

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XIX, Ekim 2015, Sayı 4
Vol. XIX, October 2015, No. 4**



**ANKARA
Ocak 2016**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Onurdoğan KARAKAÇ Res. Assist. Onurdoğan KARAKAÇ

Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ Res. Assist. Özgür GÜVENÇ

Yayın Kurulu : Editorial Board :

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

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

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

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

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) **Yayın İlkeleri**

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

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

Örnek:

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

Makaleler:

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

Örnek:

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

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

Örn:

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

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

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

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

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

Örn:

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

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayrıt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

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

İçindekiler

İçtihat Kalitesi ve Tutarlılığının Sağlanmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Anayasa Mahkemesi Araştırma ve İçtihat Birimi Musa SAĞLAM	323-352
İnterpol Mekanizmalarının Başta Suriye Olmak Üzere Bazı Arap Devletleri Tarafından Muhaliflerine Karşı Bir Araç Olarak Kullanmasının Hukukiliği Sorunu Mehmet Sıraç SEZER	353-384

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XIX October 2015 Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Breach Of The Competition Through Standardized Terms Of Contract And Its Results*
Metin TOPÇUOĞLU..... 3-70
- The Authority Of A Shareholder To Summon The General Board In Joint Stock Companies (Turkish Commercial Code ART. 410/II)*
Özge KARAEĞE..... 71-128
- Expiration Of Usufructuary Lease According To Blanket Clauses Of Turkish Code Of Obligations Concerning Rental Agreement*
Mustafa KOCA..... 129-144
- Redevence (Royalty) Contract*
Alper UYUMAZ / Fatma GÜNGÖR..... 145-186

PUBLIC LAW

- The Amendments Took a Place with Decrees As a Law on the Prime Minister's Office and Ministries Organizations And Their Consequences*
R. Cengiz DERDİMAN..... 189-226
- Resignations Of Civil Servants From Duties For Participating In Elections For Members Of Parliament And Returning To Former Duties*
Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI / Burcu ERDİNÇ..... 227-258
- The Crime Of Prevention Of Performance*
Ramazan KEKLİK..... 259-296
- Die Analyse Der Zwangsläufigen Kastration Als Eine Strafrechtliche Maßnahme Im Hinblick Auf Das Verfassungsrecht*
Tevfik Sönmez KÜÇÜK..... 297-322

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

İçindekiler

The Research And Case-Law Department Of The Constitutional Court: A New Method To Ensure The Quality & Consistency Of Court's Jurisprudence

Musa SAĞLAM..... 323-352

Lawfulness Of The Use Of Interpol Mechanisms, Mainly By Syria And Some Arab States, As A Tool Against Their Opponents

Mehmet Sıraç SEZER..... 353-384

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE REKABET İHLALİ VE SONUÇLARI

Metin TOPÇUOĞLU*

ÖZET

İş ve işlem yoğunluğu teşebbüsleri, faaliyetlerinin türü ve taraflarına göre, her biri için ayrı ayrı şartlar formüle etmek yerine, önceden hazırladıkları şartlarla çalışmaya zorlamaktadır. Önceden tasarlanmış ve genel olarak hazırlayanın menfaatlerini ön planda tutan genel işlem şartları, tüketiciler ve rakip olup olmamasına bakmaksızın teşebbüsler aleyhine kullanılabilir.

Genel işlem şartlarının etkisi ve sonuçları, sözkonusu şartlarla izlenen amaca ve tarafların sıfatına göre ayrı ayrı incelenmelidir. Uygulanacak hükümler, genel işlem şartlarının amacına göre belirlenecektir. Ayrıca uygulanacak hükümlerin kapsamı bakımından düzenleyen karşısındaki kişinin sıfatı (tacir, tüketici veya her ikisi dışındaki bir gerçek veya tüzel kişi), önem taşımaktadır. Bu yüzden, amacına ve tarafların sıfatına göre incelenecek genel işlem şartlarının yol açacağı rekabet ihlalleri, ayrı hükümlere tabidir ve sonuçları da farklıdır.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem şartları, rekabet ihlali, dikey anlaşmalar, haksız rekabet, ithalatta haksız rekabetin önlenmesi, haksız şart, haksız şart karinesi, tüketici, tacir, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü.

BREACH OF THE COMPETITION THROUGH STANDARDIZED TERMS OF CONTRACT AND ITS RESULTS

ABSTRACT

According to the type of activity and the parties, business and transaction volume is forcing to work under conditions prepared in advance rather than separately-formulated conditions for each of the transactions. Standardized terms of contracts which are thought previously and that generally protect preparer's interests can be used against the consumers and enterprises irrespective of whether it is competitor.

The overall effect and results of the process conditions should be analyzed separately by the objectives and title of the parties. Provisions to be applied will be determined by the purpose of the general terms and conditions. In addition, the title of that person in terms of regulating the scope of the provisions to be implemented (merchant, consumer, or a natural or legal person other than both) is important.

* Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

Therefore, competition violations caused by the general terms and conditions to be examined by purpose and title are subject to separate terms and the results are different.

Keywords: *Standardized terms of contracts, competition violation, vertical agreements, unfair competition, prevention of unfair competition in imports, unfair terms, presumption of the unfair term, consumer, merchant, duty to act as a prudent businessperson.*

A. Genel olarak

Elektronik ticaret ile birlikte giderek gelişen ve genişleyen ticari hayatın vazgeçilmez işlem türlerinden birisi, genel işlem şartlarıdır. Çok sayıda iş ve işlem yapmak zorunda olan teşebbüsler için her bir alıcıya yönelik, ayrı ayrı şartlar formüle edip işlem yapmak mümkün değildir¹.

Teşebbüslerin kabul et veya vazgeç anlayışıyla formüle ettikleri şartlar, tüketicileri veya zayıf konumdaki alıcıları (tek satıcı, acente, toptancı veya perakendeci gibi) istismar edebilir, rekabet ihlallerine yol açabilir. Yeknesak işlem tipleri ile mal veya hizmetlerin satış ya da sunum şartları, fiyatı, kâr miktarı, “bağlayıcı kayıtlar”² tespit edilerek; eşit durumdaki kişiler için farklı veya ek şartlar uygulanıp rekabet kısıtlanabilecek hatta bertaraf edilebilecektir. Böylece *düzenleyenin* menfaatleri azami seviyede korunacak, tüketiciler sömürülecek, rakip olsun veya olmasın teşebbüslerin faaliyetleri, potansiyel yatırımcıların piyasaya girişi zorlaştırılacak ve ülke ekonomisi zarar görecektir.

Taraflarına ve amacına göre genel işlem şartlarının yol açtığı ihlallere karşı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁴, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)⁵, Türk Ticaret

¹ Gelişmiş ekonomilerde, genel işlem şartlarının (tip sözleşmeler), mal veya hizmetlere ilişkin ticari ve tüketici işlemlerinde kullanılan tüm sözleşmelerin % 99’dan fazlasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. PATTERSON, Mark R., “Standardization of Standard - Form Contracts: Competition and Contract Implications”, **William and Mary Law Review**, V. 52, N. 2, 2010, s. 331, dñn. 1.

² Bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku, **BATİDER**, C. XXII, S.1, 2003, s. 113-154.

³ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁴ RG, 28.11.2013, S. 28835.

⁵ RG, 13.12.1994, S. 22140.

