatil günleri dava açma sürelerinin hesabında dikkate alınır, süreye dahildir. Fakat kanun koyucu, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması ile ilgili ayrı bir hak getirmiştir. Tatil günlerinin bazen gözden kaçması ile dava açma süresinin son gününün tatil gününe rastlaması sonucunda ilgililer hak kaybına uğramasın diye sürenin, tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, dava açma sürelerinin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde de sürenin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren 7 gün uzamış sayılacağı kabul edilmiştir. 20 Temmuz – 31 Ağustos arası adli tatil olarak kabul edildiğinden, dava açma süresinin son günü bu aralığa denk gelen kişilere de kanun koyucu, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren ek olarak 7 gün daha süre tanımıştır. Buna göre dava açma süresinin son günü 7 Eylül olmaktadır. Özel kanunlarında yer alan dava açma sürelerinin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde sürenin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren 7 gün uzayıp uzamayacağı ile ilgili farklı yargısal kararlar vardır.¹⁵

2577 sayılı Kanun'da, idare mahkemelerinde genel dava açma süresinin altmış gün olduğu belirtilmiştir. Fakat yine aynı Kanun'da, ivedi yargılama usulünde dava açma süresi otuz gün, merkezi ve ortak sınavlara karşı açılan davalarda ise dava açma süresi 10 gün olarak belirlenmiştir. Bu dava türlerinde genel dava açma süresinden farklı dava açma süreleri getirilmiş olduğundan, bu işlemlerle ilgili olarak açılan davalar bu özel dava açma sürelerine tabidir. (2577 sayılı İYUK 7/1. madde)

B.1. 2577 Sayılı İYUK 9. Madde Uygulaması

2577 sayılı Kanun'da dava açma süreleri ile ilgili olarak bulunan düzenlemelerden birisi de ek dava açma süresi hakkı veren 9. maddede yer alan hükümdür. Buna göre, adli yargı yerlerince verilen görev ret kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren ilgililerin, görevli idari yargı yerinde otuz günlük ek dava açma süresi hakkı vardır.

Görev, konu bakımından davaya hangi mahkemenin bakacağını belirler. Ülkemizde bir çok yargı kolu bulunduğundan, görevli mahkeme konusunda

¹⁴ Mutlu, Meltem; "İdari Yargılama Hukukunda Süreler", Manisa Barosu Dergisi, Yıl:8, Sayı: 28, Ocak 1989, s.5.

¹⁵ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 12/04/2016 tarih ve E:2016/445, K:2016/596 sayılı kararı ile Konya Vergi Mahkemesi'nin 19/08/2015 tarih ve E:2015/1259, K:2015/1471 sayılı kararı.

sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu görev uyuşmazlıklarının giderilmesi için sadece bu işe mahsus mahkeme bile vardır, Uyuşmazlık Mahkemesi. İlgililer de zaman zaman davasını hangi yargı kolunda açması gerektiği ile ilgili tereddütler yaşamakta ve görevsiz yargı kolunda dava açabilmektedirler. İdari yargının görevli olduğu bir dava, adli yargıda açıldığında dava görev ret ile sonuçlanmaktadır. Bu görev ret kararı üzerine bu sefer ilgililerin, görevli yargı kolu olan idari yargıda dava açması gerekmektedir. Fakat, ilgililer adli yargının görev ret kararından sonra bu kez görevli yargı yeri olan idari yargıda dava açmak istediklerinde, artık kuvvetle muhtemel yasal dava açma süresi geçmiş olacaktır. Mahkemelerin bile görev konusunda anlayamayıp uyuşmazlığa düştüğü ve sırf bu uyuşmazlığın çözümü için özel bir mahkeme kurulduğu bir ortamda, ilgililerden görevli mahkeme konusunda hataya düşmemelerini beklemek hiç gerçekçi olmaz. Düşükleri bu hata yüzünden, dava açma süresini kaçırmaları sonucu mahkemeye erişim haklarını ellerinden almak ise hukukla ve vicdanla bağdaşmaz.

Bu sakıncaları öngören kanun koyucunun getirdiği, görev ret kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz günlük dava açma hakkına yönelik 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan düzenleme, mahkemeye erişim hakkı açısından çok isabetli bir düzenleme olmuştur. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için davanın öncelikle görevsiz bir yargı kolunda açılmış olması, davanın görevsiz yargı kolunda açılmış olması ile birlikte görevli yargı kolundaki dava açma süresi içerisinde açılmış olması, görevsiz yargı kolunun görevsizlik kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekmektedir.¹⁶

Uygulamada çok mümkün olmamakla birlikte, görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra otuz günlük süre geçirilmiş olsa bile, idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamış ise bu süre içinde idari dava açılacaktır. Bu durum, maddenin ilk fıkrası ile getirilen ek dava açma süresi hakkının zaten doğal bir sonucudur. Fakat, her ihtimali düşünen kanun koyucunun, yanlış yargısal yorumlarla hak kaybı oluşmasını diye bu düzenlemeyi yapmış olduğunu düşünüyoruz.

Tüm bunlarla birlikte, kanun koyucunun hak olarak getirdiği bu görev ret kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz günlük dava açma süresi, uygulamada yargı mercilerinin davranış ve yorumları nedeniyle sorunlu olmuştur. Normal durumda, adli yargıda açılan davalarda idari yargının görevli olması sebebiyle görev ret kararı verildiğinde ve bu karar kesinleştiğinde, yukarıda belirtildiği gibi, ilgili tarafından otuz gün içerisinde veya kalan dava açma süresi daha fazla ise bu süre içerisinde idari yargı yerinde bizzat dava açılması gerekmektedir. Fakat uygulamada, adli yargı yerleri idari yargının

¹⁶ Gözübüyük, Şeref, agm, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 4, Aralık 1969, s.3.

görevli olması sebebiyle görev ret kararı verdikten sonra davacının talebi üzerine veya re'sen dava dosyasını görevli idari yargı yerine göndermiştir. Kanunda böyle bir usul bulunmadığından dolayı idari yargı yeri de kendisine gelen dava dosyasını, esas kaydının kapatılması kararı vererek geldiği mahkemeye iade etmekteydi. Fakat tüm bu işlemler olurken artık hak olarak verilen otuz günlük ek dava açma süresi de geçmiş olduğundan, davacının idari yargı yerine hitaben açtığı davalar süreaşımı nedeniyle reddedilmekte ve bu durum hak kayıplarına neden olmaktaydı. Böylece yargısal yanlış uygulamalarla mahkemeye erişim hakkı ortadan kaldırılmış olmaktaydı. Bu hak ihlali AİHM'e taşınmış ve aşağıda yer verilen *Mesutoğlu/Türkiye (14/10/2008 tarihli ve 36533/04 başvuru nolu)* kararı ortaya çıkmıştır.

Mesutoğlu/Türkiye kararında başvurucular, Elazığ Asliye Hukuk Mahkemesi'nde Elazığ Belediyesi aleyhine tazminat davası açmış, ancak Asliye Hukuk Mahkemesi davanın görev yönünden reddine karar vererek dosyanın Malatya İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir. Malatya İdare Mahkemesi ise başvurucuların İYUK9. maddeye göre dava açmadıkları gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Danıştay'a yapılan temyiz ve karar düzeltme taleplerinin de reddi üzerine başvurucular AİHM'e başvurmuşlardır. Başvurucular yasa ile öngörülen süre ve usulde yeni bir dilekçe sunmalarına rağmen davalarının usul hatası bulunduğu gerekçesi ile reddedildiğini, bu şekilde karar veren ulusal mahkemenin davanın esasına girmeyerek mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. AİHM mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp dava koşulları açısından bazı sınırlamalara tabi olduğunu, mahkemeye erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve sözleşmecî devletlerin de bu konuda belirli bir takdir hakkına sahip olduklarını hatırlattıktan sonra bu sınırlamaların hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini vurgulamıştır. AİHM ayrıca, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hâlel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Böylece konuyla ilgili ilkeleri ortaya koyan AİHM, mevcut davada İYUK 9. maddenin asıl amacının mahkemeye erişimi kolaylaştırmak olduğunu, oysa bu maddeyi çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuranları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS 6. maddenin 1. fıkrası uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kanaatine vararak ihlal kararı vermiştir.¹⁷

¹⁷ Aydın, Bihter; Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı, Taad, Yıl:4, Sayı:15, Ekim 2013, sayfa:289.

Oysa bu sorun, uluslararası mercie taşınacak bir hak ihlaline sebebiyet vermeden yargı mercilerinin yapacağı yorumlarla çözülebilirdi. Her ne kadar kanunda, adli yargı yerlerinin idari yargının görevli olması sebebiyle görev ret kararı verdikten sonra davacının talebi üzerine veya re'sen dava dosyasını görevli idari yargı yerine göndermesine yönelik bir usul bulunmasa da, bu usul ile gelen dava dosyaları için idari yargı mercilerince 2577 sayılı Kanun 3. madde uyarınca dilekçe ret kararı verilmesi gerekirdi. Böylece davacı dilekçesini, idari yargının usul hükümlerine göre yenileyecek ve dava hak kaybına sebebiyet vermeden görevli mercide görülmeye devam edilecekti. Nitekim, AİHM'in bu hak ihlali kararından sonra Danıştay da belirttiğimiz görüşü benimsemiştir. Bu görüşle ilgili karar özetine bakacak olursak;

Dava, ... İli, ... İlçesi, ... Mahallesi, ... ada, ... parsel üzerinde bulunan taşınmazda ruhsatsız yapı yapıldığından bahisle, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin ... tarih ... sayılı ... Belediye Encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; davanın öncelikle ... Sulh Ceza Mahkemesinde açıldığı, anılan Mahkemenin ... günlü, Değişik İş No:... sayılı kararı ile Sulh Ceza Mahkemesinin görevsizliğine ve taraflarca istekte bulunulması halinde dava dosyasının görevli idare mahkemesine gönderilmesine karar verilerek dosyanın idare mahkemesine gönderildiği, İdari Yargılama Usulü Kanununda, adli yargı mercilerince verilecek görevsizlik kararı üzerine dosyanın ilgili mahkemeye doğrudan gönderilmesine ilişkin bir kural bulunmadığı gerekçesiyle esas kaydın kapatılarak dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Her ne kadar ... Sulh Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararı sonrası 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine uygun biçimde düzenlenmiş bir dilekçe ile idari yargı yerine dava açılmamış ise de, idare mahkemesince, adli yargı yerine başvuru esnasında verilen dava dilekçesi esas alınıp, dilekçe ret kararı verilerek, davacıya 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine göre dava dilekçesi düzenleme olanağının tanınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, para cezası verilmesine ilişkin belediye encümeni kararına karşı açılan davada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesine göre, adli ve askeri yargı yerlerinde açılan davaların görev yönünden reddi üzerine gönderme kararı verilerek dosyanın görevli idare mahkemesine gönderilmesi üzerine, İdare Mahkemesince adli yargı yerine başvuru esnasında verilen dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 3. maddesine uygun biçimde düzenlenmek üzere dilekçenin reddine kararı verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince dosyanın esasının kapatılıp iadesine karar verilmesinde hukuki

*isabet bulunmamaktadır.*¹⁸

Bu görüş, idari yargı mercilerince, sorun ortaya çıktığında benimsenseydi ülkemiz uluslararası bir mahkemede hak ihlali kararına maruz kalmayacaktı. Hakimlerin aşırı şekilci olmamaları ve öncelikle hakkı gözetmeleri gerekmektedir. Bu sorunu yargı mercilerinin çözmesi mümkün olduğu gibi aslında kökten çözümünü yasama organı sağlayabilirdi. Yasama organı, yapacağı kanun değişikliği ile farklı yargı kollarında verilen görev ret kararı üzerine dava dosyasının re'sen görevli yargı yerine gönderilmesi usulünü yasalaştırmalıdır.

B.2. 2577 Sayılı İYUK 10. Madde Uygulaması

2577 İYUK 10. maddede yer alan düzenlemeye göre, ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açılabilir.

Bu düzenleme ile ilgililere, istekleri doğrultusunda haklarında işlem tesis edilmesi için idareye başvuru yapma imkanı getirilmiştir. Bu başvuru öncesinde ilgilisi hakkında herhangi bir idari işlem tesis edilmemiştir. Bu başvuru sonucunda olumlu veya olumsuz bir işlem tesis edilir. Bu maddenin, 11. maddede yer alan düzenlemeden farkı da budur. Fakat uygulamada, ilgilinin yaptığı başvurunun 10. maddeye mi yoksa 11. maddeye mi girdiği konusunda çoğu zaman tereddüt yaşanmaktadır.

Bu düzenlemede dava açma süresi ile ilgili birden çok durum ortaya çıkmaktadır. Öncelikle yapılan başvuru sonucunda, idarece altmış gün içinde olumsuz bir cevap verilirse ilgili yasal dava açma süresi içerisinde bu olumsuz cevaba karşı dava açabilecektir. Altmış gün içinde bir cevap verilmez ise de bu kez zımnî ret oluşmuş olacak ve ilgili zımnî redde karşı yasal dava açma süresi içerisinde dava açabilecektir.

Bazen idarece altmış gün içinde kesin bir cevap verilmeyebilir. Yani istem ne reddedilir ne de kabul edilir. Mesela, başvurunun hala incelenmekte olduğu

¹⁸ Danıştay 14. Dairesi'nin 16/11/2012 tarih ve E:2011/15076, K:2012/8201 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

diye bir cevap verilebilir. İşte bu durumda ilgili, seçimlik hakka sahiptir. İsterse ilgili, bu kesin olmayan cevabı isteminin reddi kabul edip dava açabilir, isterse de kesin cevabı bekleyebilir. Fakat bu bekleme süresi de başvurduğu tarihten itibaren 6 ayı geçemez. 6 ayın sonunda artık hala kesin bir cevap verilmemişse istek reddedilmiş sayılır ve yasal dava açma süresi içerisinde ilgilisi tarafından dava açılabilir. İlgilinin başvurusuna idarece altmış gün içinde cevap verilmediği zaman dava açılmazsa veya açılan dava süreden reddedilirse, bu altmış günlük süre bittikten daha sonra idarece bir cevap verilirse, bu cevaba karşı da dava açılabilir.

B.3. 2577 Sayılı İYUK 11. Madde Uygulaması

İdari Yargılama Usul Kanunu'muz olan 2577 sayılı Kanun'da, dava açma süresinin durması ile ilgili bir düzenleme vardır. Kanun'un 11. maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

Getirilen bu düzenleme ile idareye, dava açılmadan önce işlemini tekrar gözden geçirme fırsatı verilmiştir. Mahkemelerin iş yükünü azaltabilecek bu düzenleme ile ilgililere de haklarını aramaları için daha ucuz ve hızlı olan idari başvuru hakkı verilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde yapılan başvuru, idari dava açma süresini durdurduğundan dolayı ilgililer için bir hak kaybına yol açmayacaktır. Bu başvurudan istediğini alamayan ilgililer, idari başvuru ile duran süreden kalan dava açma süresi içerisinde yine davalarını açabileceklerdir.

B.4. 2577 Sayılı İYUK 13. Madde Uygulaması

Bilindiği gibi, idari yargıda dava türü olarak iptal davalarının yanında bir de tam yargı davaları vardır. İdari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davaları ile ilgili olarak 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan hükümlere göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin (ön karar) tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. Ön karar alınmadan açılan davalarda, idari mercii tecavüzü nedeniyle merciiine tevdi kararı verilir.

Burada kanun koyucu, idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarının açılmasında farklı bir usul öngörerek, dava açılmadan önce 1 ve her halükarda 5 yıl içerisinde idareye başvurma şartı getirmiştir. Bu başvurudan sonra genel dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açılabilecektir.

Kanunda yer alan bir yıllık süre çok açıktır.. Eylemin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Ama beş yıllık süre konusunda uygulamada duraksamalar yaşanmaktadır. Çünkü kanuna göre her halükarda süre, eylem tarihinden itibaren beş yıldır. Eylem tarihinin tam olarak ne anlama geldiğini aşağıda yer alan bir Danıştay kararı ile inceleyelim:

Davacı 04.04.2010 tarihinde davalı idareye bağlı ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde guatr ameliyatı geçirmiş, dilekçesinde belirttiğine göre ameliyat sonrası sesinin çıkmaması üzerine doktorlarının bunun zamanla düzeleceğini beyan etmeleri üzerine taburcu olmuştur.

Davacı 2013 yılında aile hekiminin tavsiyesi üzerine 31.07.2013 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde ses tellerinden operasyon geçirip sesine kısmen kavuşmuştur.

Yasayla öngörülen tam yargı davaları, idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle, tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur.

İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir.

Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme veya tedavi süreçlerinin sonucu ortaya çıkabilmektedir.

Bu itibarla, 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen 1 ve 5 yıllık sürenin, eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun, zarara yol açan eylemin idariliğinin ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır.

Davacının davalı idareye bağlı sağlık tesisinde 02.04.2010 tarihinde geçirdiği guatr ameliyatında ses tellerinin kesilmesi nedeniyle konuşamama problemi yaşadığının en son ameliyat olduğu 31.07.2013'te öğrendiği yani bu tarihten itibaren eylemin idariliği hakkında bilgi sahibi olduğu kabul edilse dahi, 31.07.2013'ten itibaren 1 yıl içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13'üncü maddesi uyarınca eylemi ile zarara neden olan idareye başvurarak bir ön karar alması gereken davacının, bu süre çok geçtikten sonra 22.06.2015 tarihinde davalı idareye yapmış olduğu başvuru, dava açma

*süresini ihya etmeyeceğinden dolayı yapılan başvurunun zımnen reddine istinaden 02.10.2015 tarihinde açılan dava süresinde olmadığından davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi gerekmektedir.*¹⁹

Danıştay kararında da belirtildiği gibi, bir ve beş yıllık süreler eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanmalıdır. Aksi düşünce mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmaz. Genel olarak idari yargıda dava açma sürelerinden bahsettikten sonra da şimdi esas olarak, vergi mahkemelerindeki dava açma sürelerini mahkemeye erişim hakkı penceresinden değerlendirelim.

C. Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri

Devletin egemenlik göstergelerinden biri ve hatta belki de en önemlisi vergilendirme yetkisidir. Devlet tek taraflı olarak, kamu gücüne dayalı, re'sen icra yoluyla halktan vergi toplar. Bu onun iç egemenlik yetkisidir. Vergi, tek taraflı olarak toplanır ve karşılıksızdır. Devlet topladığı vergi karşısında hizmet sunma sözü vermez. Vergi kamu gücüyle toplanır. Yani iradi değildir.

Vergi, kamu hizmetlerini finanse etmek temel amacıyla, egemenlik gücüne dayalı olarak, karşılıksız bir şekilde, gerçek ve tüzel kişilerden, ödeme güçlerine göre, kamu gücü kullanılarak alınan bedeldir. Verginin gelişimi ile birlikte vergi hukuku ortaya çıkmıştır. Türkiye'de vergi hukuku alanında faaliyet gösteren vergi mahkemeleri vardır. Vergi mahkemeleri de idari yargı teşkilatı içerisinde yer alır.

Mülkiyet hakkı, Anayasamızda tanınmış bir haktır ve ayrıca temel insan haklarından. Bu yüzden bu hak, çeşitli düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahale yasaya dayalı olmalı, kamu yararı çerçevesinde yapılmalı ve ayrıca ölçülü (zorunluluk, elverişlilik ve orantılılık ilkeleri) olmalıdır. Vergilendirme de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahaledir. Bundan dolayı vergilendirmenin, hukuka uygun olup olmadığının denetimi yargı yerleri tarafından yapılmaktadır.

Vergi mahkemeleri, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, bunlara ilişkin 6183 sayılı Kanun uygulamasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri karara bağlar. Vergi hukukunda, vergi yasalarını uygulayan, bunları bireysel işlemlere dönüştüren, vergi idareleridir. Vergi idarelerinin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluk denetimini vergi mahkemeleri yapmaktadır. Vergilendirmenin gerçek veya tüzel kişi açısından hukuka uygun olup olmadığına vergi mahkemeleri karar verir.

¹⁹ Danıştay 15. Dairesi'nin 28/04/2016 tarih ve E:2016/2149, K:2016/3029 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Vergilendirme ile ilgili Anayasa'mıza bakınca "Vergi Ödevi" başlığı altında 73.maddede, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirilip veya kaldırılacağı; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilebileceği düzenlemelerinin yer aldığı görülmektedir.

Ayrıca 13. maddede, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 35.maddede, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükümlerinin yer aldığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi vergilendirme, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğundan dolayı Anayasa'mızda ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve vergilendirme yetkisinin sınırları gösterilmiştir. Sosyal devlet, hukuk devleti, verginin belirliliği, vergi kanunlarının geriye yürümezliği, verginin yasallığı, verginin genelliği ve eşitliği, kıyas yasağı, ödeme gücü ve ölçülülük, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, verginin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkeleri Anayasa'mızda vergilendirme hususuna ilişkin olarak yer alan ilkelerdir.

Vergilendirme ile ilgili değinilen tüm bu ilkelerin hayat bulması için vergi hukuku ile ilgili olarak yapılan iş ve işlemlerin yargı denetimine tabi olması gerekir. Elbette yargı denetiminin işlemesi için mahkemeye erişim hakkı olmalıdır. Vergi hukuku ile ilgili esas olarak erişilecek mahkeme de ülkemizde, vergi mahkemeleridir.