Kanunu (TTK)⁶ ve “İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun” (İHRÖK)⁷ hükümleriyle ayrı ayrı veya birlikte mücadele etmek mümkündür. Ancak haksız rekabet hükümlerinin, genel işlem şartlarıyla mücadeledeki rolü konusunda ciddi tereddütlerimiz vardır. Zira *özü haksız fiil* olan haksız rekabette bir kimse, *rakip olsun veya olmasın diğerinin* “müşterileri(ne), kredisi(ne), meslekî itibarı(na), ticari faaliyetleri(ne) veya diğer ekonomik menfaatleri(ne) zarar” (TTK m. 56/1) vermekte veya onu zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Hâlbuki genel işlem şartlarıyla yürütülen faaliyetlerde düzenleyen, *kendi müşterilerine* (tüketici, acenta, tek satıcı, sağlayıcı, dağıtıcı, toptan veya perakende işletmeleri) zarar vermektedir. Genel işlem şartları kullananın, *müşterilerine karşı kendi menfaatlerini önceleyen tutumu*, “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler(i) arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına ... aykırı davranış” (TTK m. 54/2) olarak nitelendirilemez⁸. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin, haksız fiil ve pek tabii haksız rekabet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu bir yana, haksız rekabet hükümlerinin amacı içinde, müşterilerin *kendi satıcısı* veya *sağlayıcısına karşı korunması* kaygısı bulunmamaktadır⁹.

Kendisini, bir ticari ilişkiyi ve onunla birlikte dikte edilen şartları kabul etmeye ve sürdürmeye mecbur hisseden teşebbüsü, şikâyet ve dava yoluyla harekete geçirilebilen haksız rekabet imkânlarıyla (TTK m. 56-63) korumayı planlamak, gerçekçi bir çözüm değildir. Unutmamak gerekir ki haksız rekabet engelini bertaraf etmek isteyen teşebbüsler, pekâlâ yasak genel işlem şartlarını, ayrı ayrı müzakere ve kabul şerhiyle hatta bireysel sözleşmelerle aşabilecektir. Zira, basiretli hareket etme yükümlülüğüne tabi olan teşebbüsün, pazarlık gücü veya alternatif teşebbüslerle çalışma ihtimali olsa bilerek ve isteyerek, aleyhine yükümlülükler taşıyan kayıtları kabul etmesi düşünülemez. Genel işlem şartlarının yol açacağı rekabet ihlalleri ile mücadelenin merkezi, haksız rekabet hükümleri değil RKHK olmalıdır¹⁰. Özellikle küçük ve zayıf

⁶ RG, 14.02.2011, S. 27846.

⁷ RG, 01.07.1988, S. 20212.

⁸ Aksi düşünce için bkz. UZUNALLI, Sevilay, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, C. 71, S. 2 (2013), s. 388, 389.

⁹ NÖMER ERTAN’a göre, “BK ve TKHK bakımında kesin hükümsüz sayılan her GİŞ, aynı zamanda TK 55/1-(f) anlamında da haksız rekabet teşkil edecektir” (NÖMER ERTAN, N. Fusun (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan), **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2015, p. 1186).

¹⁰ “... Rekabet Kanunu ile, piyasalara yeni girişler mevcut giriş engellerinin kaldırılması sureti ile kolaylaştırılmakta, başarısızlık riski hesaplanabilir hale getirilmekte ve halkın bundan

teşebbüslerin korunması açısından piyasayı düzenleme ve denetleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunan Rekabet Kurumu'nun; yatay ve dikey anlaşmalarda¹¹ için özelliğine yabancı, düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine anlaşmayı değiştirme veya sona erdirmeye yetkisi veren ve dürüstlük ilkesine¹² aykırılık hak ve borç dağılımı öngören genel işlem şartlarını yasak kapsamına alması, muafiyet engeli olarak görmesi zorunludur.

B. Rekabet hakkı ve korunması

1) Genel olarak

Ticari hayatta dürüstlüğün ve rekabet ortamının korunması, rakip olsun olmasın teşebbüslerin, tüketicilerin ve ülke ekonomisinin yararına. Bu yüzden Anayasamız, teşebbüslerin kendi aralarındaki ve tüketiciye karşı ilişkilerinde dürüst davranış ve rekabet anlayışını hâkim kılmaya yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü öngörmüştür. Devlet, mal ve hizmet piyasalarının, dürüst rekabet anlayışına uygun olarak sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlenmesini temin edecek tedbirleri almak zorundadır (Ay. m. 167). Anayasanın bu hükmü gereği 1994 yılında 4054 sayılı RKHK kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Rekabet hakkı, girişim özgürlüğü (Ay. m. 48) gereği ekonomik ve sosyal bir haktır¹³.

Rekabet ihlalleri, özü itibarıyla haksız fiil olsa da onu aşan bir koruma amacı ve çevresine sahiptir¹⁴. Haksız fiil, fiilin doğrudan yöneldiği veya etkilediği mağdur çevresiyle sınırlı bir koruma alanına sahiptir. Hâlbuki

azami yarar sağlaması amaçlanmaktadır. ...

Piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, rakip teşebbüsler arasında dinamik bir rekabet sürecinin var olması ve bu süreçte güçlü olanın değil, başarılı olanın kendini kabullendirmesi gerekir" (RKHK genel gerekçesi).

"Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır" (RKHK m. 1). Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, **Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001, s. 81 vd.

¹¹ Bkz. TOPÇUOĞLU, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, s. 147-150.

¹² "Dürüstlük kuralı" yerine "dürüstlük ilkesi" ifadesinin kullanılmasının doğru olacağına işaret edilmektedir. Bkz. HATEMİ, Hüseyin; GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011, s. 63.

¹³ Bkz. 4054 sayılı RKHK genel gerekçesi.

¹⁴ Bkz. GÜVEN, Şirin, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara 2012, s. 2 vd; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), **Ticari İşletme Hukuku**, p. 1121 vd.

rekabet ihlallerinde fail, özel olarak belirli kişi veya işletmeleri hedef almamış olabilir. Örneğin dürüstlük ilkesine aykırı reklamlar, satış yöntemleri (TTK m. 55/1.a-2, 3, 6, 10, 11, 12) ve işlem şartları (TTK m. 55/1.f) kullanmak, iş şartlarına uymamak (TTK m. 55/1.e) gibi. Haksız fiillerden farklı olarak haksız rekabet fiilinin mağdurları, rakip teşebbüsler, ticari faaliyetlerin satış ve sürüm zincirinde yer alan teşebbüsler, tüketiciler ve nihayet ülke ekonomisidir. Bu yüzden rekabet ihlalleriyle başarılı bir şekilde mücadele edebilmek için başta Anayasa (m. 48, 167) olmak üzere RKHK, TBK, TTK ve TKHK’da özel düzenlemelere gidilmiştir¹⁵.

2) RKHK kapsamına giren rekabet ihlalleri

Bu gün satıcı ve sağlayıcı konumundaki teşebbüs faaliyetlerinin, dikey anlaşmaların, teşebbüs birliği ile üyeleri arasındaki ilişkilerin genel işlem şartları içeren sözleşme veya statülerle yürütüldüğü aşikârdır. Rekabet düzenlemelerinin amacı, piyasaların kendi doğal oluşumları içerisinde gelişmesini temin ve piyasaları her türlü müdahalelerden (özel kişiler veya devlet) korumaktır. Kanun koyucu, rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları özellikle belirterek maddeye açıklık kazandırmak isterken birleşme ve devralmalara değinmemiştir. Şüphesiz bu durum, birleşme ve devralmalarla ilgili rekabet ihlallerinin RKHK’nın önlemek istediği ve hedeflediği ideal rekabet düzeninin dışında değildir¹⁶.

Kanun, rekabetin iktisadi alanda aksamadan yürüyebilmesi için bir kısım faaliyetleri yasaklamıştır. Üç ana başlık altında toplayabileceğimiz yasaklar, teşebbüsler arası anlaşmalar (uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları), hâkim durumun kötüye kullanılması ile birleşme ve devralmalardır. Birleşme ve devralmalar bir yana bırakılırsa, genel işlem şartları yoluyla teşebbüslerin aralarında anlaşarak ve hâkim durumdaki bir teşebbüsün gücünü kötüye kullanarak rekabeti kısıtlaması, tüketicileri sömürmesi mümkündür.

Teşebbüslerin, aralarında anlaşıp, genel işlem şartlarının içeriğini benzer veya aynı şekilde düzenleyerek rekabeti kısıtlamaları muhtemeldir¹⁷. RKHK m. 4’e göre, “(b)elirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası

¹⁵ Bkz.; ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2015, s. 319-321.

¹⁶ TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 81, 82.

¹⁷ Bkz. AYDEMİR, İbrahim, **Elektronik Ticaret Alanındaki Rekabet Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, s. 48, 49.

anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır”¹⁸.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, piyasa gücü sebebiyle rekabeti kısıtlaması hatta bertaraf etmesi zor değildir. Bir teşebbüs, tek başına veya diğer teşebbüslerle birlikte piyasa şartlarını belirleyebiliyorsa hâkim konumdadır. Bir teşebbüsün hâkim konumda bulunması, hukuka aykırı bir durum değildir¹⁹. Fakat hâkim durumdaki teşebbüsün, rakip teşebbüslere ve tüketicilere karşı, genel işlem şartları veya diğer vasıtalarla gücünü kötüye kullanması yasaktır (RKHK m. 6/1).

RKHK'nın uygulama alanı, Ülkemiz coğrafi sınırlarıdır. Ülkemiz piyasalarını etkileyecek rekabet ihlallerinin faili teşebbüslerin, nerede faaliyet gösterdiklerinin bir önemi yoktur. Yurt dışında bulunan, fakat icra ettiği ticari faaliyetler sebebiyle ülkemiz mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti etkileyen teşebbüslere, RKHK'nın öngördüğü yaptırımlar uygulanabilecektir. Ancak ülkemizdeki teşebbüslerin faaliyetleri, mal veya hizmet piyasamızı etkilemiyor, hedef ürün veya hizmet piyasası yabancı ülkede bulunuyor ise sözkonusu rekabet ihlallerinin RKHK'ya dayanarak yasaklanması mümkün olmayacaktır²⁰.

Faaliyetlerini dikey anlaşmalar çerçevesinde yürüten küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (acenta, tek satıcı, franchising, toptancı veya perakendeci gibi); genel işlem şartlarıyla maruz kaldıkları ayırıcı davranışlar, piyasaya giriş engelleri veya bağlayıcı kayıtlar (RKHK m. 4/2.d-f; m. 6/2.a-e) RKHK kapsamında değerlendirilebilecektir²¹. İhlalin RKHK bakımından sonuçları aşağıda ayrıca incelenecektir.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 84 vd; SANLI, Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara 2000, s. 73 vd.

¹⁹ Bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara 2000, s. 90 vd.

²⁰ TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 159-162; EROL, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Ankara 2000, s. 16 vd.

²¹ Dikey anlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Ankara 2006, s. 83 vd; ASLAN, İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama**, Bursa 2004, s. 1 vd.

3) TBK kapsamına giren rekabet ihlalleri

TBK, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde özel durumlar başlığı altında, haksız rekabeti düzenlemiştir. İsbeti hakkındaki tartışmalara rağmen yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu'nun haksız rekabetle ilgili hükmü (m. 48), özüne dokunulmaksızın TBK'ya aktarılmıştır. TBK m. 57'ye göre, gerçeğe aykırı haber veya ilanlar ya da dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar sebebiyle bir kimsenin, müşterilerinin azalması veya azalma tehlikesiyle karşılaşması halinde haksız rekabetten söz edilecektir. Zarar gören kişi, haksız rekabete yol açan davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Adi işlerle sınırlı uygulama alanına sahip TBK m. 57 hükmünün düzenlediği haksız rekabet, dürüstlük ilkesine (TMK m. 2) aykırılık ilkesine dayanmaktadır²².

TTK, haksız rekabet anlayışını, ticari işletmeye, ticari işlere veya tacire hasretmemiştir²³. Bilakis tanımlama ve sınırlama yapılmaksızın “katılanlar”, “rakipler”, “tedarik edenler”, “müşteriler” gibi kavramların seçilmesi, bu sonucu doğrulamaktadır²⁴.

Adi işlerle ilgili haksız rekabet mağduru talebini, TTK m. 54 vd hükümlerine veya TBK m. 57/1 hükmüne dayandırabilecektir. Fakat TTK m. 56 hükmünün, haksız rekabet mağduruna bahsettiği hak ve yetkilerin, TBK m. 57'ye göre daha geniş olması, sözkonusu hükmün uygulama kabiliyetini sınırlandıracaktır.

Serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki dürüstlük ilkesine aykırı davranışlara TBK m. 57 (EBK m. 48) hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir²⁵. Ayrıca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)²⁶ bir eseri, işareti, resim veya sesi haksız olarak ya da iltibasa yol açacak şekilde kullanan yahut çoğaltan kimseler tacir olmasa bile haksız

²² Bkz. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1126.

²³ “(D)avalının davacının ticari faaliyetine zarar verici nitelikteki eylemlerinin tespiti halinde tacir olmaması bu durumun haksız rekabet sayılmasını engelleme(z)”, Y. 11. HD, T. 21.02.2010, E. 2008/9072, K. 2010/591 [Kazancı İçtihat Programı (26.09.2015)].

²⁴ Ayrıca bkz. AKSOY, Mehmet Ali, “**Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti**”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Doktora Tezi, 2011, s. 26-30; FINGER, Manuela; SCHMIEDER, Sandra, “The New Law Against Unfair Competition: An Assessment”, **German Law Journal**, Vol. 06, No. 01, 2005, s. 204.

²⁵ Y 11. HD, T. 07.06.2007, E. 2006/929; K. 2007/8748 [UYAP İçtihat Programı (11.02.2015)].

²⁶ RG, 13.12.1951, S. 7981.

rekabet hükümlerinden yararlanılabileceğini kabul etmiştir²⁷. Tacir olmayan kimseler hakkındaki FSEK ihlallerine TBK m. 57 (EBK m. 48) hükmü uygulanacaktır²⁸.

TBK ve TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında şu hususlara işaret edilebilir:

a) Her iki halde de haksızlık kriteri, dürüstlük ilkesine bağlanmıştır. TBK m. 57'de dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla bir kimsenin müşterilerinin azalmasına veya onları kaybetme tehlikesine yol açmak haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması dürüstlük ilkesine aykırı davranışlardan sadece ikisini oluşturmaktadır. TTK m. 54/2'ye göre de dürüstlük ilkesine aykırı davranış ve ticari uygulamalarla rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemek haksız rekabettir.

b) TBK'ya göre zarar verici davranış, bir kimsenin müşterilerinin azalması veya kaybedilme tehlikesiyle karşılaşılması olarak dar bir alana hasredilmiştir. Hâlbuki bu durum TTK'da mağdurun müşterilerinin, kredisinin,

²⁷ “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, itibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz.

Tecavüz eden tacir olmasa bile, birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır” (FSEK m. 83).

“Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayılmasını men edebilir.

Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır.

Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır” (FSEK m. 83). Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, *Yaşar Üniversitesi E – Dergisi Özel Sayı (Armağan)*, Vol: 8, 2013, s. 1588 vd.