Vergi mahkemelerinde genel dava açma süresi 2577 sayılı Kanun'a göre otuz gündür. Bu demek oluyor ki, dava konusu edilen işlemle ilgili özel kanununda ayrı bir dava açma süresi gösterilmemişse, otuz gün içerisinde dava açılması gerekir. Fakat, genel dava açma süresinden ayrı bir özel dava açma süresi belirlenmişse, bu süre içerisinde dava açılmalıdır.

Dava açma süresi, mahkemeye erişim hakkına getirilmiş bir sınırlama olduğundan, belirli olmalı, karmaşık olmamalıdır. Ülkemizdeki vergi mahkemelerinde dava açma süreleri aynı değildir. Otuz günlük genel dava açma süresinin yanında 7 ve 15 gün gibi özel dava açma süreleri de vardır. Bu sürelerin çokluğu, dava açacak kişide, davasını hangi dava açma süresi

içerisinde açması gerektiği noktasında kafa karışıklılığına yol açmaktadır. Bu sorun, dava açma süresinin kaçırılması suretiyle mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmaktadır. Yasa koyucu, bu sorunun giderilmesi amacıyla çok isabetli bir düzenleme yapmıştır. Hatta bu düzenleme doğrudan Anayasa'da yapılmıştır. Değiştirilen Anayasa'nın 40. maddesi ile, devlete, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Böylece ilgililer, haklarında tesis edilen idari işlemde, işleme karşı kaç gün içerisinde ve hangi mahkemede dava açılacağı belirtileceğinden, kafa karışıklılığı yaşamayacaklardır.

D. Karşılaşılan Sorunlar Ve Çözüm Önerileri

Vergi mahkemesinde dava açma süreleri ile ilgili genel açıklamalarımıza yukarıda yer verdik. Şimdi ise, vergi mahkemelerinde dava açma sürelerinde mahkemeye erişim hakkı açısından ortaya çıkan sorunları ve bu sorunlarla ilgili çözüm önerilerimizi aşağıda yer vereceğimiz başlıklar altında sırasıyla açıklayalım.

D.1. Dava Açma Süresinin Başlaması

2577 sayılı İYUK 7. maddenin 1. bendinde; dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış gün, vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, 2. fıkrasının (b) bendinde de; vergi, resim ve harçlar ile benzer mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda, tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin, tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci ve komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı hükümlerine yer verilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 93. maddesinde; tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edileceği, 94.maddesinde; tebliğin mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine, veya vergi cezası kesilenlere yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bilindiği gibi Vergi Hukuku'nda tebliğ, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden konuların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir. Tebligatın amacı, ilgili kişinin hukuk alanında etki ve sonuç doğurabilecek işlemlerin ilgisine bildirilmesi ve bu bildirimde belgelendirilmesidir. Hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı açısından da tebligat çok önemli bir kurumdur. İlgilin bu haklardan yararlanması için öncelikle hakkında hüküm ifade eden

işlemin bilgisi dahiline girmesi gerekmektedir. Bu da usulüne uygun yapılan tebligat ile olur. Fakat, tebligat usulsüz bile olsa, bir şekilde işlemde ilgilisi haberdar olmuşsa, artık öğrenme tarihi tebliğ tarihi sayılır. Nitekim 7201 sayılı Tebligat Kanun'u da bu hususu kabul edip düzenlemiştir.

AIHM, sözleşme sisteminin, bazı durumlarda, sözleşmeci devletlerin Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan haklardan etkili olarak yararlanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almasını gerektirdiğini (*Vaudelle/Fransa*, B. No: 35683/97, 3/1/2001 §52), bunun her şeyden önce hakkında dava açılan kişinin durumdan haberdar edilmesini gerektirdiğini ifade etmektedir (*Dilipak ve Karakaya/Türkiye*, B. No:7942/05 ve 24838/05, 4/3/2014 §77).

Mahkemeye erişimi aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bununla birlikte dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belirli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça, hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir (Benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. *Osu/İtalya*, B. No: 36534/97, 11/7/2002, §§ 36-40).

Bunun yanında bir mahkemeye başvuru hakkının yasal bir takım şartlara tabi tutulması kabul edilebilir olsa da, mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar (*Walchli/Fransa*, B. No: 35787/03, 26/7/2007, § 29).

AIHM, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde katı bir şekilde kullanılmaması veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. *Beles/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51; *Tricard/Fransa*, B. No: 40472/98, 10/7/2001, § 33).²⁰

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde; idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı, hükmü yer almaktadır. Bu doğrultuda, mahkemeye erişim hakkını belirli bir süre ile sınırlayan dava

²⁰ Akt.Anayasa Mahkemesi'nin 16/04/2015 tarih ve 2013/4553 bireysel başvuru numaralı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

açma süresi, yazılı bildirim ile işlemeye başladıktan sonra son gününde sona erer. İlgili bu süre içerisinde davasını açmaz ise artık mahkemeye erişim hakkı bulunmaz. İdari işlem ilgisine bildirildikten sonra dava açma süresi işlemeye başlamaktadır. Bildirimle birlikte ilgili artık hakkında tesis edilmiş idari işlemden haberdar edildiğinden, kanuni süresi içerisinde mahkemeye erişim hakkına veya varsa başka hak arama yollarına başvurabilecektir. İdari işlemlere dava açma süresinin makul süre ile sınırlandırılması mahkemeye erişim hakkını zedelemes. Fakat, ilgili hakkında tesis edilen işlemden ilgisine yazılı bildirim yapılmadan veya hukuka aykırı yazılı bildirim yapılarak dava açma süresini işletmeye başlamak mahkemeye erişim hakkının özünü zedeler. Çünkü bu durumda ilgili, işlemden haberdar bile değildir ama süre işlemiş ve dava açma süresi bitmiş olacaktır. Böyle bir durumda, davayı süreden reddetmek hukukla bağdaşmaz. Bu yüzden, dava açma süresinin başlaması konusu çok önemlidir. Dava açma süresini işlemeye başlatan yazılı bildirim ve buna ilişkin usuller de hukuka uygun olarak yapılmalıdır. Yazılı bildirim ile ilgili usul ve esaslar 7201 sayılı Tebligat Kanun'unda düzenlenmiştir. Vergi hukuku ile ilgili özel ve esas düzenlemeler ise 213 sayılı Vergi Usul Kanun'unda yer almıştır. Açılan bir davada süre aşımı ile ilgili bir sıkıntı varsa, hakim yazılı bildirim bu kanunlarda yer alan usul ve esaslara uygun olarak yapıp yapılmadığını inceler.

Yapılan bir yazılı bildirimle ilgili olarak yargı kararını inceleyecek olursak;

*Dava dosyasının incelenmesinden; davaya konusu cezalı tarhiyatlara ilişkin ihbarnamelerin davacı şirkete 13.04.2015 gününde tebliğ edildiği, bu tarihten itibaren 30 (otuz) günlük yasal dava açma süresi içinde davanın en geç 13.05.2015 tarihinde açılması gerekirken, bu süre geçirilerek 25.05.2015 tarihinde Mahkememiz kaydına alınan dilekçe ile açılan davada süreaşımı olduğu anlaşıldığından işin esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır.*²¹

Yukarıda yer verilen Mahkemenin süre ret kararına karşı yapılan itiraz başvurusu sonucunda ise Bölge İdare Mahkemesince şu karar verilmiştir;

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı adına takdir komisyonu kararına istinaden re'sen tarh edilen 2011 ve 2012 yıllarına ilişkin tekerrür hükümleri uyarınca 1,5 kat vergi ziyayı cezalı kurumlar vergisi, 2012/1-3 dönemine ilişkin tekerrür hükümleri uyarınca 1,5 kat vergi ziyayı cezalı kurum geçici vergisi ile 2012/3 dönemine ilişkin tekerrür hükümleri uyarınca 1,5 kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisine ilişkin 08, 09, 10 ve 11 nolu vergi/ceza ihbarnamelerine ilişkin tebliğ alındısının incelenmesinden, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre şirkete yapılan tebligatın kime yapıldığı hususunun açıkça belirtilmediği, tebligatı alan kişinin davacı şirket tüzel kişiliği ile ilişkisinin (başkan, müdür,

²¹ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 09/06/2015 tarih ve E:2015/963, K:2015/1309 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

kanuni temsilci) açık bir biçimde tebliğ alındısında belirtilmediği, tebliğ mazbatasında; ancak gerçek kişilere yapılacak tebliğlerde yer verilebilecek “muhatabın kendine tebliğ edildi” şeklindeki bir ifadeye yer verildiği, dolayısıyla yapılan tebliğ işleminin usulüne uygun olarak gerçekleşmediğinin anlaşılması sebebiyle, davacı şirket tarafından tarhiyatın 21.05.2015 tarihinde öğrenildiği beyanına itibar edilmesi gerektiği ve 25.05.2015 tarihinde açılan davanın davanın süresinde açılmış olduğu sonucuna ulaşıldığından, süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.²²

İtiraz incelemesini yapan Bölge İdare Mahkemesi, yazılı bildirim usulüne uygun yapılmadığı görüşüne vardığından, davayı süresinde görmüştür. Böylece, usulsüz yazılı bildirim ile başlatılan dava açma süresi ile mahkemeye erişim hakkının haksız yere kısıtlanmasını engellemiştir.

Yazılı bildirim dava açma süresini başlatması ile ilgili olarak, bazı düzenlemelerde “yazılı bildirim izleyen günden itibaren” ifadesi yer almakta iken, bazı düzenlemelerde ise “yazılı bildirimden itibaren” ifadesi yer almaktadır. Yani bazı işlemlerde dava açma süresinin, yazılı bildirim yapıldığı günü izleyen günden itibaren, bazılarında ise yazılı bildirim yapıldığı günden itibaren başlaması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Hakkaniyetli olan ve mahkemeye erişim hakkı açısından uygun olan bizce dava açma süresinin, yazılı bildirim izleyen günden itibaren işlemeye başlatılmasıdır. Çünkü tebligatın, ilgili kişiye günün hangi saatinde yapılacağı bilinmez. Bu yüzden, yasa koyucu tarafından mevzuattaki bu durum, dava açma süresinin yazılı bildirim izleyen günden itibaren başlaması yönünde düzeltilmelidir. Farklı kanunlarda farklı yönde dava açma süresinin başlama zamanlarının olması, ilgilileri yanlış yönlendirip dava açma süresinin kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, yargı yerlerince de dava açma süresinin yazılı bildirim izleyen günden itibaren başlaması yönünde içtihat oluşturulması gerekmektedir.

Yazılı bildirim ile ilgili usul ve esasların mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmaması için yasa koyucu tarafından yazılı bildirim dair hükümlerin hakkaniyete uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, hakimlerin de yazılı bildirimle ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeleri mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde dar ve katı yorumlamaması gerekmektedir.

Böylece, yazılı bildirim usul ve esasları konumuz olmadığından, yazılı bildirim sadece dava açma süresi açısından inceleyerek mahkemeye erişim hakkına olan etkilerini anlatmış olduk.

²² Konya Bölge İdare Mahkemesi'nin 01/10/2015 tarih ve E:2015/2625, K:2015/2260 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

D.2. Anayasa'nın 40/2. Maddesi Uygulaması

Mahkemeye erişim hakkının ne olduğuna ilişkin açıklamalarımıza yukarıda yer vermiştik. Bu hakkın, devlet tarafından tanınması ve mevzuatta yer alması tek başına yeterli değildir. Mahkemeye erişim hakkının kullanılabilmesi için erişmek isteyen kişinin, erişeceği doğru mahkemeyi ve buna ilişkin usulleri bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, mahkemeye erişim hakkı sadece “kağıt” üzerinde kalır. İşte bu doğrultuda, Anayasamız'da 2001 yılında yapılan değişiklikle 40. maddeye, devlete, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü getiren fıkra eklenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde “Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.” açıklaması yapılmıştır. Aslında, 4709 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 40. maddesine eklenen fıkra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı kararında belirtilen “Yazılı olarak bildirilen idari işlem, ilgilinin haklarını, özgürlüklerini ya da menfaatini zedeler nitelikteyse olağan başvuru yolları ve süresini de gösterir”²³ esasının benimsenmesinin bir sonucudur.

Anayasamızdaki yükümlülük Devlet'e getirilmiştir. Yani yükümlülük yasama, yürütme, yargı ve idarenin hepsine birden yükletilmiştir. Fakat yükümlülük bunların idari fonksiyonuna ilişkindir. Bu kapsamda bahsedilen işlemler ise, ilgisinin hukuk alanında sonuç doğuran, kamu hukuku bağlamında tesis edilen somut bireysel idari işlemlerdir. Nitekim, İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı da, yükümlülüğün kapsamını idari işlem olarak belirlemektedir.²⁴ Gösterilmesi zorunlu kanun yollarından kastedilen başvuru yollarıdır. İlgilisi hakkında tesis edilen işleme karşı gösterilmesi zorunlu başvuru yolları, etkili başvuru hakkı veren idari ve/veya yargısal başvuru yollarıdır.

Anayasamızda yapılan değişiklik, hak arama özgürlüğü açısından devlete getirilmiş çok önemli bir yükümlülüktür. Mevzuatın bu kadar karmaşık ve dağınık olduğu bir ortamda, bu karmaşıklık ve dağınıklık yüzünden ilgililerin hak arama özgürlüğünün ihlal edilmemesi gerekmektedir. Yanlış bir mercie başvuru veya süresi kaçırılmış bir başvuru, kişinin hak arama özgürlüğünü engeller. Bu yüzden, devlete yüklenen bu sorumluluk sonucunda, devletin tüm işlemlerinde hangi kanun yolları ve mercilere hangi sürelerde

²³ Akyılmaz, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, 1. Baskı, Ankara 2000, s. 213.

²⁴ http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/a54bf108ca06d26_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi

başvurulacağı belirtileceğinden, ilgililer doğru yerde ve doğru sürede haklarını arayabileceklerdir.

Mahkemeye erişim hakkı açısından, hakkında tesis edilen işlemde hangi sürede ve hangi mahkemede dava açılması yazılmış olacağından, ilgilisi doğru sürede ve yerde davasını açabilecektir. Sonuç olarak usuli nedenlerle mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmamış olacaktır.

AİHM de, uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması nedeniyle dava süresinin aşılması nedeniyle davanın reddedilmesi durumunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edileceği sonucuna varmaktadır.²⁵ Örneğin De Geouffre da la Pradelle/ Fransa kararında²⁶, başvuru, taşınmazın koruma alanı kapsamına alan ve Resmi Gazete’de yayınlanan kararnameyi tam olarak anlayamamış, ancak kararnamenin tam metnine yer veren tebligatın kendisine ulaşması üzerine kanun yollarına başvurmuştur. Ancak Fransız Danıştay, kararnameye karşı başvuru süresinin iki ay olduğunu, tebligatın ise bu süre geçtikten sonra başvurucuya ulaştığını, dolayısıyla dava açma süresi geçirildiği gerekçesiyle davasını reddetmiştir. AİHM bu davada, iç hukukun karmaşık olduğunu, bu durumda başvurucudan dava süresinin kararnamenin Resmi Gazete’de yayımlandığı günden mi yoksa tebliğ tarihinden sonra mı başladığını anlamasının beklenemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, yeteri kadar açık ve tutarlı bir sistem olmadığından, mahkemeye etkili başvuru hakkının ihlal edildiği kararına varmıştır.²⁷ Bu durumda yargılama usulü kanunlarında dava açma süresine ilişkin düzenlemelerin sıradan vatandaşın anlayabileceği açıklıkta yer alması gerekmektedir.²⁸

Anayasamız’da yer alan, devlete, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü ile ilgili herhangi bir kanuni düzenleme yapılmamıştır. Yani bu hükmün, usul ve esaslarını düzenleyen bir kanuni hüküm yoktur. Bu da anayasanın doğrudan uygulanabilirliği konusunu gündeme getirmiştir. Kanuni bir düzenleme olmadan, sadece anayasada yer alan bu hüküm doğrudan uygulanabilir mi buna bakalım.

Anayasada yer alan her hükmün uygulanması için mutlaka yasal düzenleme gerekmez. Anayasa çerçeveyi çizip usul ve esasların düzenlenmesini açıkça kanuna bırakmış ise o zaman uygulama için kanuni düzenleme gerekir. Yoksa, açıkça anayasada yer alan her hükmün uygulanması için kanun çıkarılması gerekmez. Çünkü anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi

²⁵ İnceoğlu, Sibel: a.g.e., s.132-133.

²⁶ De Geouffre da la Pradelle/Fransa kararı, 16.12.1992.

²⁷ İnceoğlu Sibel: a.g.e., s.133.

²⁸ Aydın, Bihter; agm.

gereği anayasa, herkesi bağlar ve normlar hiyerarşisinde de en üstte yer alır. Normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasada açıkça düzenlenmiş bir hükmün uygulanması, normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alan kanun ile ayrıca düzenlenmesi şartına bağlanamaz. Bu yüzden Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan bu hüküm doğrudan uygulanabilir, ayrıca kanuni bir düzenlemeye gerek yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir;

Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.²⁹

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası; "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" şeklindedir. Buna göre devletin işlemlerine karşı hangi mercilere, hangi süreler içinde başvuracağını belirtmesi yasayla olabileceği gibi, yasanın verdiği yetkiye dayanarak tüzük, yönetmelik gibi bir düzenleyici işlemlerle de yapılabilir. Anayasa'nın bu hükmü ile, devlete verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğuna ilişkin olup, bu hususlara yönelik olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğünü içermemektedir. Dolayısıyla burada devletin işlemlerinde, hangi mercilere ve hangi süreler içinde başvurulacağını açıkça göstermesiyle ilgililerin yetkili makamlara süresini geçirmeden başvurarak hak arama özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Buna göre, ilgili mercilere itiraz edilebileceğine dair bir kural bulunmasa bile Anayasa ve yasalar gereğince ilgililerin kontrol ve denetim sonuçları hakkında yargı yoluna başvurma olanakları vardır. Bu durum karşısında, işyeri yetkililerine tanınan ilgili mercilere itiraz hakkının, yasayla düzenlenmesi ve hatta itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması da gerekmez. Bu hakka ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle belirlenmesi, asli düzenleme yetkisinin devredilmezliği ilkesini

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 08/12/2004 tarih ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

*ihlâl etmediğinden Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.*³⁰

Peki kanun yollarının ve sürelerinin gösterilmemesi durumunda ne olacaktır? Yani Anayasa'nın 40. maddesindeki yükümlülüğün yerine getirilmemesinin bir yaptırımı var mıdır, varsa nasıl bir yaptırım uygulanır? Kanun yolu ve süresinin gösterilmemesi tek başına idari işlemin iptalini gerektirir mi? Şimdi bu soruların cevaplarını arayalım.

D.2.1. Anayasa'nın 40/2. Maddesi Uygulamasının Sonuçları

2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinde iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki şekil sebep konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar, olarak tanımlanmıştır. Buna göre açılan bir iptal davasında idari işlem, bu unsurlar açısından incelenecektir. Bu unsurlardan biri de şekil unsurudur. Özel hukukta şekil serbestisi varken idare hukukunda şekil kuralları mevzuatla düzenlenmiştir. Hukuk metinlerinde idari işlemin yapılması için izlenecek yol ve usüller belirtilmiştir. İdare hukukunda şekil kurallarının önceden belirlenmiş olunması ve bu usüle uyularak idari işlemlerin tesis edilmesi "hukuki güvenlik" ilkesi gereğidir. Kamu gücü tarafından tek taraflı olarak tesis edilen icrai idari işlemlerin tabi oldukları şekli, usulü önceden bilmek o ülkede ki insanlara hukuki öngörülebilirlik sağlar. Şekil unsurları kendi içerisinde "olmazsa olmaz", "asli" ve "tali" olmak üzere üçe ayrılır. Olmazsa olmaz şekil unsurunda, bu tür sakatlık idari işlemin kimliğini yok ettiği için işlem yok hükmünde kabul edilir. Örneğin, yazılı yapılması gereken naklen polis atama işleminin sözlü yapılması, işlemi yok hükmünde kılar. Yine Danıştay incelemesinden geçmeden çıkarılan tüzükler yok hükmünde kabul edilir. Ayrıca Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu bir yönetmeliğin Resmi Gazete'de yayımlanmaması da onu yoklukla batıl kılar. Asli şekil unsuru, idari işlemin zorunlu şekil şartlarındandır. Bu unsurdaki sakatlık işlemin iptal edilebilirliğine yol açar. Örneğin idareye işlem tesis etmeden önce bir takım yerlerden görüş alma zorunluluğu getirilmişse veya bir başka mercinin teklifi doğrultusunda işlem tesis etmesi gerekmekte ise görüş almadan veya teklif gelmeden işlem tesis etmesi işlemi sakatlar ve işlemin iptali gerekir. Tali şekil unsuru ise, işlemin sonucunu etkilemeyen unsurdur. Bu unsurun sakat olması işlemin iptalini gerektirmez.³¹

Bu doğrultuda, idari işlemde kanun yolu ve süresinin gösterilmesi ne olmazsa olmaz ne de asli şekil unsurudur. Bu yüzden kanun yolu ve süresinin

³⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 08/01/2009 tarih ve E:2004/69, K:2009/6 sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

³¹ Aydın, Alper; İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk, TAAD, Yıl:5, Sayı:19, Ekim, 2014.

gösterilmemesi işlemin iptalini gerektirmez. Bu unsur, hak arama özgürlüğü için getirilmiştir. O yüzden, işlemde kanun yolu ve süresinin gösterilmemesi de işlemi, hak arama özgürlüğü açısından bir yaptırıma tabi tutmalıdır. Çünkü işlemde kanun yolu ve süresinin gösterilmesi yükümlülüğünü getiren maddenin gerekçesi, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiş olmasıdır. Bu nedenle, bu yükümlülüğün ihlali durumunda uygulanacak yaptırım için mahkemelerce hak arama özgürlüğü açısından yorum yapılmalıdır. Bizce bu yaptırım da, yasal süresinden sonra açılrsa da, davanın süresinde açıldığının kabul edilmesi olmalıdır. Yani dava konusu işlemde kanun yolları ve süreleri gösterilmemişse, dava, yasal süresinden sonra açılmış olsa da süresinde kabul edilip işin esasına girilmelidir. Artık bu durumda süre ret kararı verilmemelidir. Çünkü hak arama özgürlüğü için getirilmiş anayasal hüküm ihlal edilerek işlemde kanun yolları ve süreleri gösterilmemişse, bu ihlalin mahkemeye erişim hakkını engellemesine izin verilmemelidir. Mahkemeye erişim hakkı gereği dava süresinde kabul edilmelidir. Nitekim bu düşünce aşağıda yer verilen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararında da benimsenmiş ve yasal süresinden sonra açılmış olsa da davanın süresinde açıldığının kabulü gerektiği belirtilmiştir;

Her ne kadar, ... tarihinde tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinin yukarıda anılan hükmünde öngörülen yedi günlük sürenin geçirilmesinden sonra açılan davanın süre aşımı yönünden reddi gerekirken, ödeme emrinin iptali yolunda verilen mahkeme kararında Yargılama Hukuku kurallarına uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozma kararı verilmişse de, dosyada bulunan ve dava dilekçesinde ... tarihinde tebliğ edildiği belirtilen ... tarihli ödeme emrinde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makamın ve başvuru süresinin gösterilmediği saptanmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'inci maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır.

Başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen ödeme emirlerine ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceğinden, temyiz istemine konu yapılan ... Vergi Mahkemesinin ... gün ve ... sayılı kararında, ısrar hükmü yönünden sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamıştır.³²

³² Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 20/01/2016 tarih ve E:2015/1016, K:2016/41 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

İdarenin tesis ettiği işlemde başvuru yolunu ve süresini göstermemesi ve ilgili kişinin bu işleme karşı yasal süreden sonra açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi, anayasal yükümlülüğünü yerine getirmeyen idarenin bu yolla dava tehdidinden kurtulması anlamına gelecektir. Bu nedenle eğer idare, Anayasa m. 40/f.2'den kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve ilgili kişi bu nedenle davasını süresi içinde açamamışsa, dava süresinde kabul edilmeli ve işlemin esasının yargısal denetimine geçilmelidir.³³

Dava konusu idari işlemde dava açma süresinin gösterilmemesi durumunda, açılan davanın süresinde kabul edilerek mahkemeye erişim hakkı gereği için esasının incelenmesi gerekmektedir. Peki, bu halde dava sonsuza kadar açılabilir mi, bunun da bir üst sınırı yok mudur? Bu konuda uygulamada bu halde dahi davanın her halükarda genel dava açma süresi içerisinde açılması gerektiği genel kabul görmektedir.³⁴ Bu durumda, işlemde, özel dava açma süresi belirtilmediği takdirde genel dava açma süresi içerisinde açılan dava, süresinde kabul edilmektedir. İdare mahkemeleri için genel dava açma süresi altmış gün iken vergi mahkemeleri için otuz gündür. Bu yöndeki Danıştay karar özetine aşağıda yer verilmiştir;

Dava konusu olayda davacı adına düzenlenerek 15.7.2010 tarihinde tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı yasal süre geçirildikten sonra 7.9.2010 tarihinde Mahkeme kayıtlarına giren dilekçe ile açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle Vergi Mahkemesince davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dosyada bulunan ödeme emrinin incelenmesinden; ödeme emrine karşı dava açılması halinde dava açma süresinin kaç gün olduğu hususuna yer verilmediği tespit edilmiştir.

Bu nedenle, özel kanununda yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılması gereken ödeme emrinin içeriğinde, bu bilgiye yer verilmemiş olduğu dikkate alındığında bu ödeme emrine karşı vergi mahkemelerinde genel dava açma süresi içinde açılan davada, anılan Anayasa hükmü ve 2577 sayılı Kanunun 8/3.maddesinde yer alan hüküm karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmeyeceğinden, davayı süre aşımı nedeniyle reddeden vergi mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.³⁵

Ayrıca Danıştay, uzlaşma sonrası dava açmak için getirilen 15 günlük süreyi de özel dava açma süresi kabul etmiş ve aşağıda özetine yer verilen kararı vermiştir;

³³ Akbulut, Emre; İdari İşlemde Kanun Yolu ve Süresi Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, TBB Dergisi, Sayı 81, 2009.

³⁴ Danıştay 9. Dairesi'nin 30/10/2014 tarih ve E:2011/8676, K:2014/6872 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

³⁵ Danıştay 9. Dairesi'nin 30/10/2014 tarih ve E:2011/8676, K:2014/6872 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

213 sayılı Vergi Usul Kanununun Ek 7'nci maddesinde ise, uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya ceza muhatabının; tarhedilen vergiye veya kesilen cezaya, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceği, bu takdirde, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzayacağı hükme bağlanmıştır.

Tarhiyat sonrası uzlaşma talebine ilişkin olup şirket yetkilisine 12.2.2013 tarihinde tebliğ edilen uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın, üzerinde uzlaşılabilen vergi ve cezalara karşı, izlenecek kanun yolları, başvurulacak merciler ve süreleriyle ilgili olarak Anayasa'nın yukarıda kuralına yer verilen 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bulunması gereken herhangi bir bilgiyi içermediği görülmektedir.

Bu nedenle, 213 sayılı Yasanın Ek 7'nci maddesinde yer alan özel düzenleme gereği, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde dava açılması gerektiği yolundaki bilgiyi içermeyen uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın Anayasa'nın sözü edilen düzenlemesine uygun düştüğünden ve bu Anayasa hükmü karşısında, uzlaşmaya konu edildiği halde üzerinde uzlaşılabilen vergi ve cezalara karşı vergi mahkemelerinde genel dava açma süresi içinde açılan davada, dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmadığından, davanın; süre aşımı yönünden reddine ilişkin vergi mahkemesi kararının, esası hakkında karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.³⁶

Biz bu uygulamalar ve görüşlere katılmamaktayız. Çünkü bu görüşün yasal dayanağı bulunmamaktadır. Anayasa 40. maddesi, kanun yolları ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğünü genel – özel diye ayırmamıştır. Anayasa'nın bu maddesinde, genel dava açma süresinin işlemde belirtilmesine gerek olmadığı ve sadece özel dava açma süresinin belirtilmesi gerektiği, şeklinde bir hüküm kesinlikle yer almamaktadır. Böyle bir yoruma açık bir düzenleme bile bulunmamaktadır. Genel dava açma sürelerinin herkes tarafından bilindiği nasıl kabul edilebilir? Ayrıca hangileri genel dava açma süresidir? 2577 sayılı Kanun'da genel görevli mahkeme, idare mahkemesi ve genel dava açma süresi de altmış gündür. Peki vergi mahkemeleri için öngörülen otuz günlük süre genel mi özel mi dava açma süresidir? Neyin genel, neyin özel dava açma süresi olduğu bile net değilken, özel dava açma süresi gösterilmeyen işlemde genel dava açma süresinin kabul edilmesi hakkaniyete uygun değildir. Anayasa koyucunun, mahkemeye erişim hakkına yönelik olarak getirdiği hakkaniyete

³⁶ Danıştay 3. Dairesi'nin 11/02/2015 tarih ve E:2013/8155, K:2015/579 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

uygun bu düzenleme, yargısal yorumlarla daraltılmakta ve hak kayıplarına yol açmaktadır. Bu durumda, anayasada yer almayan bir sınırlama yargı organlarınca getirilmiş olmaktadır.

Yasa koyucunun getirdiği hak arama özgürlüğünü koruyucu bir müessese olan Anayasa'nın 40. maddesi, getiriliş amacına ve ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır. Maddede yer almayan genel – özel dava açma süreleri gibi ayrımlarla sınırlamalar yapılmamalıdır. Sonuç olarak bizce, davaya konu edilen idari işlemde Anayasa 40. madde uyarınca kanun yolları ve süreleri belirtilmemiş ise, bu işleme karşı her zaman dava açılabilir. Dava açma süreleri kamu düzeninden olduğundan, burada getirilecek üst sınır da genel dava açma süresi değil, Borçlar Kanun'unda yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresi olabilir. Yani, böyle bir işleme karşı 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde olmak şartı ile her zaman dava açılabilir. Böyle bir görüş ve yaptırım ağır gibi görünmekle birlikte, hak arama özgürlüğü için şarttır. İdare, anayasal yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. İdari işleme kanun yolları ve sürelerini yazmak idare için çok zor bir iş değildir ama insanların hak arama özgürlükleri için elzemdir. Bu elzem durumu yasa koyucu öngördüğü için böyle bir düzenleme yapmıştır. İdare, matbu olarak bile işlemlerine kanun yolu ve sürelerini yazarak çok kolay bir şekilde bu yükümlülüğünü yerine getirebilecekken, aksi yönde davranıp dava açma süresi ile ilgili böyle bir yaptırımla karşılaşmamalıdır.

Görüşümüz olan; davaya konu edilen idari işlemde Anayasa 40. maddesi uyarınca kanun yolları ve süreleri belirtilmemiş ve genel dava açma süresi geçmiş olsa bile davanın süresinde açıldığının kabulü gerektiği hakkındaki Danıştay karar özetine aşağıda yer verilmiştir. Bu kararda Danıştay, başvuru süresi gösterilmeyen dava konusu işleme ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceği sonucuna vararak davayı süresinde kabul etmiştir. Oysa bizce, bu durumun sürenin başlaması ile değil bitmesi ile alakası vardır. Çünkü, bu halde dahi yazılı bildirim ile dava açma süresi işlemeye başlar. Ama dava açma süresi, yasal dava açma süresi sonunda bitmez. Genel zamanaşımı süresi içerisinde her zaman dava açılabilir;

Dosyada bulunan ve davacının, 5811 sayılı Kanun'dan yararlanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı işlemin incelenmesinden, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii ve dava açma süresinin gösterilmediği saptanmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 40'ncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla Anayasa'nın 36'ncı maddesinde öngörülen

hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ncı maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır.

Başvuru süresi gösterilmeyen dava konusu işleme ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceğinden, davayı süre aşımı nedeniyle reddeden vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.³⁷

D.2.2. Anayasa'nın 40/2. Maddesi Uygulamasında Zımni Ret İşlemi

2577 sayılı Kanun'un 10, 11, 13. maddeleri açısından yapılan başvurularda idare başvurunun reddine ilişkin olumsuz bir işlem tesis ederse, işlemde kanun yolunu ve süresini gösterecektir. Bununla birlikte bu maddelerde bir de zımni ret müessesesi yer almaktadır. Buna göre, başvuru üzerine altmış gün içinde bir cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılıyor. Yani idarenin sessiz kalmasına, isteğin zımnen reddedildiği sonucu bağlanmaktadır. İdari işlemlerde kanun yolu ve süresinin gösterilmesinin, Anayasa madde 40 uyarınca zorunlu olduğu göz önüne alındığında ve zımni ret işleminin de bir idari işlem olduğu bilindiğine göre zımni ret işleminde kanun yolu ve süresinin nasıl gösterileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Çünkü zımni ret işleminde aslında maddenin ortada bir idari işlem yoktur. Sadece kanuni süresi içerisinde idareye cevap verilmez ise isteğin reddedildiği varsayılır. Zımni ret işlemi mevzuatımızda var olmasına rağmen aslında bir hukuk devletinde idarenin kendisine yapılan başvurulara bir cevap vermesi gerekmektedir. Çünkü kendisine cevap bile verilmediği zaman o ülkenin vatandaşı, devleti tarafından kendisinin önemsenmediği düşüncesine kapılır. İdare, ilgiliyi önemseyip olumlu veya olumsuz cevap vermek zorundadır. Ağır iş yükü bahanesi bile cevap vermemeyi gerektirmez.

Anayasa'nın 74. maddesi ile dilekçe hakkı tanınmıştır. Buna göre, vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, anayasal hüküm gereği idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlaması lazımdır. Tüm bunlara karşın, zımni ret işleminde idarenin hem cevap verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi hem de yazılı bildirim olmaması yönünden zımni ret işlemi anayasa ile bağdaşmamaktadır. Anayasaya göre bırakın cevap verilmemesini, dilekçe sahibine gecikmeksizin cevap verilmesi gerekir.

³⁷ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 24/02/2016 tarih ve E:2016/116, K:2016/198 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Aslında, zımni ret müessesesi ilgilileri korumak için 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olmalıdır. Çünkü idare, kendisine yapılan başvuru sonucunda herhangi bir işlem tesis etmeyerek yargısal denetimden kaçınabilir veya başvuru yapan ilgiliyi çok uzun zaman boyunca oyalayabilir. Bu yüzden kanun koyucu altmış gün sınırını getirmiştir. Bu süre içerisinde idarenin sessiz kalması durumunda konu artık yargısal boyuta taşınabilecektir. Esas olan idarenin başvuruya gecikmeksizin cevap vermesidir. Kanun koyucunun, idarenin başvuruya cevap vermeyerek yargısal denetimden kaçınmasını ve ilgilinin de oyalanmasını önlemek için zımni ret müessesesini getirdiğini düşünüyoruz. Fakat zımni ret işleminde Anayasa madde 40 açısından sorun doğmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için Fransız idare hukuku bize örnek teşkil edebilir. Fransız idare hukukunda, kendisine yöneltilen her istem karşısında idare, başvuru sahibine bir "alındı makbuzu" vermekle yükümlü olup; makbuz içeriğinde de, başvuru tarihi, zımni red ya da kabul kararının oluşacağı tarih ve başvuruyu değerlendirmekle görevli idare ve iletişim bilgilerinin yanı sıra, kararın yargı yerine götürülmesi olasılığına karşı, başvuru yolları ve sürelerinin de belirtilmesi gerekir.³⁸ Bizde de böyle bir düzenleme çözüm olarak yasa koyucu tarafından getirilebilir.

Mevzuatımızdaki mevcut halle zımni ret müessesesi sıkıntı oluşturmaktadır. Çünkü zımni ret işleminde, ortada yazılı bir işlem olmadığı için, işleme karşı kanun yolları ve süreleri gösterilememektedir. Bu durumda da devlet, Anayasa 40. maddedeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmaktadır. Bu nedenle, zımni ret işleminde kanun yolu ve süresi gösterilmediğinden, yasal dava açma süresinin geçmediği kabul edilmelidir. Danıştay kararları henüz bu yönde olmamakla birlikte, aşağıda özetine yer verilen bir Danıştay kararındaki karşı oydaki görüş bu yöndedir;

Öte yandan, yetkili makamlara anayasal bir sorumluluk olarak yüklenmiş olmasına rağmen, yapılan başvuruya gecikmeksizin cevap verilmesi gerekmekte iken, cevap verilmemesinin sonucu ilgiliye yüklenerek, zımni ret tarihinden itibaren süresi içerisinde dava açılmadığının kabulü ile davanın süre aşımı nedeniyle reddi "hak arama hürriyeti" ve "hakkaniyet" ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Çünkü, yetkili makamlarca, anayasal sorumluluk yerine getirilmek suretiyle başvuruya cevap verilmiş, ancak, bu işlemde Anayasa'nın 40. maddesi kapsamında, başvurulacak mercii, kanun yolu ve süresi gösterilmemiş olsaydı, dava açma süresinin başlamayacağına kabulünden hareketle, süresinden sonra açılan davanın esası incelenecek iken, yetkili makamlara yüklenen anayasal sorumluluğa rağmen, yetkili makamların cevap vermemesi durumunu, idarelerin lehine, ilgililerin aleyhine bir durum olarak

³⁸ Şanlı Atay, Yeliz; "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", TBB Dergisi, 2011 (96).

yorumlayarak, ilgililerin hak arama hürriyetlerinin bir anlamda engellenmiş olması yukarıda ifade edilen anayasal ilkeler ile bağdaşmayacaktır.

Bakılan davada, davacılar vekili tarafından, ölümle sonuçlanan olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla maddi ve manevi tazminat ödenmesi istemiyle ... tarihinde Sağlık Bakanlığı'na başvuru yapıldığı, söz konusu istemin cevap verilmemek suretiyle zımnen reddedildiği, Mahkeme tarafından, zımni ret işleminin olduğu ... tarihinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde en geç ... tarihine kadar dava açılması gerekirken ... tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçe ile açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davalı idare tarafından, yukarıda hükümlerine yer verilen anayasal sorumluluk yerine getirilmeyerek davacılar cevap verilmemesi üzerine açılan davada, süre aşımından söz edilemeyeceğinden, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir.³⁹

Kısacası, idari işlemde kanun yolu ve süresi gösterilmediği için açılan davada, yasal dava açma süresi geçmiş olsa da dava süresinde kabul edilirken⁴⁰; anayasal bir yükümlülük olmasına rağmen idarenin, yapılan başvuruya cevap vermeyerek zımni ret işlemi tesis etmiş olduğu durumda, zımni ret işleminde kanun yolu ve süresi gösterilemediği halde zımni ret işlemine karşı açılan davada yasal süresi geçtiği gerekçesi ile süre ret kararı verilmesi⁴¹, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmaz.

D.2.3. Anayasa'nın 40/2. Maddesinin Hatalı Uygulanmasının Sonuçları

Devletin, işlemlerinde kanun yolları, mercileri ve süreleri belirtmek zorunda olduğundan ve belirtmediği durumda olacak olan hallerden bahsettik. Peki devlet, yanlış kanun yolu, merci veya süresi gösterirse ne olacaktır? Bu hatanın sonucu ilgiliye mi devlete mi yükletilecektir? Tabi ki bu yanlışlığın sonucuna ilgilisi katlanmamalıdır. Yanlış kanun yolu, merci ve/veya süresi gösterilmiş ise, bu yanlışlığın hak arama özgürlüğünü ihlal etmesine izin verilmemelidir. Danıştay bir kararında, idari işlemde yanlış yargı merci gösterilmesi halinde dava açma süresinin etkileneceğini belirtmiştir;

Dava dosyasının incelenmesinden; ecrimisil alacağıнын tahsili amacıyla düzenlenen 12.8.2011 tarihli ödeme emrinin 12.11.2011 tarihinde

³⁹ Danıştay üyesi Sn. E. Yücel Seyhan'ın 21/03/2016 tarih ve E:2016/536, K:2016/1906 sayılı Danıştay kararındaki karşı oyu. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁴⁰ Danıştay'ın 02/12/2015 tarih ve E:2012/4633, K:2015/8867 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁴¹ Danıştay'ın 21/03/2016 tarih ve E:2016/536, K:2016/1906 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

davacıya tebliği üzerine 30.11.2011 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, davacı adına düzenlenen ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 günlük süre geçirildikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dava konusu ödeme emrinde, borcun nasıl ödenmesi gerektiği ve ödenmemesi halinde yapılacak işlemler ile ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava açılacağı belirtilmekle birlikte, ödeme emrine karşı dava açılması halinde Balıkesir Vergi/İdare Mahkemesine başvurabileceği şeklinde yanlış bir ifadeye yer verildiği görülmektedir.⁴²

Biz Danıştay'ın bu kararına katılmıyoruz. Dava konusu işlemde özel dava açma süresi olan 7 gün belirtilmiştir. Sadece, işleme karşı başvurulacak yargı merci olarak Balıkesir Vergi / İdare Mahkemesi olarak yazıldığından yargı merci açık olarak belirtilmemiştir. Fakat bu durumun hak arama özgürlüğüne bir etkisi olmayacaktır. İlgili 7 gün içerisinde Balıkesir İdare Mahkemesi'ne veya Vergi Mahkemesi'ne davasını açsa, sonuçta davasını mahkemeye taşımış olacaktır. Çünkü idare veya vergi mahkemesi kendisini görevsiz diğer mahkemeyi görevli görürse zaten dosyayı kendiliğinden görevli mahkemeye göndermektedir. Bu yüzden yapılan bu hata mahkemeye erişim hakkını kısıtlamamaktadır. Aksi uygulama aşırı şekilci bir uygulama olur. Çünkü önemli olan hak arama özgürlüğü gereği ilgilinin yasal süre içerisinde doğru mahkemeye erişmesidir. İdari yargı içerisinde, görevsiz mahkeme dosyayı kendiliğinden görevli idare veya vergi mahkemesine gönderdiğinden dolayı bu durum mahkemeye erişim hakkını kısıtlamamaktadır. Bu yüzden esasa etkili olmayan bu hata yüzünden Danıştay tarafından verilen bu karardaki görüşe katılmıyoruz. Nitekim bu kararda yazılan karşı oy da bizim görüşümüz yönündedir;

Balıkesir Vergi Mahkemesinde dava konusu ödeme emrinde gösterilmiş olan 7 günlük dava açma süresi içerisinde açılmış olsa idi; Balıkesir Vergi Mahkemesinin görev ret kararı ile kendisine intikal eden dosyada Balıkesir İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, davalı idarece dava konusu işlemde yargı merciinin yanlış gösterilmiş olması nedeniyle davacının herhangi bir hak kaybına uğradığından söz edilemeyeceğinden, temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği görüşüyle çoğunluğun kararına katılmıyorum.