²⁸ “... (D)avacı tarafından hazırlanan şikayet dilekçesindeki ve davalılarca da adli mercilere sunulan dilekçelerdeki yazı ve açıklamaların, konusunda araştırma yapan bir avukat tarafından edinilen bilgi birikimi, mesleki tecrübe ve mevzuat incelemesi ile yazılabilecek mutad dilekçe tertip ve ifade tarzının üzerinde kabul edilebilecek şekilde, hukuki görüşlerin ve vakıaların sunulduğu, düzenlenişi, bilgilerin derlenişi ve seçilmeleri itibarıyla FSEK'nın I/B ve 2/1. maddeleri uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak korunması için gerekli olan şekilde sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu içeren bir dilekçe niteliğinde bulunmamasına, serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki rekabetin TTK'nın 56 vd. maddeleri kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyecek olmasına ve davada BK'nın 48. maddesi koşullarının da gerçekleşmemiş bulunmasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanması gerekmektedir” [Y 11. HD, E. 2006/929; K. 2007/8748, UYAP İçtihat Programı (19.01.2015)].

meslekî itibarının, ticari faaliyetlerinin veya diğer ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesinin varlığı olarak formüle edilmiştir.

c) Mağdur, haksız rekabet davranışlarına “son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir (TBK m. 57/1). TTK m. 56/1.d hükmü de aynı yöndedir. Öyleyse her iki kanun, tazminat davaları dışında kusur şartına ihtiyaç duymamıştır²⁹.

ç) TTK’da haksız rekabete yol açacak dürüstlük ilkesine aykırı davranış veya ticari uygulamalar, ayrıntılı örneklerle gösterilmişken TBK’da, gerçek olmayan haber ve ilanlarla yetinilmiştir.

d) TBK’ya göre dava hakkı, müşterileri azalan veya kaybedilme tehlikesiyle karşılaşan mağdurlarla sınırlandırılmıştır. Buna karşılık TTK’ya göre zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan mağdur teşebbüsler ve müşteriler m. 56’da işaret edilen tüm davaları açabilir. Ayrıca tazminat davası hariç olmak üzere ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin veya tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişileri dava açabilecektir.

e) TBK’ya göre davalı, gerçek olmayan haberleri yayan veya bu tür ilanlar yapan ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunan kimsedir. TTK’ya göre çalıştırana (m. 57); basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarına (m. 58) karşı da dava açılacaktır.

f) TBK’ya göre mağdur, men (dürüstlük ilkesine aykırı davranışlara son verilmesi) ve kusur şartına bağlı olarak tazminat davası açabilecektir. Buna karşılık TTK’ya göre mağdur, tespit, men düzeltme ve kusur varsa tazminat davası açabilecektir.

g) Haksız fiilin devamı olarak düzenlenen haksız rekabet ihlallerinden kaynaklanacak maddi ve manevi tazminat taleplerinde, TBK esasları dikkate alınacaktır. Böylece “(z)arar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir” (TBK m. 76)³⁰.

²⁹ Aksi düşünce için bkz. AKSOY, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, s. 30.

³⁰ Bkz. PEKDİNÇER, Tamer “Türk Borçlar Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret

ğ) Her iki halde de mağdur, kural olarak zararını ispatla yükümlüdür. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK m. 50). TTK, haksız rekabet mağdurunun, maruz kaldığı zararı ispat yükümlülüğünü hafifletmiştir. Kanun, zararın ispatının güçlük arz ettiği durumlarda hâkime, tazminat olarak, davalının haksız rekabet sonucunda elde ettiği menfaatin karşılığına karar verebilme imkânı tanımıştır (TTK m. 56/1.e).

h) TBK'ya göre mağdur, dürüstlük ilkesine aykırı davranışlara son verilmesini talep edebilir. TTK'ya göre mağdur, haksız davranış veya ticari uygulamanın durdurulmasını, maddi durumun ortadan kaldırılmasını, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesini, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını isteyebilecektir (m. 56/1).

ı) TBK'ya göre hükmün etkisi, davalı (gerçek olmayan haber yayan veya ilan yapan ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunan kimse) ile sınırlıdır. Hâlbuki TTK'ya göre haksız rekabet hükmünün, dava konusu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ticari amaçla edinen kişiler hakkında da uygulanması mümkündür (m. 56/4).

i) TTK'ya göre, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verilebilir (m. 59).

j) TTK, bazı haksız rekabet fiilleri için hukuki sorumluluktan başka cezai sorumluluk da getirmiş, böylece haksız rekabetle etkili bir mücadele amacı gütmüştür (m. 62, 63).

k) TTK, haksız rekabet sebebiyle dava açma hakkı bulunan kimselere ayrıca ihtiyati tedbir talebinde bulunabilme imkânı tanımıştır (m. 61).

l) TTK, haksız rekabet davalarını kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutmuştur. Haksız rekabet davaları, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK m. 60). Buna karşılık TBK m. 57 hükmüne dayanan tazminat taleplerinde süre, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıldır (m. 72).

Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 78, 79.

4) İHRÖK kapsamına giren rekabet ihlalleri

RKHK, sadece ülkemizde cereyan eden rekabet ihlallerine değil, yurt dışında icra edilen ancak Türkiye’de etkisini gösteren rekabet ihlallerine de uygulanacaktır. İki yabancı teşebbüsün aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlaması veya hâkim durumdaki yabancı teşebbüsün genel işlem şartları vasıtasıyla gücünü kötüye kullanması aynı yaptırımlara tabidir. Bundan başka aynı yabancı teşebbüslerin, aralarında anlaşma veya hâkim durum ilişkisi olmasa bile dumpingli³¹ veya sübvansiyonlu³² ürün ithal etmeleri yasaktır³³. Zira dumpingli veya sübvansiyonlu malların Türkiye’ye ithal edilmesi, hem aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere zarar verecek hem de bir üretim dalının gelişmesini önleyebilecek hatta yok edebilecektir. Bu tehlikeye bertaraf etmek için İHRÖK, dumping marjı³⁴ veya sübvansiyon miktarı³⁵ kadar telafi edici vergi ödenmesi tedbirini öngörmüştür³⁶.

Sübvansiyonlar, “yasaklanan sübvansiyonlar”, “tedbir alınabilen sübvansiyonlar”³⁷ ve “tedbir alınmasını gerektirmeyen sübvansiyonlar”³⁸ olmak üzere üç grupta değerlendirilmektedir. Yasaklanan sübvansiyonlara karşı telafi edici vergi uygulanabilecektir³⁹.

³¹ Damping, bir malın ihrac fiyatının, benzer malın normal değerinin altında olmasıdır (İHRÖK m. 2/1.a). Ayrıntılı bilgi için bkz. DİRİKKAN, Hanife, **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler**, İzmir 1996, s. 5 vd.

³² Sübvansiyon, menşe veya ihracatçı ülkenin, bir malın üretimi veya pazarlanmasına, teşebbüsler için fayda sağlayan, doğrudan veya dolaylı mali katkısıdır (İHRÖK m. 2/1.a).

³³ Krş. EKDİ, Barış, **Gümrük Birliği çerçevesinde Damping ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 56-58.

³⁴ Normal değer, ihrac fiyatını aştığı miktar, dumping marjı olarak ifade edilmektedir (İHRÖK m. 2/1.g).

³⁵ Sübvansiyon miktarı, ihrac edilen malın imal, üretim, ihracat veya taşıma aşamasında sağlanan, doğrudan ya da dolaylı mali katkı, herhangi bir gelir yahut fiyat desteği tutarıdır (İHRÖK m. 2/1.h).

³⁶ Damping ve sübvansiyonun tespitine ilişkin esaslar için bkz. “İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik” (RG, 30.10.1999, S. 23861), m. 5-8.

³⁷ Bir ürün için uygulanan sübvansiyon oranının mal değerinin % 5’ini geçtiği durumlarda veya bir sanayi dalının uğradığı işletme zararlarını karşılayacak sübvansiyon verildiğinde “ciddi zarar”ın (m. 6.1.a) mevcut olduğu kabul edilmektedir. Sübvansiyon uygulayan ülke, sözkonusu sübvansiyonun şikayetçi ülkenin yerli sanayine zarar vermediğini ispatlayabilirse telafi edici vergi uygulanamayacaktır [DTÖ Süb. Anl. (RG, 25.2.1995, S. 22213 Mükerrer)], m. 6.2.

³⁸ DTÖ Süb. Anl. m. 2 çerçevesinde, özgül (spesifik) olmayan sübvansiyonlar ile özgül olup, ancak, araştırma-geliştirme, geri kalmış bölgelerin desteklenmesi ve çevre koruma amaçlı sübvansiyonlardır. Bu tür sübvansiyonlara karşı tedbir alınması yolu kapatılmıştır.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Müslüm, **Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Açısından**

Dampingli veya sübvansiyonlu mal ithali, ülkemizde maddi zarara yol açacak ya da maddi zarar tehdidi oluşturacak yahut bir üretim dalının kurulmasını fiziki olarak geciktirecekse, İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (İHRÖK m. 3-6). Damping veya sübvansiyon konusu malın ithalatı nedeniyle meydana gelen zarar, damping marjı ya da sübvansiyon miktarı kadar vergi uygulanarak giderilecektir. İthalatın başlangıcı ve zararın miktarına göre telafi edici vergilerin, doksan günü aşmayacak şekilde geriye dönük olarak uygulanması mümkündür (İHRÖK m. 7).

Vergi veya telafi edici vergi konulmuş olması, dampingli veya sübvansiyonlu malın ithalatını engellemektedir (İHRÖK m. 13/2). Vergi mükellefi, damping veya sübvansiyon konusu malı ithal eden gerçek ya da tüzelkişilerdir (İHRÖK m. 8).

Dampingli veya sübvansiyonlu ithalatın, zarara neden olduğu iddialarına ilişkin soruşturma sırasında (İHRÖK m. 12) ve sonucunda (İHRÖK m. 13), alınacak geçici ve kesin önlemler, bu önlemlerin gözden geçirilmesi (İHRÖK Ek m. 2), soruşturmanın durdurulması ve kapatılması (İHRÖK Ek m. 1) süreçleri özel olarak düzenlenmiştir.

5) TTK Kapsamına Giren Rekabet İhlalleri

Haksız rekabet, rakip veya sağlayıcılarla müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı davranışlardır (TTK m. 54/2). Haksız rekabetin sınırlarını tespit eden TTK m. 54/2 hükmüne göre rakipler, tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkilerin haksızlığı, söz konusu ilişkinin dürüstlük ilkesine aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Rakip teşebbüsler, rakip dışındaki alıcılar (tek satıcı, acente, toptancı, perakendeci gibi) ve tüketiciler piyasa katılanlarıdır. TTK m. 54'te kastedilen ilişki, haksız rekabet fiilinin taraflarına veya hedefine göre rekabet ya da alıcıların karar verme özgürlüğünü (ekonomik davranış biçimi) ifade etmektedir. Hangi uygulama veya kapsamda ortaya çıkarsa çıksın bir kimsenin ticari itibarını (kredisi, mesleki itibarı), faaliyetlerini (işletmesi, mal veya hizmetleri, satış ya da pazarlama yöntemleri) ve müşterileri arasındaki ilişkilerini etkileyen davranışlar, dürüstlük ilkesine aykırı ise haksız sayılacaktır.

Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbir Soruşturması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2004, s. 20 vd; KAYA, Talat, "Dünya Ticaret Örgütü Kuralları ve Rekabet Hukuku İlişkisi", **Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan**, Ankara 2012, s. 703-720.

TTK, haksız rekabet hükümlerinin koruma alanını, bütün piyasa katılanlarını kapsayacak şekilde genişletmiştir⁴⁰. Haksız rekabet hükümlerinin amacı, bütün piyasa katılanlarının menfaatini, dürüst ve bozulmamış rekabeti korumaktır (TTK m. 54)⁴¹. Dava açma yetkisine sahip kişiler arasında esnaf odalarına (TTK m. 56/3) yer verilmesi, haksız rekabet ile korunmak istenenlerin tacirlerle sınırlandırılmadığını göstermesi bakımından önemlidir. Kanunun piyasa katılanları olarak dikkate aldığı menfaat grubu, rakip teşebbüsler, sağlayıcılar, tüketiciler ve nihayet ülke ekonomisidir⁴². Tanımdaki “müşteri” kavramının, ürünleri; ticari amaçla satın alan ve rakip olmayan teşebbüsler ile tüketmek amacıyla edinen gerçek ve tüzel kişi tüketiciler dâhil piyasa katılanlarının geniş bir kısmını kapsadığı kuşkusuzdur⁴³.

TTK, haksız rekabet ile ilgili davaların açılmasını, zarar veya zarar tehlikesi şartına bağlamıştır⁴⁴. Bilindiği gibi “zarar” kriteri, tazminat talebinin unsurudur. Zarar tehlikesinin bulunması yeterli olsa da temel hedefi ticari hayatta dürüstlüğün, bozulmamış rekabet ortamının korunması olan haksız rekabet ihlallerinde tespit, durdurma veya düzeltme talebini konu edinen

⁴⁰ Bkz. POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2012, s. 319, 320; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), **Ticari İşletme Hukuku**, p. 1127 vd; AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2015, s. 375, 376; KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 2013, s. 210-212; ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013, s. 152-154; BİLGİLİ, Fatih; DEMİRKAPI, Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Bursa 2014, s. 231, 232.

⁴¹ Dürüst ve bozulmamış rekabet hakkında bkz. GÜVEN, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, s. 39 vd.

⁴² Kanunun gerekçesinde şu açıklamaya yer verilmiştir: “Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: Ekonomi, tüketici ve kamu. “Katılanlar” gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır”. “Ekonomi” ve “kamu” ifadelerinin hangi amaç için kullanıldığı belirsizdir. Bilindiği gibi rekabet hukukunun koruduğu menfaat, aralarında rekabet ilişkisi olup olmadığına bakılmaksızın teşebbüsler, tüketiciler ve rekabetin yol açacağı olumlu etkiler (üretim etkinliği, kaynak dağılımında etkinlik ve dinamik etkinlik) dolayısıyla ülke ekonomisidir. Bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 21 vd; KAYAR, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2013, s. 261.

⁴³ Ayrıca bkz. ARKAN, Sabih, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler”, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler - Tartışmalar**, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 47; BOZTOSUN, N. Ayşe; ÜNAL, Akın, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, Y. 2005, s. 402.

⁴⁴ Krş. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), **Ticari İşletme Hukuku**, p. 1149.

davaların zarar şartına bağlanması, isabetli değildir⁴⁵. Üye teşebbüslerin ve tüketicilerin menfaatlerini korumakla görevli ve yetkili ticaret ve sanayi odalarına, borsalara, özel hukuk tüzel kişileri ile kamu tüzel kişilerine tanınan dava hakkı, zarar veya zarar tehlikesi şartına bağlı değildir, olmamalıdır.