Kanun gereği idari yargının kendi içerisinde, görevsiz mahkeme görev ret kararı üzerine dosyayı kendiliğinden görevli mahkemeye göndermekte

⁴² Danıştay 10. Dairesi'nin 25/11/2013 tarih ve E:2012/3950, K:2013/8346 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

ve dava görevli mahkemede devam etmektedir. Oysa bu usul, yargı kolları farklı olduğunda uygulanmamaktadır. Çünkü yasal dayanağı yoktur. Örnek vermek gerekirse, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğu gerekçesi ile idare mahkemesi tarafından görev ret kararı verildiğinde, dosya kendiliğinden veya davacının talebi üzerine görevli Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmez. Davacının davasını Sulh Hukuk Mahkemesi'nde yenilemesi gerekmektedir. Bu yüzden, idari işlemde kanun merci yanlış bir yargı kolundan gösterildiğinde, durum yukarıda yer verdiğimiz şekilden farklı olmaktadır. Bu konuda verilmiş bir yargı kararını inceleyecek olursak;

Olayda; davacının ilk olarak adli yargıda açmış olduğu davanın uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargı yerinin görev alanına girdiği gerekçesiyle reddine ilişkin kararda, dosyanın görevli ve yetkili İzmir İdare Mahkemesi'ne gönderileceği ifadesinin yer alması nedeniyle davacının dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesini beklediği, gönderilmediğini öğrenmesi üzerine bakılmakta olan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; adli yargı tarafından verilmiş olan karardaki yanlış yönlendirme nedeniyle davacının anılan karar doğrultusunda hareket etmesi karşısında herhangi bir kusuru bulunmadığından, davanın süresinde açıldığı kabul edilerek, esasının incelenmesi gerekirken, süre aşımı yönünden reddine ilişkin temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.⁴³

Kanun yolu, merci ve süreleri belirtme yükümlülüğü devlete getirilmiştir. Belirttiğimiz gibi devlet kavramı içerisinde yargı da yer almaktadır. Bu yüzden yargı mercileri kararlarında, başvurulacak kanun yolu, merci ve süresini belirtmek zorundadır. Belirtilmemesinin veya yanlış belirtilmesinin sonucu ilgisine yükletilmemelidir. Bu doğrultuda, dava konusu olayda, idare, işleme yanlış yargı mercini yazarak ilgiliyi yanıltmıştır. Bununla birlikte, yasal dayanağı olmamasına rağmen adli yargı mercii de kararına, dosyanın görevli ve yetkili İzmir İdare Mahkemesi'ne gönderileceğini yazarak davacıyı yanıltmış ve bir beklentiye sokmuştur. Adli yargı mercinin davacıyı yanlış bilgilendirmesi, davacının mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Bu yüzden, Danıştay tarafından verilen karar, hakkaniyete ve hukuka uygun olmuştur.

İdari yargı mercileri kararlarında kanun yolu, merci ve süresini göstermektedir. Bu Anayasa 40. madde gereği bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük yerine getirilirken yapılan bir hata, davacının mahkemeye erişim hakkını kısıtlayamaz. Bu doğrultuda, yanlışlık hak arama özgürlüğü lehine yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Danıştay bir kararında, mahkeme kararında temyiz süresinin yanlış gösterilmesinin davacının temyiz hakkına olumsuz bir etkisi olmayacağını belirtmiştir;

⁴³ Danıştay 14. Dairesi'nin 14/11/2012 tarih ve E:2011/11094, K:2012/8025 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Dosyanın incelenmesinden; İstanbul İdare Mahkemesinin ... gün ve E:..., K:... sayılı kararı ile davada süreaşımı nedeniyle süre ret kararı verildiği, kararın hüküm fıkrasında 30 günlük temyiz süresinin 60 gün olarak yazıldığı; kararın davacıya 12/08/2014 tarihinde tebliğ edildiği, davacının, karar doğrultusunda, 26/09/2014 tarihinde (45. gün) İstanbul İdare Mahkemesine verdiği dilekçeyle kararın temyizen bozulmasını talep ettiği; ancak, İdare Mahkemesince temyiz süresinin sehven 60 gün olarak yazıldığı, yasal sürenin dışına çıkılmayacağı gerekçesiyle temyiz isteminin süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi üzerine temyizen incelenmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının, İdare Mahkemesi kararının temyiz incelemesi sonucunda bozulması isteminde, temyiz süresi hesaplanırken, Anayasa'nın 40. madde hükmünün dikkate alınması gerektiğinden; temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.⁴⁴

D.3. Düzeltme – Şikayet Başvuru Yolu

Düzeltme – Şikayet yolu, 213 sayılı Vergi Usul Kanun'unda düzenlenmiş idari bir başvuru usulüdür. Vergi hatası ile ilgili yapılmış bir düzenlemedir. 213 sayılı VUK'da yer alan düzenlemelere göre vergi hatası, vergiye mütaallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasıdır.

Hesap hataları şunlardır:

1-Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, tekalif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olmasıdır,

2-Vergi miktarında hatalar: Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, birinci bentte yazılı vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır,

3-Verginin mükerrer olması: Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır.

Vergilendirme hataları ise şunlardır:

1-Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır,

2-Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tabi olmıyan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasıdır,

⁴⁴ Danıştay 5. Dairesi'nin 02/06/2015 tarih ve E:2015/734, K:2015/5965 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

3-Mevzuda hata: Açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır,

4-Vergilendirme veya muafiyet döneminde hata: Aranılan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibariyle eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır.

Vergi hataları, ilgili memurun hatayı bulması veya görmesi ile, üst memurların yaptıkları incelemeler neticesinde hatanın görülmesi ile, hatanın teftiş sırasında meydana çıkarılması ile, hatanın vergi incelenmesi sırasında meydana çıkarılması ile veya mükellefin müracaatı ile ortaya çıkarılabilir.

Vergi hatalarının düzeltilmesine, ilgili vergi dairesi müdürü karar verir. Bu hatalar düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması halinde, fazla vergi aynı fişe dayanılarak terkin ve tahsil olunmuş ise mükellefe reddolunur. Düzeltme fişinin bir nüshası, reddedilecek miktarla müracaat edeceği muhasebe ve müracaat süresi zikredilmek suretiyle mükellefe tebliğ edilir. Mükellef tebliğ tarihinden başlayarak bir yıl içinde parasını geri almak üzere müracaat etmediği takdirde hakkı sakıt olur. İdarece tereddüt edilmeyen açık ve mutlak vergi hataları re'sen düzeltilir. Kendi aleyhlerine düzeltme yapılan kimselerin düzeltmeye karşı vergi mahkemesinde dava açma hakları mahfuzdur.

Mükellefler, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilirler. Vergi dairesinin ilgili servisi düzeltme talebini kendi mütalaasını da ilave ederek, düzeltme merciine gönderir. Düzeltme mercii talebi yerinde gördüğü takdirde, düzeltmenin yapılmasını emreder; yerinde görmediği takdirde, keyfiyet düzeltmeyi isteyene yazı ile tebliğ olunur. Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikayet yolu ile Maliye Bakanlığı'na müracaat edebilirler. İl özel idare vergileri hakkında valiliğe ve belediye vergileri hakkında belediye başkanlığına müracaat edilir.

Vergi mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay'dan geçmiş olan muamelelerde vergi hataları bulunduğu takdirde, bu hatalar, yargı kararları kesinleşmiş olsa bile düzeltilebilir. Şu kadar ki; düzeltmenin yapılabilmesi için hatalar hakkında yargı mercileri tarafından bir karar verilmemiş olması şarttır. Tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hataları düzeltilemez.

Şu kadar ki, düzeltme zamanaşımı süresi: a) Zamanaşımı süresinin son yılı içinde tarh ve tebliğ edilen vergilerde hatanın yapıldığı; b) İlan yolu ile tebliğ edilip vergi mahkemesinde dava konusu yapılmaksızın tahakkuk eden vergilerde mükellefe ödeme emrinin tebliğ edildiği; c) İhbarname ve ödeme emri ilan yoluyla tebliğ edilen vergilerde 6183 sayılı Kanun'a göre hacizin

yapıldığı; tarihten başlayarak bir yıldan aşağı olamaz.

Yukarıda yer alan düzenlemelerden de görüldüğü gibi, hatalı vergilendirmeye karşı dava açma süresi geçmemişse bu süre içerisinde vergi mahkemesinde dava açılarak hatalı vergilendirme iptal ettirilebilir. Ama kanun, dava açma süresi geçmiş olsa bile hatalı vergilendirmenin giderilebilmesi için, zamanaşımı süresi içerisinde hatalı vergiyi ortadan kaldırma imkanı getirmiştir. Bu, re'sen vergi idaresince yapılabileceği gibi mükellefçe düzeltme-şikayet yolu kullanılarak da yapılabilir.

Buna göre, ilgililer 5 yıllık tarh/tahakkuk zamanaşımı süresi içerisinde, vergi hatası kapsamında vergi dairesine düzeltme başvurusunda bulunabilirler. Vergi dairesince düzeltme başvurusu reddedilirse şikayet yoluyla Maliye Bakanlığı'na başvurulabilir. Kanunda şikayet başvurusu zorunlu tutulmadığı halde, yargı kararları ile düzeltme başvurusunun reddi üzerine dava açılmadan önce şikayet yoluna gidilmesi zorunlu tutulmuştur. Şikayet yoluna başvurulmadan önce açılan davalarda, idari merci tecavüzü nedeniyle merciine tevdi kararları verilmektedir.⁴⁵

Düzeltilme-şikayet yolu ile ilgili olarak dava açma süresi konusunda uygulamada ortaya çıkan sorun, düzeltme başvurusunun reddi üzerine hangi süre içerisinde şikayet yoluna başvurulması gerektiğidir. Bu konuda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat, 213 sayılı Kanun'un 126. maddesinde, 114.maddede yazılı zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hatalarının düzeltilemeyeceği hükmü yer aldığından, bizce şikayet başvurusunun her halükarda düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde yapılmış olması gerekmektedir. Yani düzeltme başvurusunun reddi üzerine ilgili istediği zaman şikayet yoluna başvurabilmelidir. Ancak, her halükarda bu süre düzeltme zamanaşımı süresini aşmamalıdır. Şikayet başvurusu yapıldıktan sonra bu başvurunun reddi üzerine yasal dava açma süresi içerisinde dava açılmalıdır ve açılan davada şikayet başvurusunun reddi işlemi dava konusu edilmelidir. Bu konuyla ilgili yasal düzenleme yapılarak düzeltme-şikayet yolu daha ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

D.4. 2577 Sayılı İYUK'un 10. ve 11. Madde Uygulamaları

2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ilgililere, istekleri doğrultusunda haklarında işlem tesis edilmesi için idareye başvuru yapma imkanı getirilmiştir. 11. maddesinde ise, ilgililer hakkında yapılan işleme karşı dava açılmadan önce işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapan makamdan istenmesi için ilgililere idari başvuru yolu hakkı tanınmıştır.

⁴⁵ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 27/02/2013 tarih ve E:2011/360, K:2013/93 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi vergi hukukunda da uygulanmaktadır. İlgililer, vergi hukuku ile ilgili olarak haklarında işlem tesis edilmesi için idareye başvuru yapabilirler. Fakat uygulamada, bu madde ile 213 sayılı VUK'da yer alan düzeltme-şikayet usulü karıştırılmaktadır. İdareye yapılan her başvuru, düzeltme-şikayet usulü kapsamında gibi algılanmaktadır. Oysa düzeltme-şikayet usulü vergi hatalarının düzeltilmesi için getirilmiş bir yoldur. İYUK 10. madde ise ilgililere, haklarında idari davaya konu olabilecek işlem tesisi için idareye başvuru yapma imkanı vermektedir. Bu konuya ilişkin Danıştay karar özeti aşağıya çıkarılmıştır:

Davacı tarafından yukarıda değinilen 2577 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine göre yapılan başvurunun reddi üzerine vergi dairesi müdürlüğü işlemi dava konusu yapılmış, bu işleme karşı süresi içinde açılan davada mahkemece davacının başvurusunun düzeltme başvurusu niteliği taşıdığı sonucuna varılması neticesinde dilekçe ve eklerinin gelir idaresi başkanlığına tevdiine karar verilmesi üzerine gelir idaresi başkanlığınca tesis edilen zimni ret işlemi dava konusu edilmiş ise de, davacı tarafından 8.02.2010 tarihinde vergi dairesi müdürlüğüne yapılan başvuru, düzeltme şikayet başvurusu kapsamında yapılan bir başvuru olmayıp, 2577 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında yaptığı bir başvuru olduğundan ve bu başvurunun reddine ilişkin olarak tespit edilen vergi dairesi müdürlüğü işleminin de bu kapsamda incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁶

Buna göre yargı yerlerince, düzeltme-şikayet başvurusu ile 10. madde başvurusu karıştırılarak ilgililerin mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmamalıdır. Bu kapsamda yapılan başvurunun hangi düzenleme çerçevesinde yapıldığı ayrıntılı olarak incelenmelidir.

2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan düzenleme, vergi hukukunda da uygulanmaktadır. Fakat bu uygulama ile ilgili bazı sorunlar bulunmaktadır. Bazı mahkemeler, özel dava açma süresi bulunan işlemlerde bu maddenin uygulanamayacağı kanaatinde. Bu yöndeki bir mahkeme kararı özetine aşağıda yer verilmiştir:

Bu durumda ödeme emrine karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca üst makama başvurma olanağı bulunmadığından, ödeme emrinin tebliğ edildiği 16.06.2016 tarihinden itibaren 7 günlük yasal süre içerisinde, en geç 23.06.2015 tarihinde dava açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra 14.07.2015 tarihinde açılan davanın esasının inceleme olanağı bulunmamaktadır.⁴⁷

⁴⁶ Danıştay 4. Dairesi'nin 09/11/2015 tarih ve E:2012/6218, K:2015/5277 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁴⁷ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 19/08/2015 tarih ve E:2015/1259, K:2015/1471 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Bu kararın tersi yönde verilen mahkeme kararı özeti de şöyledir:

Sözü edilen hukuki durum karşısında; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali için doğrudan dava açılabileceği gibi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun sözü edilen 11'inci maddesi uyarınca, ödeme emirlerinin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.⁴⁸

Biz ikinci mahkeme kararındaki görüşü benimsemekteyiz. Çünkü kanunda ödeme emirleri ile ilgili olarak 11. maddenin uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Tam tersine, maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan "Bu madde hükümleri, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaz" hükmü, 18.6.1994 gün ve 21964 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4001 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile 18.6.1994 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, 11. madde özel-genel dava açma süresi ayırt etmeksizin vergi mahkemesindeki tüm uyuşmazlıklarda uygulanır. Birinci mahkeme kararındaki görüş, mahkemeye erişim hakkını hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmaktadır. Çünkü ilgililer, kanunda açıkça yazmadığı için 11. maddenin ödeme emirleri ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulanmayacağını bilemezler. Bu durumda, 11. madde kapsamında yapacakları başvuru sonucu ilk mahkeme kararındaki gibi davaları süre aşımı nedeniyle reddedilecektir. Bu da mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıracaktır. Yargı yerleri bu uygulamadan vazgeçmelidir. Çünkü, hukuken 11. madde kapsamında ödeme emirleri ile ilgili uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce idari başvuru yapılmasını engelleyen hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu isterse böyle bir hüküm kanunla getirirdi. O yüzden, vergi/ceza ihbarnamelerinde olduğu gibi ödeme emri, ihtiyati haciz gibi özel dava açma süreleri ile ilgili uyuşmazlıklarda da ilgililerin 11. madde kapsamında başvuru hakkı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde belirtildiği gibi ilgililer, idari dava açmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteyebilirler. Bu istek hakkında idarece altmış gün içerisinde bir cevap verilmezse, istek zimnen reddedilmiş sayılır ve ilgili bu zimni reddin sonra kalan dava açma süresinde davasını açar. Peki ilgili, başvurduktan sonraki altmış günlük süre dolmadan ve ortadan idarenin bir cevabı olmadan

⁴⁸ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 12/04/2016 tarih ve E:2016/445, K:2016/596 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

dava açarsa ne olacaktır? Ortada zımni ret kararı olmadan erken dava açıldığı için davanın reddine mi karar verilecektir? Bu konuda verilmiş bir Danıştay kararını inceleyelim:

İncelenen dosyada, davacı dava konusu vergi ve cezalara ilişkin ihbarnamenin 28.04.2014 tarihinde tebliği üzerine yasal süresi içerisinde 30.04.2014 tarihinde işlemin geri alınması amacıyla İdareye başvurmuş ancak İdarenin 60 günlük cevap verme süresini beklemeden 02.06.2014 tarihinde vergi ve cezaların kaldırılması istemiyle dava açmıştır. Bu durumda, dava zımni ret süresi dolmadan erken açılmış durumunda ise de, İdarenin iradesi belli olduğundan ve iradesini değiştirdiğine dair dosyada bir bilgi bulunmadığından erken açılmış bir davadan söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, 28.04.2014 tarihinde tebliğ edilen ihbarname içeriği vergi ve cezanın kaldırılması istemiyle yasal süresi içerisinde 30.04.2014 tarihinde işlemin geri alınması amacıyla İdareye yapılan başvuru üzerine dava açma süresinin durduğu ve İdarenin cevabı beklenmeden 02.06.2014 tarihinde dava açıldığı dikkate alındığında açılan dava süresinde olup, Vergi Mahkemesince işin esası incelenerek karar verilmesi gerekmektedir.⁴⁹

Biz de Danıştay kararındaki bu görüşe katılmaktayız. Çünkü görüldüğü gibi davacı zımni ret kararı oluşmadan dava açmış olsa da, davalı idarenin başvuruyu kabul ettiğine dair bir iradesinin olmadığı, yani idarenin iradesinin başvurunun reddi yönünde olduğu görüldüğünden artık işin esasına girilip dava incelenmelidir. Yerel mahkemece verilen karar, mahkemeye erişim hakkı açısından hukuka aykırıdır. Yargılamayı uzatmaktan, davacının davasını mahkemeye taşımamasını önlemekten başka bir yönü yoktur. Bu yüzden Danıştay kararı yönünde hüküm kurmak gerekir.

D.5. Dava Açma Süresinin Son Gününün Adli Tatile Denk Gelmesi ve Mali Tatil Uygulaması

2577 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, bu Kanun'da yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacağı hükmü yer almıştır. Ayrıca, aynı Kanun'un 61. maddesine göre çalışmaya ara verme dönemi, 20 Temmuz-31 Ağustosdur. Yani buna göre, dava açma süresinin son günü 20 Temmuz-31 Ağustos arasında bir zaman denk gelirse dava açma süresinin son günü 7 Eylül'e uzamış sayılacaktır. Kanunda sadece dava açma süreleri değil, kanunda yazılı tüm sürelerin uzayacağından bahsedilmiştir. Fakat biz konumuz gereği sadece dava açma süreleri açısından bir değerlendirme yapacağız.

⁴⁹ Danıştay 4. Dairesi'nin 10/03/2016 tarih ve E:2016/2410, K:2016/1069 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Dava açma süresinin son gününün adli tatile gelmesi sebebiyle uzaması konusunda uygulamada sorunlar yaşanmaktadır. Bazı mahkemeler, kanunun lafzından hareket ederek “bu kanunda yazılı süreler” hükmünden hareketle sadece 2577 sayılı Kanun’da yer alan dava açma sürelerinin uzayacağını, diğer kanunlarda yer alan dava açma sürelerinin uzamayacağını kabul etmektedir. Bu yöndeki bir mahkeme kararı incelenecek olursa:

6183 sayılı Kanunda yer alan ödeme emrine karşı dava açılmasıyla ilgili 7 günlük süre, özel kanunda getirilmiş bir süre niteliğinde olup, 2577 sayılı Kanunda yer alan sürelerden olmaması nedeniyle, tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayan 7 günlük sürenin bitiminin adli ara vermeye rastlaması halinde, 2577 sayılı Kanunun yukarıda aktarılan 8. maddesinin 3. bendi çerçevesinde uzaması olanaklı bulunmamaktadır.

Bu durumda; 6183 sayılı Kanun’a göre davacı adına düzenlenen dava konusu ödeme emirlerine karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 günlük dava açma süresi geçtikten sonra açılan işbu davada süre aşımı bulunduğundan, davanın reddi gerekmektedir.⁵⁰

Mahkeme, dava konusu ödeme emrinin dava açma süresinin özel kanununda gösterildiğinden bahisle dava açma süresinin uzamayacağını kabul etmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü kanunun sadece lafzi yorumu yapılmıştır. “bu Kanunda yazılı süreler” ile kastedilen sadece 2577 sayılı Kanun’da yer alan dava açma süreleri değildir. Özel kanunlarında dava açma süreleri gösterilen idari işlemler de 2577 sayılı Kanun’a tabidir. 2577 sayılı Kanun genel bir kanundur ve idari yargıda görülen davalarda uygulanır. Bu dar yorum, mahkemeye erişim hakkını aşırı derecede kısıtlamaktadır. İlgililer, hangi dava açma süresinin 2577 sayılı Kanun’da yer aldığını, hangi dava açma süresinin kendi kanununda gösterildiğini bilemezler. Böyle bir şeyi bilmek ilgililerden beklenmemelidir de. Ayrıca bu ikili ayırım anlamsız olacak ve karmaşaya sebep olacaktır. Bazı dava açma sürelerinin son günü adli tatile denk gelince uzayacak ama bazıları uzamayacaktır. Bu dar yorum, mahkemeye erişim hakkına uygun bir yorum değildir. Dava açma süreleri ile ilgili herhangi bir ayırım yapılmaksızın, kanunla açıkça bir yasak öngörülmedikçe tüm dava açma sürelerinin, son günü adli tatile denk gelince 7 gün uzayacağı kabul edilmelidir. Aksi yorum ile mahkemelerce, mahkemeye erişim hakkı hukuka aykırı olarak kısıtlanmamalıdır. Nitekim, bir Danıştay kararında görüşümüz doğrultusunda ödeme emri ile ilgili dava açma süresinin uzayacağı belirtilmiştir:

Çalışmaya ara verme süresinde biten sürelerin uzayacağına ilişkin düzenleme, özel bir düzenlemedir. Bu nedenle bitimi çalışmaya ara verme

⁵⁰ Konya 1. Vergi Mahkemesi’nin 19/08/2015 tarih ve E:2015/1305, K:2015/1473 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

zamanına rastlayan sürenin, özel kanunlarda öngörülen dava açma süresi olması halinde de uzayacağı açıktır.