C. Genel işlem şartları

1) Genel olarak

Sektör ayırımı yapmaksızın ticari faaliyette bulunan teşebbüslerin çoğu, iş ve işlemlerini, bireysel sözleşmelerle değil genel işlem şartları ile yürütmektedir⁴⁶. İş yoğunluğu ve profesyonel anlayış, tarafların her bir sözleşme şartını, uzlaşma ile “karşılıklı ve birbirine uygun” iradeleriyle kararlaştırmalarını zorlaştırmaktadır. Bu yüzden önceden, tek taraflı olarak kaleme alınmış ve çoğunlukla hazırlayanın ihtiyaç ve menfaatlerini gözeten genel işlem şartları (tip, kitle, katımlı veya formüler sözleşmeler) doğmuştur⁴⁷. Genel işlem şartlarının denetimini zorunlu kılan kaygı, düzenleyenin dürüstlük ilkesine aykırı olarak salt kişisel menfaatlerle hareket etmesi ihtimalidir. Düzenleyen, genel işlem şartları ile öngörülen hak ve borç dağılımını, dürüstlük ilkesine uygun formüle ettiği sürece hukuka aykırılık iddiası ile karşılaşmayacaktır (TBK m. 21, 25). Bütün haklarda olduğu gibi genel işlem şartları kullanma hakkının da dürüstlük ilkesine (TMK m. 2)

⁴⁵ Aynı yönde bkz. KAYAR, Ticari İşletme Hukuku, s. 268.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. PATTERSON, Standardization of Standard - Form Contracts: Competition and Contract Implications, s. 331 vd.

⁴⁷ Genel işlem şartları ve konuyla ilgili çalışmalar hakkında bkz. AYDOĞDU, Murat, **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014, s. 19 vd; KARADAĞ, Özgür, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Ankara 2014, s. 33 vd; ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Ankara 2012, s. 9 vd; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2015, s. 218 vd; HATEMİ; GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s. 61 vd; AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER'e Armağan**, 2013, s. 571 vd; AKÇAAL, Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 49** vd; ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, Bursa 2015, s. 322 vd; İNAL, H. Tamer, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 33-56; DERYAL, Yahya, “Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 58-67; ŞAHİN, Turan; KİZİR, Mahmut, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 68-79.

uygun kullanılması zorunludur⁴⁸.

Genel işlem şartları, sözleşme konusu edim ile ilgili alacak ve borçları, yetki ve sorumlulukları, hak ve yükümlülükleri tartışma fırsatı vermez, ya kabul et ya da vazgeç anlayışına dayanır. Bu yüzden ekonomik olarak zayıf veya seçim hakkı sınırlı olan teşebbüslerin ve tüketicinin, korunması ihtiyacı açıktır. Bugün için mevzuatımızda, genel işlem şartlarına ilişkin bir hüküm çeşitliliğinden söz edilebilir. Genel işlem şartları, en geniş şekli ile TBK’da (m. 20-25) düzenlenmiştir. TBK, genel işlem şartlarının tabi olduğu düzeni; bu anlamda geçerlilik şartlarını, yorumlanması ve yaptırımını, bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde ve emredici hükümlerle açıklığa kavuşturmuştur. Bundan başka TKHK (m. 5) ve TTK’da (m. 56/1.f) genel işlem şartlarını sınırlandırma ihtiyacı duymuştur. Bu düzenlemelere, TKHK m. 5’e dayanılarak çıkarılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”⁴⁹ hükümlerini de eklemek gerekir. Aslında, tüketiciler istisna tutulursa, genel işlem şartlarının çoğunluk itibarıyla ticari iş niteliği taşıdığı söylenebilir. Ancak ticari iş – ticari hüküm farklılığı sebebiyle, genel işlem şartlarını düzenleyen özellikle TBK ve TTK hükümleri arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması zorunludur⁵⁰.

2) TBK’ya Göre Genel İşlem Şartları

Kanun genel işlem şartlarını, “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlamıştır (m. 20/1)⁵¹. TBK’da, düzenleyenin (m. 20/4) aksine, karşı tarafın sıfatı hakkında bir açıklığa yer verilmemiştir. TBK, uygulanacak hükümler bakımından genel işlem şartlarının tarafları (gerçek – tüzel kişi, özel hukuk – kamu hukuku tüzel kişisi, yerli – yabancı gibi) veya konusu ile ilgili bir sınırlandırma yapmamıştır (m. 20/4).

Büyük veya profesyonel teşebbüslerin (bankacılık, sağlık, eğitim, sigortacılık, taşıma hizmetlerini yürüten, malların üretimi ve dağıtım zincirinde yer alan işletmeler) faaliyetlerini genel işlemlerle marifetiyle yürüttükleri bilinen bir gerçektir. Ancak düzenleyenin sıfatı önemli değildir. Düzenleyen,

⁴⁸ ALTOP, Atilla, “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 34, 35.

⁴⁹ RG, 17.06.2014, S. 29033.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 330, dph. 1.

⁵¹ Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 215; ALTOP, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul 2012, s. 36; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 112.

tacir, esnaf, serbest meslek erbabı veya bunların dışında bir özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabilir. Düzenleyenin, genel işlem şartları ile taraf olduğu kişileri ise sıfatlarına göre üç gruba ayırmak mümkündür:

a) Tacirler (basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabi olanlar)⁵²,

b) Tüketiciler,

c) Tacir veya tüketici sıfatını taşımayan gerçek veya tüzel kişiler (esnaf işletmesi, serbest meslek erbabı, dernek, vakıf vs).

Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerde, karşı tarafın sıfatıyla ilgili bir sınırlandırma bulunmamasıyla birlikte, TBK m. 20 gerekçesindeki⁵³ açıklamalardan, bireyin veya tüketicinin esas alındığı söylenebilir. TBK m. 20-25 hükümlerinden, tüketici dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin de yararlanmaları kuşkusuzdur. TBK'nın genel işlem şartları hakkındaki hükümlerinin, düzenleyen taraf karşısındaki tacir bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmaya açıktır. Yukarıda bahsedildiği gibi, yasak kapsamına giren genel işlem şartları kullanmak, kural olarak kabul eden tarafa (teşebbüs veya tüketici) zarar verir, rakip teşebbüsleri mağdur etmez. Kabul edenin menfaatlerini zedeleyen genel işlem şartlarının, haksız rekabet sorumluluğuna yol açması zorlama bir sonuç olacaktır. Fakat kanun koyucu, abesle iştiğal etmeyeceği için karşı tarafın tacir olması durumunu, genel işlem şartının haksız rekabet sayılıp sayılmamasına göre iki açıdan incelemek gerekir. Haksız rekabet sayılan genel işlem şartlarına karşı tacir, TTK m. 56-63 hükümlerinin tanıdığı haklardan yararlanabilecektir. Haksız rekabet sayılmayan genel işlem şartlarına karşı TBK m. 20-25 hükümlerinden yararlanma imkânı, tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğüne bağlı olarak değerlendirilecektir.

Hemen işaret etmek gerekir ki TBK'nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı, ağırlıklı olarak TTK kapsamındaki ticari

⁵² Tacirin, işletme faaliyetleriyle ilgili olmayan iş veya işlemlerde, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır (TTK m. 18/2).

⁵³ “Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. ... Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır”.

etkinliklerdir. Zira genel işlem şartları kullanan işletmeler, serbest meslek erbabı ve esnaf işletmeleri istisna tutulursa, önemli ölçüde ticari işletme vasfı taşıyan, profesyonel ve yoğun faaliyetler yürüten işletmelerdir. TTK m. 55/1.f'nin, esas alınarak düzenlendiği İsviçre Haksız Rekabet Kanunu 8. maddesi, TTK yürürlüğe girmeden önce (17.06.2011) değiştirilmiştir⁵⁴. Anılan maddenin yeni halinde, düzenleyen karşısındaki “diğer taraf” ibaresi yerini, “tüketici” kavramına bırakmıştır. Değişikliğin tabii sonucu, haksız rekabet olarak nitelendirilen genel işlem şartlarının taraf olarak uygulama alanı sınırlandırılacak, sadece tüketiciler koruyucu imkânlardan yararlanabilecektir⁵⁵.