Bu durumda, 7.8.2013 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açma süresinin son günü olan 14.8.2013 tarihinin adli ara verme süresine rastlaması nedeniyle, dava açma süresinin 7.9.2013 gününe kadar uzamakta ise de, 7.9.2013 tarihi cumartesi gününe rastladığı için, 9.9.2013 tarihinin mesai saati bitimine kadar uzayacağı, dolayısıyla 9.9.2013 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu görüldüğünden, adli ara verme süresi dikkate alınmaksızın davanın süreaşımı nedeniyle reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.⁵¹

Adli tatilden bahsettikten sonra şimdi mali tatilden bahsedelim. Mali tatil ile ilgili düzenlemeler 5604 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Buna göre, her yıl temmuz ayının birinden yirmisine kadar (yirmisi dahil) malî tatil uygulanır. Haziran ayının son gününün tatil günü olması halinde, malî tatil, temmuz ayının ilk iş gününü takip eden günden başlar. 213 sayılı VUK hükümlerine göre vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma süreleri malî tatil süresince işlemez. Belirtilen süreler malî tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlar.

Buna göre, vergi hukukundan doğan uyuşmazlıklarla ilgili dava açma süreleri mali tatil süresince işlemiyor yani duruyor. Mali tatil bitince de kaldığı yerden işlemeye devam ediyor. Yani mali tatil dava açma süresini durduran bir müessesedir.

Vergiyle ilgili tüm işlemlere ilişkin dava açma süreleri mali tatil süresince durduğundan, bu işlemin 213 sayılı VUK veya 6183 sayılı AATUHK ile ilgili olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu duruma ilişkin bir mahkeme kararına göre;

Değınilen Kanunla ihdas edilen ve her yılın Temmuz ayının birinden yirmisine kadar (yirmisi dahil) uygulanacağı belirtilen mali tatilin Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirli sürelerde yapılması gereken muhasebe kayıt sürelerini, bildirim sürelerini durduracağı gibi, aynı zamanda vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerini de durduracağı öngörölmüştür.

6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılan işlemlerin de vergiye ilişkin işlemlerden olduğunda kuşku bulunmadığına göre; mali tatilin ödeme emrinde uygulanamayacağından söz edilemeyeceğinden davanın süresinde olduğu görölmektedir.⁵²

⁵¹ Danıştay 4. Dairesi'nin 06/05/2014 tarih ve E:2014/848, K:2014/3001 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁵² Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 31/12/2013 tarih ve E:2013/1613, K:2013/2549 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Fakat, 6183 sayılı AATUHK ile ilgili olan işlemlere karşı açılan davalarda mali tatil hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde görüşler de vardır;

Dava açma süresinin bu düzenleme kapsamında işlememesi veya uzayabilmesi için, dava konusu yapılacak işlemin Vergi Usul Kanununa göre yapılmış bir işlem olması gerekmektedir. Zira fıkra metnindeki “vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma süreleri” ibaresinden anlaşılması gereken, 213 sayılı Yasa kapsamındaki ikmalen, re’sen veya idarece yapılan tarhiyatlar ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenleme bulan ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerinden tahakkuk ettirilecek vergilere ilişkin dava açma süreleridir.

Bu nedenle 213 sayılı Yasa kapsamında tarh ve tebliğ edilerek tahakkuk eden verginin kanuna uygun surette ödenmeyerek veya ikmalen, re’sen veya idarece yapılan tarhiyatlar ile ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerinden tahakkuk ettirilecek vergilerin uyumsuzluk yaratılmak ya da yaratılmaksızın kesinleşmesi ve kamu alacağı niteliğini kazanmasını müteakip, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda düzenlenen kamu alacağının korunması, ödenmesi, cebren tahsil ve takibi kapsamındaki işlemlerin Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan işlemlerden olduğunun kabulü mümkün değildir.⁵³

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, kanunda “vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma süreleri” ibaresi kullanılmıştır. Buna göre, ister 213 sayılı Kanun’dan ister 6183 sayılı Kanun’dan isterse de başka bir kanundan kaynaklansın, vergiyle ilgili bir işlemse dava açma süresiyle ilgili olarak mali tatil hükümleri uygulanır. Aksi görüş kanunda olmayan bir sınırlama getirmektedir. Bu durum da mahkemeye erişim hakkını hukuksuz bir şekilde kısıtlar. Bu nedenle, yargı makamları, kanun maddelerini yorumlarken katı bir şekilde davranmamalı ve kanunda yer almayan bir sınırlama getirerek mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemelidir. Bu sorunun çözümü için, bizim de katıldığımız ilk görüş benimsenmeli ve tüm vergisel işlemlerden kaynaklı dava açma sürelerinde mali tatil hükümleri uygulanmalıdır.

D.6. Dava Dosyasının Görev Ret Kararı İle İdare Mahkemesinden Vergi Mahkemesine Gönderilmesi Uygulaması

Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Dava dilekçeleri, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü,

⁵³ Danıştay 3. Dairesinin 12/06/2017 tarih ve E:2016/1804, K:2017/5118 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, yönlerinden sırasıyla incelenir. Bu incelemenin sonucunda, idari yargının görevli olduğu konularda görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan dava görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir.

Bu durumda, mahkemeler arasındaki dava açma süreleri farklı olduğu için görevli mahkemeye gönderilen davada dava açma süresi geçmiş olabilir. Örneğin, idare mahkemesinde dava açma süresi altmış gün olduğu için 40. günde açılan dava süresindedir. Fakat, bu dosyada idare mahkemesi, vergi mahkemesini görevli görerek dava dosyasını vergi mahkemesine gönderir ise, vergi mahkemelerinde dava açma süresi otuz gün olduğu için görevli ve yetkili vergi mahkemesi bu davada süreaşımı nedeniyle ret kararı verecektir. Bu duruma ilişkin bir mahkeme kararı örneği şöyledir:

Olayda, dava konusu işlem davacıya 31.07.2009 tarihinde tebliğ edilmiş; davacı işlemin tebliği üzerine görevli olmayan Aksaray İdare Mahkemesi'nde 18.09.2009 tarihinde işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Açılan davaya bakmakla görevli olan Mahkememizde, dava açma süresi dava konusu işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün olup; dava açma süresinin son günü 30.08.2009 tarihidir ve bu tarih de çalışmaya ara verme zamanına rastladığı için dava açma süresinin son günü 11.09.2009 tarihine uzamıştır.

Bu durumda, dava konusu işlemin iptali için Mahkememizde dava açma süresinin son günü 11.09.2009 tarihi olduğundan, Aksaray İdare Mahkemesi'nde 18.09.2009 tarihinde açılan davanın süre yönünden reddine hükmetmek gerekmektedir.⁵⁴

Görüldüğü gibi idare mahkemesinde yasal dava açma süresinde dava açılmıştır ama vergi mahkemesinde yasal dava açma süresi geçmiştir. Bu karışıklılığın, mahkemeye erişim hakkını kısıtlamaması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Göreve ilişkin hükümler net olarak kanunlarda düzenlenmelidir. Kişiler, davasını hangi mahkemede açacağı konusunda kafa karışıklılığı yaşamamalıdır. Aksi halde davası süre yönünden reddedilecek ve mahkemeye erişim hakkı yok yere ortadan kalkacaktır.

Aslında, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm gereği idare, işlemlerinde dava açılacak mahkeme ve dava açma süresini belirtmek zorundadır. Bunu belirttiği zaman böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu duruma ilişkin olarak bir Danıştay kararı şöyledir:

⁵⁴ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 08/12/2009 tarih ve E:2009/1630, K:2009/1681 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Bozma kararına uyan Ankara 10. İdare Mahkemesince davanın görev yönünden reddedilerek dosyasının görevli ve yetkili Ankara Vergi Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, görev ret kararı uyarınca dosya kendisine gelen Ankara 4. Vergi Mahkemesince, söz konusu işleme karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde dava açılması gerekirken bu süre geçirilerek 12.7.2006 tarihinde açılan davanın, esasının incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddedildiği anlaşılmıştır.

Davacı tarafından dava konusu edilen işlemin hangi mahkemenin görevine girdiği hususunun idare mahkemesince dahi tespit edilemediği göz önünde bulundurulduğunda, bu tespitin davacıdan beklenilmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceği, davanın konusunun görev yönünden arzettiği bu muğlaklığa rağmen getirilecek kısıtlamanın, mahkemeye erişim hakkının özünü ortadan kaldıracak bir mahiyet kazanacağı ve bu durumun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin ihlali anlamına geleceği açıktır.

Bu durumda; davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.⁵⁵

Bu sorunun en kesin çözümü, idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalar için tek bir dava açma süresi belirlemektir. Yapılacak bir kanun değişikliği ile bu mahkemeler için aynı dava açma süresi belirlenirse sorun da kesin olarak ortadan kalkmış olur.

D.7. Yok Hükümünde Olan İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresi

Yokluk kavramı ilk kez medeni hukuk öğretisinde ortaya çıkmış ve evlenme akti dolayısıyla ileri sürülerek mutlak butlan ve nisbi butlanın yanında ve onlardan daha ağır bir aykırılık sebebi olarak kullanılmıştır.⁵⁶ Teori, idare hukukunda ilk kez Fransız hukukçu Laferriere tarafından ortaya atılmıştır.⁵⁷ Yokluk, işlemdeki sakatlıklar yüzünden işlemin iptal edilebilirliği esasına değil, böyle bir işlem var olmayacağından bu işlemin tanınamayacağı esasına dayanır.

İdare hukukunda, idari işlemin kurucu unsurlarında “ağır”, “bariz” veya “açık” sakatlıklar varsa o işlemin, iptalini değil yokluğunu gerektirir. Çünkü böyle bir idari işlem madden olsa bile aslında hukuken ölü doğmuştur, o yüzden bu işlemin hukuki etkileri olmayacağı gibi başka bir hukuki işleme

⁵⁵ Danıştay 3. Dairesi'nin 23/02/2016 tarih ve E:2012/2222, K:2016/1699 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. J.M.AUBY, “L'inexistence des actes administratifs”, Paris, 1951, s. 2 vd.; R.SARICA, “İdare hukukunda yokluk ve butlan”, Ebül'ula Mardin'e Armağan'dan ayrı bası, İst. 1944, s.1191 1192.

⁵⁷ Jean DE SOTO, “La Nullité des Actes administratifs”, Paris, 1942, s.49; Ayrıca bkz. AUBY, dpn: 1, s.13; Sarica, dpn: 1, s.1193.

temel de olamazlar. Yokluk yaptırımını için çok bariz, ağır bir sakatlık olması gerekmektedir. İdare hukukunda fonksiyon gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü ile sakat olan işlemler yok hükmünde kabul edilmektedir.⁵⁸ Ayrıca şeklen yazılı yapılması gereken işlemin sözlü yapılması ya da işlemin konu unsurundaki sakatlık o işlemin yokluğu sonucunu doğurur.⁵⁹

Asıl olarak yok hükmünde olan işlemlere karşı iptal davası açılmasına gerek yoktur. Bu tür işlemler hukuken yoktur ve hukuk aleminde de bir etki doğurmazlar. Fakat, bu idari işlemler hukuken yok hükmünde olsalar dahi maddi olarak var olduklarından idarece bu işlemler uygulamaya koyulurlar. Şahıslar idareye karşı işlemin yok hükmünde olduğunu ileri sürse de idareler genelde işlemlerinin hukuka uygun olduğunu düşündüğünden bunu göz önüne almaz ve işlemlerini icra ederler. İşte bu durumu engellemek için bu tür işlemlere karşı da dava açılmalı ve idari yargı mercilerince bu işlemlerin yok hükmünde olduğu saptanmalıdır. Yok hükmünde olan işlemlere karşı herkes her zaman dava açılabilir, herhangi bir süre sınırlaması yoktur.⁶⁰

İdare hukukunda yok hükmünde olan idari işlemlere ilişkin bir mahkeme kararını incelemek olursak;

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 125. maddesinde; ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olduğu, Türk Medenî Kanununun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebilecekleri, 588. maddesinde; limited şirketlerin, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacakları düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanununun 47'nci maddesi ve izleyen kurallarında, başlıbaşına bir varlık olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ile belli amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarının, kendileriyle ilgili özel hükümlere göre tüzel kişilik kazanacağı, insana özgü olanlar dışında bütün haklara ve borçlara ehil olacağı ve fiil ehliyetini, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanacakları öngörülmüştür.

Buna göre, şirket tüzel kişiliği ticaret siciline tescil ile başlayıp sicilden silinme ile sona erecektir. Ticaret sicilinden silinme ile de artık şirketin tüzel kişiliği son bulacağından, hak ehliyeti de olmayacaktır.

Olayda, davacının kanuni temsilcisi olduğu ... San. Tic. Ltd. Şti.'nin tüzel kişiliği 10/04/2015 tarihinde sona erdiğinden, artık bu tarihten sonra hak ehliyeti bulunmayan şirket adına hukuk aleminde işlem tesis edilemeyecektir. Çünkü hak ve dolayısıyla fiil ehliyeti olmayan bu şirket, haklara ve borçlara ehil olamayacaktır.

⁵⁸ Günday, Metin: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1996, İmaj Yayıncılık, s.173.

⁵⁹ Günday, age, s.174.

⁶⁰ Aydın, Alper, agm.

İdare hukukunda idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır. Konu unsuru idari işlemin hukuk aleminde meydana getirdiği durum, etki ya da sonuçtur. Konunun imkansız olması yokluk yaptırımına tabidir. Tüzel kişiliği sona erdikten sonra şirket hakkında işlem tesis etmek, o işlemi konu unsuru bakımından imkansız kılar ve tesis edilen işlem yoklukla batıl olur.

... San. Tic. Ltd. Şti.'nin tüzel kişiliği 10/04/2015 tarihinde sona erdiğinden, dava konusu ödeme emirlerinin düzenlenme tarihi olan 11/11/2015 tarihinde artık bu şirket hakkında ödeme emri düzenlenmesi mümkün değildir. Çünkü hukuk aleminde olmayan bir şirket hakkında işlem tesis edilemez.⁶¹

Yukarıda açıklandığı gibi yok hükmünde olan idari işlemlere karşı her zaman dava açılabileceğini düşünüyoruz. Yok hükmünde olan idari işlemlere karşı, hem idarece uygulandığından hem de işlemin yokluğunun bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerektiğinden, dava açılması gerekmektedir. İdari yargıda tespit davası olmadığından dolayı, bu işlemlere karşı açılan davalarda mahkeme, işlemin yok hükmünde olduğunu kararında belirterek hüküm vermelidir. Burada asıl verilmesi gereken hüküm “karar verilmesine yer olmadığı” kararıdır. Fakat, bu kararın idarece anlaşılamayacağı, işlemi icra etmeye devam edebileceği riskleri bulunduğundan, iptal kararı verilmesinin en doğru usul olduğunu düşünmekteyiz.

Biz, yok hükmünde olan idari işlemlere karşı her zaman dava açılabilceğini düşünsek de, hangi işlemlerin yok hükmünde olduğu konusunda yargısal ve doktrinsel görüş birliğinin bulunmaması, tüm mahkemelerin süre konusunda bu görüşte olmaması ve bu konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmaması durumları mahkemeye erişim hakkını etkilemektedir. Farklı uygulamalar nedeniyle ilgililerin mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmaktadır. Bu sorunun çözümü için yasa koyucu tarafından yasal değişiklikler yapılarak yokluk kurumuna, hangi idari işlemlerin yok hükmünde olduğuna, bunlara açılacak davalarda dava açma süresi ve usulüne ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.

D.8. Tarhiyat Sonrası Uzlaşmada Ek Dava Açma Süresi

213 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, mükellef tarafından, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerle bunlara ilişkin vergi ziyai cezalarının (359 uncu maddede yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza hariç) tahakkuk edecek miktarları konusunda vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da 369. maddede yazılı yanılmadan kaynaklandığının veya bu Kanun'un 116, 117 ve

⁶¹ Konya 1. Vergi Mahkemesi'nin 14/10/2016 tarih ve E:2016/783, K:2016/1017 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

118. maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idarenin bu bölümde yer alan hükümler çerçevesinde mükellefler ile uzlaşabilir. Ayrıca aynı Kanun'un Ek 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya cezanın muhatabı; tarhedilen vergiye veya kesilen cezaya, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir. Bu takdirde, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddet tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzar.

Uzlaşma kurumu ile vergisel ihtilafların dava aşamasına taşınmadan idari yolla çözülmesi amaçlanmıştır. Uzlaşma tercihsel bir yoldur. İlgililer ister doğrudan dava açar, isterse de dava açmadan önce uzlaşma yoluna başvurur. Uzlaşma yoluna başvuran ilgili kişi buradan olumlu bir sonuç alamaz ise dava yoluna başvurabilir. Uzlaşmanın olumlu sonuçlanmaması durumunda, dava açma süresinin geçmiş veya makul bir süreden az bir süre kalmış olabileceğini öngören yasa koyucu, uzlaşmadan sonuç alamayıp dava açma yoluna gitmek isteyen ilgili kişi için yeni bir hak tanımıştır. Bu da, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzayacağı hakkıdır. Böylece yasa koyucu, uzlaşmaya başvurmanın mahkemeye erişim hakkını kısıtlamasının önüne geçmiş ve uzlaşmayı cazip hale getirmiştir.

213 sayılı VUK'da uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya ceza muhatabına tarhedilen vergiye veya kesilen cezaya, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açma hakkı tanınmış ve dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzayacağına hükmedilmiştir. Mevzuatta, uzlaşmanın vaki olmamasından sadece uzlaşma kapsamındaki vergi ve/veya cezaya karşı uzlaşmaya başvurulması sonucunda uzlaşılmasının mı kastedildiği, yoksa ayrıca uzlaşma kapsamında olmayan vergi ve/veya cezaya karşı uzlaşmaya başvurulması durumunda vergi ve/veya cezanın uzlaşma kapsamında olmadığı için uzlaşılmasının da mı kastedildiği belirli değildir. Bu yüzden bu belirsizliğin, ilgililerin mahkemeye erişim hakkını kısıtlamayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Bu durumda biz, uzlaşmanın vaki olmamasının uzlaşma kapsamında olmayan vergi ve/veya cezalar için yapılan uzlaşma başvurularını da kapsadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle, mahkemeye erişim hakkı için bu durumlar için de dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzayacağı kabul edilmelidir.

Bu sorunun kesin çözümü için ise kanuni değişiklik yapılarak uzlaşmanın vaki olmamasının uzlaşma kapsamında olmayan vergi ve/veya cezalar için yapılan uzlaşma başvurularını da kapsadığı belirtilmelidir.

D.9. Vergi Hukukunda Süregelen İşlemlerde Dava Açma Süresi

Vergi hukukunda süregelen işlemler, ilgisi üzerindeki etkisi kesintisiz bir şekilde, sürekli devam eden işlemlerdir. Örneğin, haciz işlemi ve mükellefiyet tesisi işlemi vergi hukukunda süregelen işlemlerdendir. Haciz işlemi iptal edilmedikçe veya geri alınmadıkça kesintisiz bir şekilde devam eder. Mükellefiyet tesisi işlemi de iptal edilmedikçe veya geri alınmadıkça sürekli devam eder. Bu işlemlere karşı yasal dava açma süreleri geçmiş olsa da işlemler, ilgisi üzerinde hukuki etki ve sonuçlarını kesintisiz sürdürür. Bu nedenle bu tür işlemlere karşı her zaman dava açılabilir ve bu tür işlemlere ilişkin olarak ilgisi tarafından her zaman idareye de başvuru yapılabilir. Bu işlemlere ilişkin yasal dava açma süresi geçmiş olsa bile her zaman dava açılabileceğine ilişkin örnek yargı kararı aşağıdadır:

Banka hesabına uygulanan haciz işlemi nedeniyle tasarruf hakkı kısıtlanmak suretiyle menfaati ihlal edilen davacının her zaman, süregelen haciz işleminin kaldırılması istemiyle dava açmasına bir engel bulunmadığından, haczin kaldırılması istemiyle açılan davada, uyumsuzluğun esası incelenip karar verilmesi gerekirken 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-b maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.⁶²

Görüldüğü gibi haciz işlemi mülkiyet hakkına etki etmektedir. Bu nedenle, süregelen işlem olması nedeniyle ilgisi mülkiyet hakkını kısıtlayan haciz işlemi her zaman dava konusu edebilir. Mülkiyet hakkı kapsamında mahkemeye ilgisinin erişimi için bu görüş hakkaniyete uygundur. Fakat tabiki bunun aksi yönünde görüş ve yargısal kararlar da vardır. Bu aksi yöndeki karara bakarsak:

Davacının 27/03/2012 tarihinde öğrendiği mükellefiyet tesisi işleminin kaldırılması istemi ile yaptığı 30/03/2012 tarihli başvurunun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun onbirinci Maddesi kapsamında yapılmış bir başvuru olduğu, idarece söz konusu başvuruya cevap verilmeyerek tesis edilen zimnen ret işlemi üzerine, kalan dava açma süresinin son günü olan 25/06/2012 tarihinden sonra mükellefiyet tesisi işleminin iptali istemiyle 07/09/2015 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.⁶³

⁶² Danıştay 9. Dairesi'nin 14/03/2017 tarih ve E:2016/16737, K:2017/2723 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

⁶³ İstanbul 12. Vergi Mahkemesi'nin 20/01/2016 tarih ve E:2015/233, K:2016/94 sayılı kararı. <https://portal.uyap.gov.tr/>

Yukarıda belirttiğimiz gibi biz bu görüşe katılmamaktayız. Bizce, haciz işlemi ve mükellefiyet tesisi işlemi gibi işlemler süregelen işlemlerdir ve bu işlemlere karşı her zaman dava açılabilir.

Uygulamadaki bu farklı yargısal kararlar mahkemeye erişim hakkını haksız yere kısıtlamaktadır. Mahkemeye erişim hakkı açısından hakkaniyetli olan bizim de katıldığımız süregelen işlem görüşünü uygulamaktır. Bu sorunun çözümü için yasama organınca yasal düzenleme yapılmalı ve süregelen işlem teorisi yasallaştırılmalıdır.

SONUÇ

Hak arama özgürlüğü, herkesin meşru yol ve vasıtalar ile haklarını arayabilmesi olanağıdır. Bu olanak, Anayasamız, yasalarımız ve ülkemizin de imza attığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınmıştır. Hak aramanın en yaygın kullanıldığı yer yargı organlarıdır. Bu yüzden hak arama özgürlüğü gereği herkes mahkemeye erişim hakkına sahiptir. Fakat mahkemeye erişim hakkı sınırsız değildir. Bu hakka getirilmiş en önemli sınırlama, dava açma süresidir. Vergi yargısında da dava açma süreleri ile ilgili olarak mahkemeye erişim hakkını haksız yere kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir çok sorun bulunmaktadır. Bu sorunları yukarıda ayrı ayrı başlıklar altında yargısal kararlar ışığında inceledik ve çözüm önerilerimizi belirttik. Bu sorunlar ciddi bir şekilde mahkemeye erişim hakkını kısıtlamakta ve ülkemizi AIHM’de hak ihlalleri nedeniyle mahkumiyet kararları ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu yüzden, yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında gerekli tedbirler alınmalıdır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Emre; İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresi Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, TBB Dergisi, Sayı 81, 2009.

Akıncı, Müslüm; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Akyılmaz, Bahtiyar; İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, 1. Baskı, Ankara 2000.

Aydın, Alper; İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk, TAAD, Yıl:5, Sayı:19, Ekim, 2014.

Aydın, Bihter; Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı, TAAD, Yıl:4, Sayı:15, Ekim 2013.

Bilici, Nurettin; Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 35.Baskı, 2015.

Candan, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara: 2006.

Duran, Lütfi; İdare Kazada Dava Açma Süresi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı 1-2.

Günday, Metin; İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1996, İmaj Yayıncılık.

Gözübüyük, Şeref; Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, İdari Yargıda Dava Açma Süresi Amme İdaresi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 4, Aralık 1969.

İnceoğlu, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005.

Kalabalık, Halil; İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Kaplan, Gürsel; İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Karavelioğlu, Celal; İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Top-Kar Matbaacılık, 1997.

Mutlu, Meltem; İdari Yargılama Hukukunda Süreler, Manisa Barosu Dergisi, Yıl:8, Sayı: 28, Ocak 1989.

Nohutçu, Ahmet; İdari Yargı, Ankara, Savaş Yayınları, 2010.

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Şanlı Atay, Yeliz; İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2011 (96).

Yüce, Mehmet; Vergi Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, 3.Baskı, 2013.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

<https://portal.uyap.gov.tr/>

ICSID TAHKİMİ BAKIMINDAN “TAHKİME RIZA” VE BU RIZA ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLER

Consent to Arbitration and Preliminary Processes In Terms of Icsid Arbitration

Güray ÖZSU¹

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 31.01.2018

ÖZET

ICSID Tahkim yargılaması için tarafların karşılıklı olarak “rıza”ları gerekmektedir. Günümüzde ICSID Tahkimine rıza çoğunlukla ikili ve çok taraflı anlaşmalarla verilmektedir. Devletler söz konusu anlaşmalarla ICSID Tahkimine rızalarını beyan ederken bazı süreçlerin geçilmesini şart koşmaktadır.

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin söz konusu hükümlerde genellikle, önce müzakere yoluyla barışçı çözüme aranacağı, belirli bir süre içerisinde sonuç alınmadığı takdirde tahkime başvurulabileceği düzenlenmektedir. Öte yandan, bazı ikili yatırım anlaşmaları, iç hukuk yollarının tüketilmesini ICSID tahkim yargısı için ön şart olarak düzenlemekte, bazı anlaşmalar ise, süreyle sınırlı tutarak ICSID Tahkimine başvurulmadan önce uyuşmazlığa taraf devletin mahkemelerine başvurulmuş olmasını zorunlu tutmaktadır.

ICSID nezdinde açılmış davalarda hakem heyetleri, “Merkezin yetkisi”nin var olup olmadığını tespit amacıyla bu süreçlerin yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri, ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemekte, yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ICSID, tahkim, tahkime rıza, müzakere, ikili yatırım anlaşması.

ABSTRACT

ICSID Arbitration requires mutual consents of the parties. At the present time Parties' consents are mostly submitted by means of bilateral or multilateral treaties. As States declare their consent to arbitration by means of the treaties, they also stipulate that some processes are completed.

It is mostly included in the provisions on dispute resolution that initially amicable settlement is tried, in case of failure parties can apply to arbitraion. Also, in some bilateral treaties, exhaustion of domestic remedies is considered as precondition for ICSID Arbitration, while in some other agreements it is mandatory to apply to courts of the contracting state before applying to ICSID Arbitration.

In cases before ICSID, tribunals examine whether these processes are completed or not in order to determine the jurisdiction of the Center. Negotiation processes in bilateral and multilateral treaties which are set out as a method of dispute resolution that must be applied/tried before ICSID Arbitration aren't considered as mandatory precondition in terms of jurisdiction of the Center in ICSID decisions but in practice, it is considered that these provisions in investment treaties have directive quality.

Keywords: ICSID, arbitration, consent to arbitration, negotiation, bilateral investment treaty.

¹ İzmir Hakimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, ozsuguray@gmail.com

GİRİŞ

Günümüzde doğrudan ve dolaylı yabancı sermaye yatırımları uluslararası ticaretin önemli bir bölümünü teşkil etmektedir. Devletler, yabancı yatırımları ekonomik kalkınma açısından çok önemli görmekte, bu yatırımları özendirici, teşvik edici ve koruyucu iç hukuk düzenlemeleri yapmakta ve uluslararası sözleşmeler imzalamaktadırlar².

Bu sözleşmelerden birisi de, Dünya Bankası öncülüğünde hazırlanan, ICSID³ Sözleşmesi (Konvansiyonu) veya Washington Sözleşmesi olarak da anılan 1965 tarihli “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme”dir. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes), yaygın kullanım şekliyle ICSID, bu sözleşme ile kurulmuştur. 14.10.1966 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme Türkiye tarafından da onaylanmıştır⁴. ICSID, Dünya Bankası bünyesinde kurulmuş olup yerleşim yeri Washington’dur⁵.

ICSID, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkan ve yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların, tarafların hukuki eşitliği çerçevesinde çözüme kavuşmasını amaçlayan, tarafsız ve güvenilir bir tahkim (*arbitration*) ve uzlaştırma (*conciliation*) sistemi öngörmekte ve böylece yabancı yatırımcıların endişelerini gidererek onları yatırıma teşvik edici bir rol üstlenmektedir⁶. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi, ICSID Tahkim Merkezi’nin, bireylerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklar, devletlerarası uyuşmazlıklar ve birey ile kendisinin vatandaşlığında olduğu devlet arasındaki uyuşmazlıklarda yetkili olamayacağını

² Şanlı, Cemal (2016), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.531.

³ Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes), “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” ile kurulmuştur.

⁴ R.G. 06.12.1988/20011. Türkiye, ICSID Sözleşmesini bazı çekinceler koyarak kabul etmiştir. Türkiye’nin çekinceleri şunlardır; birincisi, yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen başlamış olan yatırım faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar Merkezin yargılama yetkisine bağlı olacaktır. Diğer bir çekince ise, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların, münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğu ve bu konuda ICSID tahkim yargılamasına gidilemeyeceğidir. Türkiye’nin koymuş olduğu çekincelerden bir diğeri ise, ICSID Sözleşmesinin 64. maddesinde yer alan ve ICSID tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların müzakere yolu ile giderilememesi durumunda, konunun Uluslararası Adalet Divanına götürülmesine dair hükümdür.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>> s.e.t. 17.08.2017.

⁶ Dost, Süleyman (2006), Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, Asil Yayınevi, s.148 vd.

açıkça ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, ICSID tahkiminde uyuşmazlığın bir tarafı devlet, diğer tarafı da yabancı kişi/yatırımcı olmak zorundadır⁷.

ICSID Sözleşmesinin Türkiye ve Türk Hukuku açısından da önemi büyüktür. Şöyle ki; Türkiye de ekonomik kalkınma amacıyla yabancı yatırımı ülkeye çekmek istemekte ve bu sebeple, yabancı yatırımcılara, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ile uluslararası tahkime başvuru imkânı tanımaktadır. Türkiye'nin imzalamış olduğu bu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID, yatırım⁸dan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilecek tahkim seçeneklerinden birisini oluşturmaktadır⁹.

Devletlerin ICSID tahkimini tercih etmelerinin en önemli nedenlerinden birisi de, ICSID Sözleşmesinin 54. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiği üzere, ICSID tahkim kararlarının, taraf devletlerin kendi yerel mahkemelerince verilmiş nihai kararlar gibi icra edilecek olmasıdır. ICSID tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar bütün üye devletler bakımından bağlayıcıdır¹⁰. Uyuşmazlığa taraf olsun veya olmasın ICSID Sözleşmesini imzalayan her devlet hakem kararlarının uygulanması bakımından aynı yükümlülüğe tabidir¹¹. Kısaca, ICSID, diğer tahkim sistemlerinden farklı şekilde, iç hukuk bakımından doğrudan bağlayıcılığı ve uygulanabilirliği olan tek tahkim

⁷ Akkutay, Ali İbrahim (2013), "Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi", TBB Dergisi S.107, s.299.

⁸ ICSID Sözleşmesinde yatırımı tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta tarafların ikili yatırım anlaşmasındaki iradelerine bakmak, bu anlaşmalardaki yatırım tanımı kapsamında kalan bir girişim olup olmadığını değerlendirilmek gerekmektedir. Erten, Rıfat (1998), ICSID Tahkimi, BATİDER, C.19, S.4, s.215. Uyuşmazlık konusu işlem veya faaliyet, yatırım tanımına girmediğinde uluslararası anlaşmanın uygulanması mümkün olmayacak ve dolayısıyla tahkim mahkemesi yetkisizlik kararı verecektir. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.561, dn.696.

⁹ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, R.G. 20.4.1989/20145; Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma R.G. 21.11.1992/214.

¹⁰ ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 1. fıkrası, yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde diplomatik korumanın uygulanamayacağını düzenleyen bir hükümdür. Buna göre, Sözleşme'ye taraf hiçbir devlet, vatandaşının Sözleşme'ye taraf bir başka devlet ile arasındaki yatırım uyuşmazlığına ilişkin olarak, vatandaşının ve diğer devletin Sözleşme'de öngörülen tahkim yolunu kabul etmelerinden veya ICSID tahkimine rızalarını göstermelerinden sonra diplomatik koruma yolunu işletemeyecektir. Bununla birlikte, aynı fıkra hükmüne göre, Sözleşme'ye taraf diğer devlet, uyuşmazlığa ilişkin hakem kararına uymaz ve bu kararı uygulamazsa, uyuşmazlığın tarafı olan kişinin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yoluna başvurabilecektir. Görüldüğü üzere, Sözleşme, diplomatik koruma yoluna başvurulmasını son çare olarak, hakem kararının icrasını sağlamaya yönelik olarak öngörmektedir. Zira, bir uyuşmazlıktan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesi sürecin siyasi bir niteliğe bürünmesine neden olmaktadır. Bkz. Akkutay, s.301-302.

¹¹ Dost, s.209; Erten, ICSID Tahkimi, s.222; Tuygun, Salih (2007), ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, s.143.

sistemi olma özelliğine sahiptir¹². Bazı ikili yatırım anlaşmalarında ICSID hakem kararlarının icrası amacına matuf olarak “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi¹³” ne atıf yapılmakta ise de, bu Sözleşme, tarafları özel hukuk kişisi/tacir konumunda olan kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilmiş hakem kararlarının icrası amacıyla imzalanmış olup, ICSID tahkimine başvuru imkanı tanıyan ikili yatırım anlaşmalarındaki New York Sözleşmesine yönelik atıflar gereksiz olarak görülmektedir. Zira, ICSID hakem kararlarının icrası ICSID Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Bugüne kadar da devletler aleyhine verilip, New York Sözleşmesine göre icra edilen bir ICSID kararı bulunmamaktadır¹⁴.

Uluslararası ticari tahkim uygulamasında, belirli nedenlerin varlığı halinde, hakem kararının, görevli ve yetkili mahkemede açılacak bir iptal davasıyla iptal ettirilebilmesi mümkündür. Buna karşılık, ICSID Sözleşmesine göre ise, hakem kararlarına karşı, belirli ve sınırlı sayıdaki nedenlerle 120 gün içinde itirazda bulunabilmek mümkündür (m. 52). Ancak, ICSID tahkiminde, hakem kararına karşı, ticari tahkimden farklı olarak kararın verildiği yer mahkemesine başvurulmayıp, ICSID Yönetim Konseyi Başkanı tarafından atanacak ad hoc bir komitenin hakem kararını incelemesi öngörülmüştür¹⁵. ICSID hakem kararının esasının yerel mahkemelerce tekrar incelenemeyecek olması, diğer bir ifadeyle, ICSID tahkiminin mahkemelerden bağımsız oluşu, ICSID’i diğer tahkim sistemlerinden farklı kılan avantajlarından bir diğeridir¹⁶.

Bütün hakemlik kurumlarında olduğu gibi ICSID Tahkim yargılaması da tarafların karşılıklı rızalarına dayanmaktadır. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, ICSID’in yargı yetkisi her iki tarafın yazılı olarak rızasına bağlanmıştır. Bu rıza, tarafların, aralarındaki sözleşmeye koyacakları bir hükümle sağlanabileceği gibi, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla veya ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemeleriyle de sağlanabilir. Yine, *RosInvest* kararında¹⁷ olduğu gibi ikili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı ile tahkime rızanın verilmiş olduğu hakem kararlarıyla kabul edilebilmektedir.

¹² Dost, s.150.; Şanlı, Cemal (1999), Türkiye Barolar Birliği - İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim - Panel 16 Temmuz 1999, s.10-11.

¹³ Türkiye’nin de taraf olduğu bu Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG 25.9.1991/ 21002.

¹⁴ Sornarajah, M. (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, USA/ New York, Cambridge University Press, s.219.

¹⁵ Özsunay, Ergun (2004), “Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı”, İstanbul Ticaret Odası, Uluslararası Ticari Tahkimde Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, Yayın No:2004-16, s.179, <<http://www.ito.org.tr/itoyayin/0013429.pdf>> s.e.t. 03.01.2018.

¹⁶ Tuygun, s.140.

¹⁷ *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation*, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> s.e.t. 12.08.2017.

Öte yandan, hemen hemen bütün rıza hükümleri bazı süreçleri öngörmektedir. Bu süreçler, tahkim başvurusu öncesinde yerine getirilmesi gereken iyiniyetli müzakere ve uzlaştırma (arabuluculuk) süreçleri ile iç hukuk yollarına başvuru süreçleridir¹⁸. Çalışmamızda ICSID Tahkimi öncesinde yerine getirilmesi gereken süreçlerin neler olduğu ve bu süreçlerin ICSID kararlarında nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır.

I. ICSID TAHKİMİ BAKIMINDAN “TAHKİME RIZA”

ICSID tahkim yargılaması için tarafların karşılıklı olarak “rıza”ları gerekmektedir. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, ICSID’in (Merkez) yargı yetkisi her iki tarafın (âkit devlet ve diğer âkit devletin tabiiyetindeki yatırımcı) yazılı olarak rızasına bağlanmıştır. ICSID Sözleşmesini imzalamış olmak, Sözleşmenin giriş bölümünde de ifade edildiği gibi, tek başına bu “rıza”nın verildiği anlamına gelmemektedir¹⁹. Bir devletin ICSID Sözleşmesini imzalaması, bu devlete yapılan her yabancı yatırım için ICSID tahkimine gitme konusunda hukuken rıza verdiği anlamına gelmemektedir. Bu rızanın devlet tarafından, yatırım sözleşmesinde, tahkim sözleşmesinde veya ikili yatırım anlaşmasında, açıkça verilmiş olması gerekmektedir²⁰.

Taraflar, ICSID tahkimine rızalarını aralarındaki yatırım sözleşmesine koyacakları bir hükümle belirtebilecekleri gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesinde de ifade edebilirler. Taraflar, bu rızayı gelecekte ortaya çıkabilecek belirli türdeki uyuşmazlıklar için önceden verebileceği gibi, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da verebilirler²¹. Bununla birlikte, yatırım sözleşmesi veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılırken, ICSID tahkimine rızasını açıklayan kişi ve kurumların bu hususta yetkilendirilmiş olup olmadığı veya ilgili ülke mevzuatında tahkime rızaya dair yasaklayıcı bir hüküm olup olmadığı konusunda sözleşmenin karşı tarafı gerekli özeni göstermeli ve gerekli araştırmayı yapmalıdır. Zira, bazı ülke mevzuatları uluslararası tahkime dair taahhütlerin geçerliliğini ilgili Bakanlık veya Meclis onayına tabi tutmaktadır. Bu özen ve araştırma, uyuşmazlık doğmadan önce, onay mektubu, hukuki mütalaa vb. talep etme şeklinde

¹⁸ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.567-568.

¹⁹ ICSID Tahkimine rıza konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Ergin & Ekşi, Nuray & Öztekin/ Gelgel, Günseli (2013) Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.110 vd.; Akıncı, Ziya (2016) Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.42 vd.; Egemen/Demir, Işıl (2014), ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.18 vd.

²⁰ Tuygun, s.83.

²¹ Reed, Lucy/Paulsson, Jan/Blackaby, Nigel (2011), Guide to ICSID Arbitration, Second Edition, United Kingdom, Wolters Kluwer Law & Business, s.36; Nomer & Ekşi & Öztekin/ Gelgel, s.110; Günüşur, Haluk (1999), “Türk Hukukunda ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, TBB Yayın No:8, s.339.

olabilir. Bu hususta gösterilecek özen, daha sonra gereksiz yere çıkabilecek yetki itirazlarını önleme açısından önemlidir²².

Öte yandan, devletler, diğer devletlerle yapacakları ikili ve çok taraflı anlaşmalarda da ICSID tahkim yargılamasına rıza gösterebilirler. Örneğin, çok taraflı uluslararası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması²³ ve ikili yatırım anlaşmaları bazı şartlara bağlı olarak yatırımcılara ICSID’e başvuru imkanı tanımaktadır²⁴. İkili yatırım anlaşmalarında ICSID tahkimi için verilen rızaya örnek verecek olursak; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması²⁵ndeki, “*Akit Taraflardan herbiri, yatırım uyuşmazlıklarının uzlaşma veya hakemlik yoluyla çözümlenmek üzere “Merkez”e götürülmesine bu Anlaşma ile muvafakat eder. Hakemliğe başvurulması durumunda Akit Taraflardan herbiri, eğer yatırımcı ile Akit Taraf arasında ayrı bir hakemlik anlaşması yoksa, bu tür uyuşmazlığı Merkeze götürmeyi bu Anlaşma ile peşinen ve geri alınamaz bir biçimde kabul etmiştir*” hükmü ile taraflar ICSID tahkimine rızalarını beyan etmişlerdir [m.9/3(a)].

ICSID tahkimine rıza konusunda dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de, uyuşmazlığın taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinden mi kaynaklandığı, yoksa ikili yatırım anlaşmasının ihlalinden mi kaynaklandığıdır. Zira, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesi ile ikili yatırım anlaşmasında farklı tahkim şartları olduğu takdirde yetki problemleri çıkabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yatırım sözleşmesinden kaynaklandığı ve yatırım sözleşmesinde ikili yatırım anlaşmasından farklı bir tahkim şartı bulunduğu takdirde, tahkim başvurusunda bulunan taraf yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olup, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayanamaz. Bu sebeptir ki, bazı ikili yatırım anlaşmalarının tahkime ilişkin hükümlerinde “... eğer yatırımcı ile Akit Taraf arasında ayrı bir hakemlik anlaşması yoksa, ...” şeklinde ibareler bulunmaktadır²⁶. Buna karşılık, uyuşmazlık taraflar arasındaki akdi ilişkiden değil de, ikili yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanmakta ise, tahkime başvuracak taraf ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim yoluna başvurabilir.

²² Reed/Paulsson/Blackaby, s.37.