Bilindiği gibi TTK, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarını haksız rekabet olarak kabul etmiştir (m. 55/1.f). Rakipler ile tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları, haksız rekabettir (TTK m. 54/2). Haksız rekabet sayılmayan, RKHK hükümlerine (m. 4-6) göre muamele görmesi gereken genel işlem şartları ise basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilecektir⁵⁶. Tacir, basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadır (TTK m. 18/2). Bu sebeple katlanması gereken dikkat, özen ve öngörülü olma yükümlülüğü onun, genel işlem şartlarının bahsettiği koruyucu imkânlardan yararlanmasına engeldir.

Karşı tarafa içeriğini öğrenme imkânı tanınmayan, onun menfaatlerine aykırı ve açıkça kabul etmediği genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. Menfaatlerine aykırı genel işlem şartlarının içeriğine vakıf olma fırsatı tanınmış tarafın, bile bile aleyhine şartları kabul etmesi ihtimalinde, ayrıca onun korunmasına ihtiyaç bulunmayacaktır (TBK m. 21/1). Düzenleyenin veya karşı tarafın tacir sıfatını taşıdığı hallerde, genel işlem şartlarının

⁵⁴ Değişiklik, TTK ile aynı tarihte yani 01.06.2012 günü yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAĞCIOĞLU, *Ali Haydar*, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, 2013, s. 3061 vd; UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 389 vd; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, s.163, 164.

⁵⁵ Bkz. KARA, Mustafa Sencer, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 735, 736; YAĞCIOĞLU, *Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)*, s. 3090-3093.

⁵⁶ Krş. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 405, 406.

ağırlıklı şekilde ticari iş (TTK m. 3, 19) olacağı, tacirin iş ve işlemlerinde basiretli hareket etmesi gerektiği dolayısıyla sözkonusu şartların içeriğini bilmediği, bilmemesinin makul sayılması veya tecrübesizliği ihtimali karşılık bulmayacaktır. Fakat *RKHK m. 4, 6* ve *TTK m. 1530/1*'deki hallerde, karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi, sözkonusu işlemin hukuka aykırılığını engellemeyecektir.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları, tek başına hukuka aykırıdır (TBK m. 21/2). Örneğin ipotek sözleşmesine ait şartlar içerisinde, taşınmaz malikini müteselsil borçlu veya kefil yapan; kasko sigortasında sigortalının ihmalden doğan ya da stabilize yollarda meydana gelen zararlardan sorumluluğu kaldıran kayıtlar, sözleşmenin niteliğine aykırı şartlardır⁵⁷. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları, tacir sıfatını taşıyan veya taşınmasının karşı tarafın bilmediği farz ve kabul edilir. Müzakere ve kabul edildikleri düzenleyen tarafından ispatlanmadıkça⁵⁸, bu tür yabancı (sürpriz, şaşırtıcı) şartlara ilişkin taraf iradesinin bulunmadığı, bu sebeple yoklukla malul oldukları sonucuna ulaşılabilecektir. Ayrıca Roma Hukukundan bu yana geçerli olan; sözleşmedeki şartların, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi gereği, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem şartları, bunları kaleme alan tarafın aleyhine yorumlanacaktır (TBK m. 23)⁵⁹.

Karşı tarafın menfaatine aykırı (TBK m. 21/1), sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı (TBK m. 21/2) genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. Düzenleyene karşı TBK m. 27/2 imkânından yararlanma yolu

⁵⁷ Ayrıca bkz. ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 114, 115; KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3 S. 1, 2012, s. 423, 424.

⁵⁸ TBK m. 21/2 gerekçesinde, salt şaşırtıcı (yabancı) şartlar olması sebebiyle, her hâlükârda yazılmamış sayılacakları yönündeki açıklamayı isabetli bulmuyoruz: “Bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez”.

⁵⁹ Bkz. SİRMEN, A. Lâle, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan, 2013, s. 2474, 2475; BİLGİN YÜCE, Melek, “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan, 2013, s. 3222, 3223; YOKET, Yasemin; GÜLER, Selin, “Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2012, s. 231-252.

kapatılmıştır. Düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz sayılması talebinde bulunamayacaktır. Kanun koyucu, düzenleyenin, kısmi hükümsüzlükle ilgili imkândan (TBK m. 27/2) yararlanmasını engellemiş, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerli olması ilkesini benimsemiştir (TBK m. 22)⁶⁰.

3) TKHK'ya Göre Genel İşlem Şartları

A) Genel olarak

Genel işlem şartları bakımından şu iki hususun gözden kaçırılmaması gerekir. Bunlardan ilki, sözleşme özgürlüğü kapsamında taraf iradelerinin esas olmasıdır. Rekabet şartlarının hâkim olduğu piyasalarda müzakere edilerek veya pazarlık yapılarak kabul edilen şartlara, tüketicinin aleyhine olsa bile müdahale edilmemelidir. İkincisi ise müzakere edilmeyen şartların, tüketici aleyhine dürüstlük ilkesine aykırı yükümlülükler getirmemesidir. Satıcı veya sağlayıcının hâkim durumda bulunmadığı genel işlem şartları dışındaki tüketici işlemlerinde, asıl olan tarafların edim yükümlülüklerini karşılıklı müzakere ve kabul etmeleridir⁶¹.

TKHK, haksız şart anlayışını, genel işlem şartları ile sınırlandırmamıştır⁶². *Tüketici işlemlerindeki* tüketici ile müzakere edilmemiş, onun aleyhine dürüstlük ilkesine aykırı hak ve borç dağılımı öngören bütün şartlar haksız şarttır⁶³. Tüketici işlemlerinin tarafları ve yoğunluğu dikkate alındığında,

⁶⁰ Bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 118, 119; GÖRGEÇ, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, **MÜHF – HAD**, C. 19, S. 1, s. 418 vd; ARIKAN, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2012, s. 70, 71; HATEMİ; GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s. 62, 63.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 331 vd; KARADAĞ, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, s. 135 vd; İNAL, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, s. 34 vd; ŞAHİN; KİZİR, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, s. 71, 72.

⁶² Tarafların müzakere ederek mutabık kaldıkları *bireysel sözleşmeler* (TKHK m. 5/1) bakımından “haksız şart” anlayışına dayanılmaması gerekir. Hal ve şartlara göre hata (TBK m. 30-35), hile (TBK m. 36) veya gabin (TBK m. 28) hükümleri, bireysel sözleşme taraflarını korumaya yeterlidir. Krş. ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009, s. 46, 47; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 331, 332.

⁶³ Ayrıca bkz. ULUSAN, M. İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, s. 35.

ağırlıklı olarak, genel işlem şartları kullanıldığı aşikârdır. Bu yüzden haksız şartlarla ilgili TKHK m. 5 hükmünün uygulama alanını, önemli ölçüde genel işlem şartları oluşturacaktır. Bununla birlikte genel işlem şartı olarak nitelendirilsin veya nitelendirilmesin, bütün tüketici işlemlerindeki “haksız şart”lar (m. 5) yasaktır⁶⁴.

b) Haksız Şartlar

Haksız şartın tespiti ve denetimine ilişkin esaslar, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”te (HŞY)⁶⁵ ayrıntılı olarak düzenlenmiş, örnek haksız sözleşme şartlarına işaret edilmiştir. Kanun haksız şartı, “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları” şeklinde tanımlamıştır⁶⁶. Bu tanıma göre tüketiciyle müzakere edilen sözleşme şartları, dürüstlük ilkesine aykırı ve tüketici aleyhine dengesizliğe yol açacak olsa bile haksız şart sayılmayacaktır. Müzakere edilmeyen şartın, tüketici aleyhine olması, tek başına haksız kabul edilmesi için yeterli değildir. Öncelikle tüketici işlemi, bir bütün olarak değerlendirilmelidir. İlk bakışta tüketici aleyhine olsa bile, sonraki şartlarla öngörülen tüketici lehine imkanlar, hak ve borç dağılımını dengeleyebilir⁶⁷. Sözleşme şartları bütün olarak incelendiğinde taraflar arasındaki hak ve borç dengesi, açıkça dürüstlük ilkesine aykırı şekilde tüketici aleyhine bozulmuş olmalıdır⁶⁸.