²³ Enerji Şartı Anlaşması 17.12.1994 tarihinde Lizbon’da imzalanarak, 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_Process_General.pdf>s.e.t. 12.08.2017. Türkiye, bu anlaşmayı 17.12.1994 tarihinde imzalamış, 01.02.2000 tarih ve 4519 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve bu anlaşmanın onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 12.07.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Egemen/Demir, s.32 vd.

²⁵ RG. 10.2.1991/20782.

²⁶ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG. 10.2.1991/20782).

Uyuşmazlık her ikisinin de ihlalden kaynaklanmakta ise, davaya bakan tahkim mahkemesi, örneğin; ikili yatırım anlaşması ile yetkili kılınan ICSID tahkim heyeti, önüne gelen davayı konu bakımından tefrik ederek yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yetkisizlik kararı verecektir²⁷.

Bununla birlikte, ikili yatırım anlaşmasında yer alan taahhütler, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan taahhütleri de kapsamına alıyorsa, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim başvurusu yapacak taraf, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayanabilir²⁸. Taraflar arasındaki akdi taahhütleri de kapsamına alan bu tür klozlar “şemsiye klozlar (*umbrella clauses*)” adı verilmektedir. Bu klozlar sayesinde, yatırım sözleşmesini ihlal eden taraf, aynı zamanda ikili yatırım anlaşmasını da ihlal etmiş olmakta ve böylece, yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı ne olursa olsun, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayalı olarak tahkim yoluna başvurabilmektedir²⁹. Keza, Enerji Şartı Anlaşmasının 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm de “şemsiye hüküm” niteliğinde olup, bu hüküm sayesinde, sözleşmeye aykırılık durumu, Enerji Şartı Anlaşmasının 3. Kısım hükümlerinin ihlali olarak değerlendirilmekte ve böylece salt sözleşmeden doğan borçlara aykırılık iddiası ile Enerji Şartı Anlaşması kapsamında tahkime başvurma imkanı sağlanmaktadır³⁰.

Yine, bazı devletler, iç hukuk düzenlemeleriyle yabancı yatırımcıya uyuşmazlıkları ICSID’e götürme imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte, iç hukuk düzenlemeleriyle verilen tahkime rıza, yasal değişikliklerle gelecekteki yatırımlar için kaldırılabilir. Buna karşılık, çok taraflı ve ikili yatırım anlaşmalarıyla verilen “tahkime rıza”, anlaşma yürürlükte kaldığı sürece ortadan kalkmaz³¹.

Devletlerin ulusal mevzuatlarında veya ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID Tahkimine rıza gösterilmesine ilişkin hükümler, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yapmış olduğu icap olarak değerlendirilmektedir.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.564-565.

²⁸ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının 8. maddesi (RG. 10.2.1991/20782).

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.565-566; Jagusch, Stephen / Sinclair, Anthony /Stranger-Jones, David (2011), Investment Arbitration, The International Arbitration Review (Ed. James H. Carter), Second Edition, United Kingdom, Law Business Research, s.15.

³⁰ Şit Köşgeroğlu, Banu (2012) Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.255.

³¹ Zenginkuzucu, Dikran M. (2012) Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul, Legal, s.105.

Yatırımcının ICSID’e yaptığı başvurusu ise, icaba karşı kabul anlamına gelmekte ve böylece ICSID Tahkimine tarafların karşılıklı rızaları sağlanmış olmaktadır³².

Tahkim sözleşmeleri veya ikili yatırım anlaşmalarında, tarafların tahkime rıza beyanları yanı sıra, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk, hakemlerin yetki alanı, iyi niyetle müzakere, uzlaştırma ve iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranıp aranmayacağı, yargılama giderleri ve yeri vb. gibi hususlar da gösterilmektedir³³.

Bu bağlamda, ICSID Tahkimine rıza ile ilgili olarak verilmemiş olsa da, *Stockholm Ticaret Odası* tarafından 2007 yılında verilen *RosInvest* kararı, “tahkime rıza” konusu bakımından önem arz etmektedir. Bu kararda “tahkime rıza” şartının dolaylı olarak yerine getirildiği kabul edilmiştir³⁴. Bu kararın özelliği, yatırımcının tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki ikili yatırım anlaşmasında uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hüküm bulunmamasına rağmen, hakem heyetinin, aynı ikili yatırım anlaşmasında yer alan “en çok gözetilen ulus kaydı”na istinaden kendini yetkili kabul etmesidir. Bu kararın bugüne kadar yatırım tahkimi alanında “en çok gözetilen ulus kaydı”na en geniş etki tanıyan karar olduğu ifade edilmektedir³⁵. ICSID nezdinde bundan sonra açılacak davalarda da “tahkime rıza” ve buna bağlı olarak Merkezin yetkisine ilişkin buna benzer kararlarla karşılaşmak ihtimal dahilindedir. Sonuç olarak, anılan kararda da görüldüğü üzere, tahkime rızanın en çok gözetilen ulus kaydına istinaden verilmiş olması da mümkündür.

ICSID Sözleşmesinin 25/1. maddesine göre, taraflar ICSID’e tahkim yargılaması için rızalarını sunduktan sonra bu rızalarını tek tarafı olarak geri alamazlar. Hatta, kanaatimize göre, söz konusu rızayı tek tarafı olarak, aşağıda inceleyeceğimiz tahkim öncesi zorunlu süreçlerle de sınırlayamazlar.

Nihayet, günümüzde ICSID Tahkimine rıza çoğunlukla ikili ve çok tarafı anlaşmalarla verilmektedir. Devletler söz konusu anlaşmalarla ICSID Tahkimine rızalarını beyan ederken aşağıda inceleyeceğimiz bazı süreçlerin geçilmesini şart koşmaktadır.

³² Şit, s.239; Zenginkuzucu, s.105; Akıncı, s.45.

³³ Günüşur, s.339.

³⁴ *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation*, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005.

³⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ataman Figanmeşe, İnci (2012), “En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden Yetki Tesisi: *RosInvest Kararı*”, UTTDER, C.1, S.2, s.221-240.

II. ICSID TAHKİMİNDE “TAHKİME RIZA” BAĞLAMINDA TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLER

A. GENEL OLARAK

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletlerin, bu anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne dair hükümler yer almaktadır. Anlaşmalarda başta ICSID olmak üzere çeşitli tahkim kurumları nezdinde veya *ad hoc* tahkime başvurulmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler getirilmiştir³⁶.

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin söz konusu hükümlerde genellikle, önce müzakere yoluyla barışçıl çözüm aranacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki; uyuşmazlık karşı tarafa yazılı olarak detaylı şekilde bildirilecek ve müzakereler yoluyla iyi niyet çerçevesinde çözüm aranacaktır. Bu şekilde bir sonuca ulaşılamadığı takdirde, tarafların üzerinde mutabık kaldığı tarafsız bir üçüncü kişi (uzlaştırıcı/arabulucu) belirlenerek uyuşmazlığın çözülmesine çalışılacaktır. Uzlaştırıcının kararı taraflar açısından bağlayıcı nitelikte değildir. İkili yatırım anlaşmasında belirlenen süre içerisinde, gerek iyi niyetle yürütülen müzakereler, gerekse de uzlaştırma yoluyla sonuç alınmadığı takdirde, uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulabileceği düzenlenmektedir³⁷.

Öte yandan, bazı ikili yatırım anlaşmaları, iç hukuk yollarına başvurulmuş olmasını ICSID tahkim yargısı için ön şart olarak düzenlemekte ve fakat yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle hak kaybını önlemek için süre sınırlaması koymakta iken³⁸, bazı anlaşmalar ise, uyuşmazlığın yatırımcının kendi isteğiyle ev sahibi devlet mahkemelerine götürülmüş olması halinde, belirli süre içinde o mahkemelerden karar alınamamış olması şartını³⁹ aramaktadır⁴⁰. Buna mukabil, bazı anlaşmalarda ise, uyuşmazlığın çözümü için ev sahibi devletin mahkemelerine yapılan başvurunun tahkime başvuru hakkını ortadan kaldırdığı yönünde düzenlemeler bulunmaktadır⁴¹.

³⁶ Şit Köşgeroğlu, s.165.

³⁷ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.567-568; Zenginkuzucu, s.105; Şit Köşgeroğlu, s.165. Örnek olarak bkz. Türkiye ile Danimarka Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.27.5.1992/21240), Türkiye ile A.B.D. Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.13.8.1989/20251).

³⁸ Bkz. Türkiye ile Kore Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.2.5.1994/21922).

³⁹ Bkz. Türkiye ile Macaristan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.22.2.1995/22210).

⁴⁰ Nomer & Ekşi & Öztekin/Gelgel, s.150-151; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.568.

⁴¹ Bkz. Türkiye ile A.B.D. Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.13.8.1989/20251).

B. TAHKİM ÖNCESİ MÜZAKERE SÜRECİ

1. Yatırım Anlaşmalarında Müzakere Sürecine İlişkin Hükümler

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının çoğu tahkim yargısı öncesi müzakere süreçleri öngörmektedir. Örneğin, Enerji Şartı Anlaşmasının 26. maddesine göre, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyiniyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyiniyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitme hakkı bulunmaktadır⁴². Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma (İkili Yatırım Anlaşması)⁴³nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, bir âkit devlet ile diğer âkit devletin yatırımcısı arasında bir yatırım anlaşmazlığı çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf olanlar, bu anlaşmazlığı öncelikle iyiniyetle girişilecek istişare ve müzakerelerle çözümlenmeye çalışacaklardır. Bu istişare ve müzakerelerin başarılı olamaması halinde anlaşmazlık, tahkim yoluyla halledilmesi için anlaşmazlığın ortaya çıkışından itibaren 1 yıl geçtikten sonra herhangi bir zamanda, ICSID’e götürülebilir.

İkili ve çok taraflı anlaşmalardaki müzakere süreçleri 3 ay ile 1 yıl arasında değişmektedir. Ayrıca, 6 aylık müzakere süreçleri öngören ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları da bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye ile Hırvatistan arasındaki ikili yatırım anlaşması⁴⁴ 6 aylık müzakere süreci öngörmektedir. Bu anlaşmaya göre, yatırımcının ev sahibi devlete yapacağı yazılı bildirim ile 6 aylık müzakere süreci başlayacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarındaki müzakere süreçlerine ilişkin hükümlerde de görüleceği üzere, müzakere süreçlerinin sadece süreleri değil, başlangıç anları da değişiklik göstermektedir. Bazı anlaşmalarda müzakere süreci uyuşmazlığın çıktığı anda başlamakta iken, bazılarında karşı tarafa yazılı bildirimle başlamaktadır.

İkili yatırım anlaşmalarında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yolu öncesinde başvurulması gerektiği öngörülen, iyi niyet çerçevesinde yürütülecek müzakere süreci ve müzakereler yoluyla çözüme ulaşılmadığı takdirde uygulanacak uzlaştırma (arabuluculuk) yöntemi taraflara, uyuşmazlığın barışçı yollardan çözümlenmesi için konuyu tekrar gözden geçirme imkanı sunmaktadır.

⁴² Kılavuz, Ali Kemal (2009), “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, s.198.

⁴³ RG. 08.09.1989/20276.

⁴⁴ RG. 11.4.1998/23310.

Nihayet, yatırımcı taraf, uyuşmazlığı tahkime götürmeden önce söz konusu müzakere ve uzlaştırma süreçlerini tüketmek zorundadır. Bu bağlamda, yatırımcının öncelikle uyuşmazlık sebeplerini ev sahibi devlete yazılı olarak bildirmesi ve tahkim yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığı müzakere etme ve çözüme noktasında istekli olması gerekmektedir⁴⁵. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında bu süreçler için öngörülen süreler dolmadan tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir⁴⁶.

2. ICSID Uygulamasında Müzakere Süreçleri

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda, tahkim sürecinin başlayabilmesi için “iyiniyetli çözüm müzakereleri”nin denenmiş olması ön şart olarak öngörülmektedir. Bu müzakerelerin ön şart olduğu, anlaşmalardaki “*eğer, uyuşmazlık bu yolla çözümlenemezse ...*” şeklindeki ifadelerden de anlaşılmaktadır.

ICSID hakem heyetlerinin “tahkime rıza”nın varlığına ve dolayısıyla kendi yetkilerinin olup olmadığına, diğer bir ifadeyle yetkiye ilişkin olarak karar verirken, en sık karşılaştıkları, davalı taraflarca en fazla ileri sürülen itirazlardan birisi de, tahkim davası açılmadan önce yapılması gereken “iyiniyetli çözüm müzakere”lerinin yapılmadığı ve bu sebeple ICSID’in yetkisiz olduğudur⁴⁷.

ICSID uygulamasında ise, hakem heyetleri müzakere süreçlerini zorunlu ve yargısal olmaktan ziyade, düzenleyici ve usuli nitelikte görme eğilimindedirler. Bu sebeple, müzakere sürecini yerine getirmek, hakem heyetinin yetkisinin varlığı açısından şart olarak görülmemektedir⁴⁸.

SGS v. Pakistan davasında heyet, taraflar arasındaki sözleşmenin Pakistan tarafından feshi ile SGS’nin ICSID Tahkimine yazılı rızasını sunması arasındaki uzun süreçte, tarafların, uyuşmazlığın ortaya konulmasına ilişkin olarak müzakere yapma eğiliminde olduklarına dair neredeyse hiçbir emare olmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak, heyet, müzakere süreci gerçekleşmediği için

⁴⁵ Cremades, Bernardo M./Cairns, David J. A. (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects* (Ed.Norbert Horn), *Studies In International Economic Law Volume 19*, Kluwer Law International, s.342.

⁴⁶ Cremades / Cairns, s.343.

⁴⁷ Lalive, Pierre (2002), “Some objections to Jurisdiction in Investor – State Arbitration”, *Publié dans les Procès-Verbaux de l’ICCA, Mai 2002, s.19*, <http://www.arbitrationicca.org/media/0/12319105289900/objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

⁴⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/01/13), Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 6 August 2003, par.184, <<http://www.italaw.com/documents/SGSvPakistan-decision.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

bu safhada tahkim sürecini durdurmanın, adil ve uygun maliyetli yargılamaya ihtiyacı ile tutarlı olmadığına ve yargılamaya devam etmek için davacının müzakere sürecini tamamlanmasının gerekmediğine karar vermiştir⁴⁹.

Bayındır v. Pakistan davasında da hakem heyeti, müzakere sürecini başlatan bildirim yükümlülüğünün Merkezin yetkisi için ön şart olmadığını, bu yükümlülüğü yerine getirmemenin davacı açısından hayati olmadığını, bu aşamada bildirim yapılmaması sebebiyle sürecin yeniden başlamasının iki tarafın da yararına olmadığını belirtmiştir. Öte yandan hakem heyeti, davacının uyuşmazlık çıktıktan sonra, Pakistan devletine, müzakere sürecini başlatmak amacıyla olmamakla birlikte, yazmış olduğu mektuba Pakistan devletinin cevap vermemesini ve daha sonrasında da Pakistan devletinin davacıyla müzakere etme teşebbüsünde de bulunmamasını “müzakere çabasının başarısızlığı” olarak görmüştür. Sonuç olarak Heyet, *Lauder v. The Czech Republic* davasını da emsal göstererek, önündeki davada müzakere sürecinin tamamlanmaması sebebiyle tahkim sürecinin engellenmesinin faydasız, aşırı şekilci ve tarafların meşru menfaatlerine hizmet etmeyen bir yaklaşım olacağını ifade ederek, Merkezin yetkili olduğuna, davalının tahkim sürecini erteleme talebinin reddine karar vermiştir⁵⁰.

Tradex v. Albania davasında ise, hakem heyeti, davacı tarafından uyuşmazlığa ilişkin olarak davalıya gönderilen ve cevapsız bırakılan, arasında toplantı teklifi de bulunan 5 adet mektubun, iyiniyetle müzakere yoluyla dostane çözüme ulaşmak için yeterli çabanın gösterildiği anlamına geldiğine ve böylece müzakere şartının yerine getirildiğine karar vermiştir⁵¹.

Görüldüğü üzere, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemektedir. Yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir⁵². Öte yandan, yukarıda bahsettiğimiz davalarda da görüldüğü üzere, taraflar ve özellikle davalı taraf müzakereye yanaşmıyorsa bu süreyi beklemenin anlamsız olduğu ICSID uygulamasında kabul edilmektedir⁵³.

⁴⁹ SGS v. Islamic Republic of Pakistan, par.184.

⁵⁰ Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID Case No: ARB/03/29), Decision on jurisdiction, 14 November 2005, par.100-102, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁵¹ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID, (ICSID Case No: ARB/94/2), Decision on jurisdiction, 24 December 1996, s.24, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁵² Zenginkuzucu, s.106.

⁵³ Zenginkuzucu, s.106.

C. TAHKİM ÖNCESİNDE İÇ HUKUK YOLLARINA BAŞVURU

1. Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Öncesi İç Hukuk Yollarına Başvuruyla İlişkin Hükümler

Bazı ikili yatırım anlaşmalarında uluslararası tahkim süreci başlatılmadan önce belirli süre için iç hukuk yollarına başvurulması (LRF)⁵⁴ zorunluluğu öngörülmektedir. Bu iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelmemekte, sadece uluslararası tahkime başvurulmadan önce ilgili devlet mahkemesine yapılması gerekli bir ön müracaat niteliğindedir⁵⁵. Davacı, sürenin sona ermesiyle birlikte uluslararası tahkime müracaat hakkı kazanmaktadır⁵⁶. Almanya ile Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık, iyiniyetli müzakereler yoluyla çözüme kavuşmazsa, ev sahibi devletin mahkemesine götürülmek zorundadır. Ev sahibi devletin mahkemelerine başvurulmasından itibaren 18 ay içinde esasa ilişkin bir karar verilmezse veya verilmesine rağmen taraflar arasındaki uyuşmazlık devam etmekte ise, uyuşmazlık uluslararası tahkime götürülebilir⁵⁷. Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşması⁵⁸na göre ise, yatırım ihtilaflarının, karşılıklı iyiniyetli müzakereler yoluyla çözüme kavuşturulamaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusunu ev sahibi tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, uluslararası tahkim makamlarına sunabilme hakkı bulunmaktadır. Süreyle sınırlandırılmış iç hukuk yollarına başvuru şartının, söz konusu sürelerde anlamlı bir sonuç elde etmenin zorluğu karşısında tahkimi geciktiren bir süreç olmaktan öte bir faydası olmadığı ifade edilmektedir⁵⁹.

Enerji Şartı Anlaşmasında ise, iç hukuk yollarına başvuru, uluslararası tahkime başvurmayı engelleyici nitelik arz etmektedir. Şöyle ki; Enerji Şartı Anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 26. maddesi uyarınca, bir

⁵⁴ Uluslararası tahkim literatüründe “*local remedy first*” tabirinin kısaltması olarak kullanılmaktadır.

⁵⁵ Cremades/Cairns, s.345; İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bugün çok az sayıda ve oldukça eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Örneğin, Romanya ile Sri Lanka arasındaki 1981 tarihli ikili yatırım anlaşması. Schreuer, Christoph (2011), “Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law”, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: 2010 the Fordham Papers (Arthur W. Rovine, ed.), s.73, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/interactions_int_tribunals_domestic.pdf> s.e.t.23.06.2014.

⁵⁶ Schreuer, Cristoph (2005), “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, LPICT, s.3, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/75_cspubl_75.pdf> s.e.t. 24.06.2014; Tiryakioğlu, Bilgin (2003), Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, s.184.

⁵⁷ Schreuer (2005), s.3.

⁵⁸ RG. 15.1.1995/22172.

⁵⁹ Schreuer (2005), s.4.

Anlaşma tarafı ile yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyi niyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyi niyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için üç seçimlik hakkı bulunmaktadır. Buna göre, yatırımcı, yatırım yapılan devletin ulusal mahkemesine veya idari makamlarına başvurma hakkına sahiptir. Diğer bir seçimlik hak olarak yatırımcı daha önce Anlaşma tarafı ile ortaklaşa kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemine de başvurabilir. Yatırımcının başvurabileceği üçüncü uyuşmazlık çözüm yolu ise, uluslararası tahkimdir. İlk iki yöntemden birine başvuran yatırımcının, aynı uyuşmazlık için daha sonra uluslararası tahkim yoluna başvurabilmesi, Anlaşma tarafı devletin adının, Anlaşmanın Ek ID bölümünde olmamasına bağlıdır [m.26/3-b(i)]⁶⁰. Ek ID de yer alan devletler, yatırımcının, uyuşmazlığa düştüğü Anlaşma tarafı devletin mahkemelerine, idari makamlarına veya daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvurması halinde, tahkime rızalarının bulunmadığını beyan etmişlerdir⁶¹.

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan bu gibi hükümlere uluslararası tahkim literatüründe “yol ayrımı” hükümleri (*fork in the road*) adı verilmektedir. Bu hükümlerle yatırımcıya, yatırım anlaşmasında tanınan seçimlik haklardan birisini seçme imkânı verilmekte ve uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Yatırımcı tek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile sınırlandırılmakta olup, uyuşmazlığı ilgili devlet mahkemesine, tahkime götürdüğü veya taraflarca üzerinde anlaşılan diğer bir yola başvurduğu takdirde verilen karar kesin ve nihaidir. Seçimlik haklardan birisine başvurulduktan sonra diğer uyuşmazlık çözüm usullerine başvurulamaz. Bu anlamda, uluslararası tahkim uygulamasındaki “yol ayrımı” (*fork in the road*) savunması, bir anlamda kesin hüküm (*res judicata*) itirazına benzetilmektedir⁶².

Bu bağlamda, bir Kıbrıs şirketi olan *Libananco Holdings Co. Limited* tarafından, iki hidroelektrik tesisinin Enerji Şartı Anlaşmasına aykırı olarak kamulaştırıldığı iddiasıyla, ICSID nezdinde açılan *Libananco & Türkiye* davası⁶³nda, Türkiye, Enerji Şartı Anlaşmasının Ek ID bölümünde adı geçen devletlerden olduğunu, davacının ICSID tahkimine başvuru yapmadan

⁶⁰ Türkiye'nin de aralarında yer almakta olduğu Ek ID'de adı geçen ülkelerin listesi için bkz.<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf> s.e.t. 08.01.2018.

⁶¹ Kılavuz, s.198-199.

⁶² Sornarajah, s.320-321; Şit Köşgeroğlu, s.166-167.

⁶³ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID, (ICSID Case No. ARB/06/8), Award, September 2, 2011, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C77/DC2251_En.pdf> s.e.t. 08.02.2018.

önce, Türkiye’de iç hukuk yollarına başvuru yapmış olduğunu ve bu sebeple, Anlaşmanın 26. maddesinin 3. fıkrasının (b) (i) bendine göre, Türkiye’nin ICSID tahkimine rızasının bulunmadığını ileri sürmüştür⁶⁴. Mahkeme, davacı şirketin, kamulaştırıldığını iddia ettiği şirketler üzerindeki pay sahipliği durumunu ispatlayamadığından bu davada yetkisiz olduğuna karar vermiş ve davacının tüm taleplerini reddetmiştir. Türkiye’nin Anlaşmanın 26. maddesinin 3. fıkrasının (b) (i) bendi kapsamındaki yetkisizlik iddialarına yönelik olarak hüküm kurmamıştır⁶⁵.

2. ICSID Uygulamasında Tahkim Öncesi İç Hukuk Yollarına Başvuru

Uygulamada, yatırımcılar, ikili yatırım anlaşmalarındaki “en çok gözetilen ulus” (MFN)⁶⁶ kayıtlarına başvurarak (aşağıda III nolu başlık altında incelenecektir) veya böyle bir başvurunun sonuç vermeyeceği, pratikte bir anlam taşımayacağını⁶⁷ ileri sürerek, iç hukuk yollarına başvuru şartını aşmaya çalışmaktadırlar⁶⁸.

Örneğin, *Ambiente v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, Arjantin Yüksek Mahkemesinin yerleşik hale gelen içtihatları göz önüne alındığında, davacı Şirketin Arjantin ilk derece mahkemelerine ve daha sonra Yüksek Mahkemeye başvurmasının davacı Şirkete adil bir tazminat elde etme ihtimali sunmadığını ve bu sebeple yarasız olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, davacı Şirketin, Arjantin ile İtalya arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki ICSID Tahkimi öncesi yerel mahkemeye başvuru şartını ihlal etmediğine ve uyumsuzluk bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir⁶⁹.

Bununla birlikte, iç hukuk yollarına başvuru şartı gerçekleşmediğinden yetkisizlik kararının verildiği ICSID nezdinde açılmış davalar da bulunmaktadır. Yakın zamanda, *Kılıç İnşaat – Türkmenistan* davasında böyle bir karar verilmiştir. Hakem heyeti, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan iç hukuk yollarına başvuru (LRF) hükümlerinin, ICSID Tahkimine başvuru öncesinde yerine getirilmesini zorunlu görmüştür. Öte yandan, Heyet, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümleri kapsamadığına karar vermiş ve böylece, davacının, tahkim

⁶⁴ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, Award, par.105.3, 539-548.

⁶⁵ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, Award, par.570.

⁶⁶ Uluslararası tahkim literatüründe “*most favoured nation*” tabirinin kısaltması olarak sıkça kullanılmaktadır.

⁶⁷ ICSID kararlarında “*futility exception*” olarak ifade edilmektedir.

⁶⁸ Zenginkuzucu, s.106; Schreuer (2011), s.74.

⁶⁹ *Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v.The Argentine Republic*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/08/9), Decision on jurisdiction and admissibility, 8 February 2013, par.620, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

öncesi iç hukuk yollarına başvuru şartı taşımayan İsviçre ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak doğrudan tahkim sürecini başlatma talebini reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir⁷⁰.

Yine, aynı davada, davacı Kılıç İnşaat, tahkim öncesi Türkmenistan mahkemelerine başvurmasının fayda vermeyeceği, pratikte bir anlamı olmayacağını (*futility exception*) ileri sürmüş ve bu sebeple doğrudan tahkim davası açtığını ifade etmiştir. Hakem heyetine göre, davacı şirketin tahkim davası açmadan önce Türkmenistan mahkemelerine başvurması ve bir yıllık süre içinde nihai karar alınmamış olması zorunludur. Hakem heyeti, davacı Kılıç İnşaatın Türkmenistan mahkemelerine başvurusunun fayda vermeyeceği, başvurunun beyhude bir çaba olduğu yönündeki iddialarını delillerle ortaya koyamadığını ifade etmiştir. Kılıç İnşaat v. Türkmenistan davasında, hakem heyeti bu konuda iki kriter belirlemiştir. Birinci kriter, ilke olarak, Türkmenistan hukukuna göre, Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetini taşıyan yatırımcıların, iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları Türkmenistan mahkemelerine getirme hakkına sahip olup olmadığıdır. İkinci kriter ise, ilke olarak Türk yatırımcıların ikili yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlıklar için Türkmenistan mahkemelerinde dava açma hakkı olmakla birlikte, Türkmenistan mahkemeleri veya yargı sistemlerindeki bir kusur sebebiyle bu davanın faydasız ve anlamsız hale gelip gelmediğidir. Hakem heyetine göre, davacının argümanları temelde genel ifadelere ve Türkmenistan yargısının yargı bağımsızlığına sahip olmadığına ilişkin yargılamanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerce hazırlanmış çalışma ve raporlara ve Türkmenistan mahkemelerinin Türk yatırımcılara karşı önyargılı oldukları iddialarına dayanmakta olup, söz konusu kriterleri karşılamamaktadır. Sonuç olarak, Türkmenistan mahkemelerine başvurmanın faydasızlığı ve anlamsızlığı iddiası, davacı tarafından somut olarak ortaya konulamadığından mahkeme bu argümanı reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir⁷¹.

III. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS KAYDININ TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLERE VE ICSID’IN YARGILAMA YETKİSİNE ETKİSİ

Yatırım anlaşmalarında yer alan “en çok gözetilen ulus” kayıtları, âkit devlet yatırımcılarına ve yatırımlarına diğer âkit devletin, üçüncü devletin yatırımcılarına ve yatırımlarına gösterdiği ile aynı muameleyi göstermesini

⁷⁰ Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID, (ICSID Case No: ARB/10/1), Award, 2 July 2013, par.7.9.1.<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf> s.e.t. 05.10.2016. Ayrıca bkz. UNCTAD (2004), “Recent Developments in Investor–State Dispute Settlement (ISDS)”, Report April 2004 No:1, s.17, <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

⁷¹ Kılıç İnşaat v. Türkmenistan, par.8.1.1-8.1.10.

ifade etmektedir⁷². Bu kayıtlar, âkit devletlerden biri tarafından üçüncü devletin vatandaşlarına tanınabilecek bir haktan taraf devlet vatandaşlarının da yararlanmasını mümkün kılmaktadır⁷³. En çok gözetilen ulus kaydı ile temel yatırım anlaşmasında yer almayan hususlar anlaşma kapsamına girmektedir⁷⁴.

Yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtları çalışmamızın konusunu oluşturan tahkim öncesi süreçler bakımından büyük öneme sahiptir. İkili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamı ve özellikle yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı birçok ICSID kararında tartışılmış ve bu konuda farklı kararlar verilmiştir. Bazı ICSID kararlarında, ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı geniş yorumlanarak bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de kapsadığı kabul edilmiştir. Bu kabule göre, iki taraflı yatırım anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne dair hükümlere uygulanmayacağı açıkça ifade edilmemişse, diğer bir ifadeyle, bu hükümler açıkça en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı dışında bırakılmamışsa, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere de uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, diğer bazı kararlarda ise, bu kayıtlar dar yorumlanmış ve bu kayıtların uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanamayacağına karar verilmiştir⁷⁵.

ICSID uygulamasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı ilk olarak *Maffezini v. Spain* davası⁷⁶nda gündeme gelmiş ve bu kayıtların uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlere uygulanabileceğine ilişkin ilk karar bu davada verilmiştir. Hakem heyeti, her ne kadar ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydında, uyuşmazlık çözümüne dair düzenlemelere açıkça atıf yapılmamışsa da, uyuşmazlık çözümüne dair düzenlemelerin yabancı yatırımcının korunması ile kopmaz bir ilişki içinde olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Bu

⁷² Erten, Rifat (2005), Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.165.

⁷³ Tiryakioğlu, s.174-175.

⁷⁴ Çalışkan, Yusuf (2012), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.307.

⁷⁵ Newcombe, Andrew/Paradell, Lluís (2009), Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment, Walters Kluwer Law & Business, s.205; En çok gözetilen ulus kaydının geniş ve dar yorumlandığı ICSID hakem kararları için bkz. Çalışkan, s.313-323.

⁷⁶ Emilio Agustin Maffezini – Kingdom of Spain, (ICSID Case No: ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> s.e.t.05.01.2018.

⁷⁷ Sureda, Andrés Rigo (2012), Investment Treaty Arbitration – Judging Under Uncertainty, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, USA/New York, Cambridge University Press, s.29-

karardan sonra açılan birçok davada da bu husus gündeme gelmiş, davacı yatırımcılar en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’in yetkili olduğu savını ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte, bugüne kadar bu konuda verilmiş kararlarda bir yeknesaklık olduğu söylenemez.

2011 yılında karara bağlanmış *Impregilo v. Argentine* davasında, davacı şirket, İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan tahkim öncesi 18 aylık yerel mahkeme sürecini yerine getirmeden ICSID nezdinde dava açmış ve bu davada ICSID’in yetkisine ilişkin olarak, İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, yerel mahkemeye zorunlu başvuru şartı içermeyen Arjantin ile ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasının uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁸.

Hakem heyeti bu davada öncelikle İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan ifadeler üzerinden inceleme yapmıştır. Heyete göre, bu anlaşmada, en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümde yer alan “*muamele*” ibaresi ve bu kaydın uygulanacağı konulara ilişkin olarak yer verilen “*bu anlaşmada düzenlenen diğer bütün konular*” ibaresi, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de kapsamına alacak kadar geniştir. Davalı Arjantin’in, *ejusdem generis* ilkesi⁷⁹ gereği en çok gözetilen ulus kaydının ancak aynı konular için uygulanabileceği argümanı ise, hakem heyeti tarafından, ikili yatırım anlaşmasındaki “*bu anlaşmada düzenlenen diğer bütün konular*” ibaresi sebebiyle ikna edici bulunmamıştır⁸⁰.

Öte yandan, İtalya ile Arjantin ikili yatırım anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydında, âkit devletlerin, üçüncü devletlere tanıyacakları muameleyi

30; Çalışkan, s.314; Aydoğmuş, Yasemin (2009), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkanı”, MHB, Yıl 29, S. 1-2, s.45.

⁷⁸ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/07/17), Award, June 21, 2011, par.95, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁷⁹ *Ejusdem generis* “aynı mahiyette” anlamına gelen Latince bir kelimedir. *Ejusdem generis* ilkesi ise, yazılı hukuki metinlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır. Kanunların veya sözleşme hükümlerinin (ve konumuz bağlamında ikili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının) kapsamı belirlenirken, söz konusu kanun ve sözleşme hükümlerinde yer alan “ve benzeri” gibi genel nitelikli ifadelerin kapsamına, yine bu kanun ve sözleşmelerde spesifik olarak belirtilmiş konularla aynı mahiyetteki konuların gireceğini ifade eden bir ilkedir. Ovacık Mustafa (2000), *Hukuk Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.129; Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan, Turgut Aycan (2014), “Assessment of Most Favored Nation Clauses in Terms of *Ejusdem Generis* Principle And Its Impact Over Some Bilateral Investment Treaties Executed By Republic of Turkey in 1990s”, *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan*, İstanbul, s.1819 vd.; Ayrıca Bkz. Newcombe/Paradell, s.204-205.

⁸⁰ *Impregilo v. Argentine*, par.99.

“kendi ülkelerinde” birbirlerine de tanıyacakları hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, davalı Arjantin, ICSID tahkim davasının kendi ülkesi ve egemenlik alanının dışında gerçekleştiğinden bahisle en çok gözetilen ulus kaydının uygulanamayacağını ileri sürmüş, buna karşılık hakem heyeti ise kararında, ikili yatırım anlaşmasıyla yatırımcılara sağlanan yasal korumanın belirli bir ülke sınırlarına tâbi olmadığını ve bu sebeple, en çok gözetilen ulus kaydının uygulanabileceğini ifade etmiştir⁸¹.

Nihayet, hakem heyetine göre, ICSID kararlarında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulamasında tam bir tutarlılık yoktur. Buna mukabil, en çok gözetilen ulus kaydının ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen tüm konuları kapsadığı durumlarda, bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralları da içine aldığı çoğunlukla kabul edilmektedir. Anılan gerekçelerle heyet, davacı şirketin Arjantin-ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere dayanabileceğine ve davacı şirketin İtalya - Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasını ihlal etmediğine karar vermiştir⁸².

Aksi yönde bir karar yukarıda da bahsettiğimiz *Kılıç İnşaat – Türkmenistan* davasında verilmiştir. Hakem heyeti, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri kapsamadığına karar vermiş ve böylece, davacının, tahkim öncesi iç hukuk yollarına başvuru şartı taşımayan İsviçre ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak doğrudan tahkim sürecini başlatma talebini reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir. Hakem heyeti bu davada ayrıntılı metin incelemesi yapmıştır. Buna göre, heyet, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında maddî haklar ile yargısal usullerin birbirinden ayırt edildiğini ve en çok gözetilen ulus kaydının yalnızca anlaşma kapsamındaki maddi haklar için söz konusu olduğunu tespit etmiştir⁸³.

Buraya kadar incelenmiş olan ICSID kararlarında görüldüğü üzere, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı belirlenirken, kaydın nasıl kaleme alındığı, kaydın anlaşma kapsamındaki tüm konularda mı yoksa yatırım ile ilgili konularda mı uygulama alanı bulacağı hakem heyetlerinin kararlarını önemli ölçüde etkilemiştir⁸⁴. Uyuşmazlıkların iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID Tahkimine götürülmesi ile ilgili hakem kararlarında özellikle dikkat edilen bir diğer unsur ise tarafların iradesidir. Tarafların iradesinin, en çok gözetilen ulus kaydı ile bertaraf edilmesi mümkün

⁸¹ Impregilo v. Argentine, par.100.

⁸² Impregilo v. Argentine, par.108.

⁸³ Kılıç İnşaat v. Turkmenistan, par.7.3.9.

⁸⁴ Çalışkan, s.324; Aydoğmuş, s.75.

değildir⁸⁵. Sonuç olarak, ICSID’in yetkisi bakımından önem arz eden iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının son derece dikkatli kaleme alınması gerekmektedir.

SONUÇ

ICSID’e rızanın verildiği hemen hemen tüm rıza hükümlerinde tahkim öncesi müzakere süreçleri ve iç hukuk yollarına başvuru süreçleri öngörülmektedir. ICSID nezdinde açılmış davalarda hakem heyetleri bu süreçlerin yerine getirilip getirilmediğini “Merkezin yetkisi”nin var olup olmadığını tespit amacıyla incelemektedir. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri, ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemekte, yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir. Öte yandan, yukarıda bahsettiğimiz davalarda da görüldüğü üzere, taraflar ve özellikle davalı taraf müzakereye yanaşmıyorsa bu süreci beklemenin anlamsız olduğu ICSID uygulamasında kabul edilmektedir. İç hukuk yollarına başvuru süreçleri ise ICSID uygulamasında, müzakere süreçlerinin aksine zorunlu nitelikte görülmektedir. ICSID uygulamasında, yatırımcılar, iç hukuk yollarına başvuru şartını, ikili yatırım anlaşmalarındaki “en çok gözetilen ulus” kayıtlarına başvurarak veya böyle bir uygulamanın sonuç vermeyeceği, pratikte bir anlam taşımayacağını ileri sürerek aşmaya çalışmaktadırlar. Özellikle, en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı ve tahkim öncesi zorunlu süreçleri bertaraf edip edemeyeceği yabancı doktrinde ve ICSID kararlarında yoğun bir şekilde tartışılmaktadır.

Tahkime rıza hükümlerinin ICSID’in yetkisi bağlamında ortaya çıkardığı uyuşmazlıklar ve farklı görüşler göz önünde bulundurulduğunda, bu hükümlerin (özellikle yoğun olarak yer aldığı ikili yatırım anlaşmalarının) kaleme alınırken özenli ve dikkatli olunması gerektiği ortadadır.

⁸⁵ Aydoğmuş, s.75.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya (2016), *Milletlerarası Tahkim*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akkutay, Ali İbrahim (2013), “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesininin 27. Maddesi”, *TBB Dergisi* S.107.
- Aydoğmuş, Yasemin (2009), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkani”, *MHB*, Yıl 29, S. 1-2.
- Ataman Figanmeşe, İnci (2012), “En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden Yetki Tesisi: RosInvest Kararı”, *UTTDER*, C.1, S.2.
- Cremades, Bernardo M./Cairns, David J. A. (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects* (Ed. Norbert Horn), *Studies In International Economic Law Volume 19*, Kluwer Law International.
- Çalışkan, Yusuf (2012), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, Yetkin.
- Dost, Süleyman (2006), *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara, Asil Yayınevi.
- Egemen/Demir, Işıl (2014), *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Erten, Rifat (2005), *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü.
- Erten, Rifat (1998), “ICSID Tahkimi”, *BATİDER*, C.19, S.4.
- Günuğur, Haluk (1999), “Türk Hukukunda ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, TBB Yayın No:8, Ankara.
- Jagusch, Stephen /Sinclair, Anthony /Stranger-Jones, David (2011), “Investment Arbitration”, *The International Arbitration Review* (Ed. James H. Carter), Second Edition, United Kingdom, Law Business Research.
- Kılavuz, Ali Kemal (2009), “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S.1-2.

Lalive, Pierre (2002), “Some objections to Jurisdiction in Investor – State Arbitration”, *Publié dans les Procès Verbaux de l’ICCA, Mai 2002, s.19*, <http://www.arbitrationicca.org/media/0/12319105289900/objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Newcombe, Andrew/Paradell, Lluís (2009), *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, Walters Kluwer Law & Business.

Nomer, Ergin & Ekşi, Nuray & Öztekin/Gelgel, Günseli (2013), *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1, 4. Bası*, İstanbul, Beta Yayınevi.

Ovacık Mustafa (2000), *Hukuk Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Özcan, Turgut Aycan (2014), “Assessment of Most Favored Nation Clauses in Terms of Ejusdem Generis Principle And Its Impact Over Some Bilateral Investment Treaties Executed By Republic of Turkey in 1990s”, *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan*, İstanbul, Legal.

Özsunay, Ergun (2004), “Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı”, İstanbul Ticaret Odası, *Uluslararası Ticari Tahkimde Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları*, Yayın No:2004-16, s.179, <<http://www.ito.org.tr/itoyayin/0013429.pdf>> s.e.t. 03.01.2018.

Reed, Lucy/Paulsson, Jan/Blackaby, Nigel (2011), *Guide to ICSID Arbitration, Second Edition*, United Kingdom, Wolters Kluwer Law & Business.

Schreuer, Cristoph (2005), “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, *LPICT*, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/75_cspubl_75.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Schreuer, Christoph (2011), “Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: 2010 the Fordham Papers* (Arthur W. Rovine, ed.), <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/interactions_int_tribunals_domestic.pdf> s.e.t. 23.06.2014.

Sornarajah, M. (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, USA/ New York, Cambridge University Press.

Sureda, Andrés Rigo (2012), *Investment Treaty Arbitration – Judging Under Uncertainty*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, USA/New York, Cambridge University Press.

Şanlı, Cemal (2016), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Şanlı, Cemal (1999), Türkiye Barolar Birliği - İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim - Panel 16 Temmuz 1999.

Şit Köşgeroğlu, Banu (2012), Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tiryakioğlu, Bilgin (2003), Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Vedat Kitapçılık.

Tuygun, Salih (2007), ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir.

UNCTAD (2004), “Recent Developments in Investor – State Dispute Settlement” (ISDS), No:1, <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Zenginkuzucu, Dikran M. (2012), Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul, Legal.

<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_Process_General.pdf> s.e.t. 12.08.2017.

<<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>> s.e.t. 17.08.2017.

Kararlar

Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID, (ICSID CaseNo:ARB/08/9), Decision on jurisdiction and admissibility, 8 February 2013, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID Case No:ARB/03/29), Decision on jurisdiction, 14 November 2005, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID, (ICSID Case No:ARB/07/17), Award, June 21, 2011, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID, (ICSID Case No:ARB/10/1), Award, 2 July 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID, (ICSID Case No. ARB/06/8), Award, September 2, 2011, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C77/DC2251_En.pdf> s.e.t. 08.02.2018.

RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> s.e.t. 12.08.2017.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID CaseNo:ARB/01/13),Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction,6August2003, <<http://www.italaw.com/documents/SGSvPakistan-decision.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID, (ICSID Case No: ARB/94/2),Decision on jurisdiction,24December1996,<<http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0870.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