TBK’nın, düzenlediği genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin koruma hedefinde, öncelikle tüketicilerin bulunduğu kuşkusudur. TKHK’nın, “tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlığı altındaki düzenlemesinin (m. 5/1-7)⁶⁹, *genel işlem şartları dâhil bütün sözleşmeleri içermesi dışında*

⁶⁴ Bkz. DERYAL, Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi, s. 58-60.

⁶⁵ RG, 17.06.2014, S. 29033.

⁶⁶ Bkz. YAĞCIOĞLU, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), s. 3073 vd.

⁶⁷ Bkz. KARA, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, s. 736.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, s. 22 vd; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 334-336.

⁶⁹ “Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici

tüketici açısından, TBK'nın genel işlem şartları hükümlerinden (m. 20-25) daha koruyucu veya ileri olduğunu söylemek mümkün değildir. İfadeler farklı olsa da her iki kanunda, genel işlem şartlarının tanımı (TBK m. 20/1; TKHK m. 5/1), haksızlığı (TBK m. 21, 24, 25; TKHK m. 5/1, 6), kapsamı (TBK m. 20; TKHK m. 5/1, 5), yorumu (TBK m. 23; TKHK m. 5/4) ve yaptırımı (TBK m. 21, 24; TKHK m. 5/2) benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple hüküm çeşitliliğinin, uygulama kolaylığından çok tereddütlere yol açması muhtemeldir.

Tüketici lehine olan düzenlemenin, TKHK'daki haksız şartlar değil, TBK'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümler olduğunu düşünüyoruz. Her iki kanun bakımından, hak ve yükümlülük dağılımında, açıkça aleyhine olsa bile tüketicinin içerik vukufu ve kabulü ile mutabık kalınan genel işlem şartları geçerlidir (TBK m. 21/1; TKHK m. 5/1; HŞY m. 5/1). Buna karşılık TBK'ya göre, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kayıtlar, müzakere ve kabul şartı aranmaksızın, yazılmamış sayılacaktır (m. 21/2). Bundan başka, müzakere ve kabul şartı aranmaksızın, açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak kaydıyla, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin piyasa değeri ile genel işlem şartları yoluyla belirlenen değer (fiyat) farkı, sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde dikkate alınmayacaktır (TKHK m. 5/7). Hâlbuki edimler arasındaki dengesizliğin; hak ve borç dağılımının hakkaniyete, dürüstlük ilkesine uygunluğunun tespitinde dikkate alınabilecek temel göstergelerden birisi bertaraf edilmektedir. Hatta tüketici işlemlerinde, açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak kaydıyla, değer farkı afaki derecede düşük yahut fazla olsa bile TBK'nın gabin (aşırı yararlanma) hükmünden

içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükümün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenir (TKHK m. 5/2-6)".

yararlanma imkânı sınırlandırılmış olmaktadır. Genel işlem şartlarıyla ilgili koruma kaygısını bütünüyle göz ardı eden bu hükmün⁷⁰, tüketicinin hangi menfaatine hizmet ettiğini anlamak mümkün değildir.

c) Haksız Şart Karinesi

Aa) Genel olarak

Genel işlem şartları önceden hazırlandığından, karine olarak tüketicinin, sözleşme içeriğine vakıf olması ve etki edebilmesi güçtür. Bu sebeple, genel işlem şartının müzakere edildiğini iddia eden satıcı veya sağlayıcı, bunu ispatla yükümlüdür (TKHK m. 5/3). Haksız ticari uygulama iddiasının aksini ispat yükünü, satıcı veya sağlayıcının omuzlarına bırakan TKHK (m. 62/2), tüketici işlemindeki bir şartın “haksız” olup olmadığını kimin ispat edeceği hakkında bir düzenleme getirmemiştir.

Taraflar, aksine hüküm bulunmadıkça, iddia veya savunmalarını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür (HMK m. 190/1; TMK m. 6). Dolayısıyla tüketici, sözleşmedeki şart ile üstlendiği yükümlülüğün, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek şekilde edimler arasındaki dengeye aykırı olduğunu; satıcı veya sağlayıcı da bu iddianın aksini yani şartın haksız sayılmayacağını ispat edecektir (HMK m. 190/2). Fakat tüketici, TKHK m. 5/9’da işaret edilen ve HŞY (m. 5/4) ekinde sayılan şartların, haksızlığını ispat etmekten kurtulacak, sadece sözleşmedeki kayıtların varlığını göstermekle yetinecektir. Satıcı veya sağlayıcının, HŞY ekinde zikredilen kayıtların haksız sayılmayacağını ispat imkânı bulunmamaktadır. İspat yükünün sırasını ve kapsamını değiştiren, ispat hakkını bertaraf eden karinenin, yönetmelik marifetiyle uygulamaya geçirilmesi yolunun isabeti, tartışmaya açıktır.

⁷⁰ Madde gerekçesinde bu durumun sebebi şu şekilde açıklanmaktadır: “Sözleşme özgürlüğünün ve serbest piyasa ekonomisinin önemli bir kuralı aynen benimsenmektedir. Tarafların asli edimleri arasındaki denge asla denetim konusu olmaz. Serbest piyasa ekonomisi kurallarının hâkim olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini “piyasa adaleti” alır. Fiyatlar bazı istisnalar dışında mevcut hukuk sistemimizde denetime konu olamaz. Olmaları da düşünülemez, çünkü “doğru” fiyatı tespit etmek için herhangi bir hukuksal ölçüt mevcut değildir. Edimler arasındaki dengeye müdahale edilemeyeceği kuralının sadece bir istisnası vardır. O da saydamlık ilkesine aykırı davranılmış olması halidir. Zira tüketici açısından, açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş olma gereği edimi belirleyen hükümler açısından özel bir önem taşımaktadır. En elverişli fiyatların piyasada oluşabilmesi için bedel karşılığında sunulan hizmetin kapsamı, hangi hallerde ek bir ödemenin talep edileceği gibi hususların tüketici açısından anlaşılabilir ve diğer arz edilen mal veya hizmetlerle karşılaştırılabilir olması gerekir. Aksi takdirde zaten piyasada fiyat oluşumunun ön koşulları ortadan kalkmış olur. Bu nedenle gerek asli edimlerin gerekse yan edimlerin hepsi saydamlık denetiminden geçecektir”.

bb) Per se haksız şartlar

Tüketici işlemlerindeki kayıtların “haksızlığı”, iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre sözleşme şartı:

1) Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmiş olmalı,

2) Dürüstlük ilkesine aykırı ve tüketici aleyhine dengesizliğe yol açan yükümlülükler getirmiş olmalıdır. Fakat Kanun, bu iki halin birlikte veya ayrı ayrı gerçekleşmesi şartını aramaksızın, GTB tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilen belirli şartları, haksız şart olarak nitelendirmektedir. Kanunun, “haksız şart olduğu kabul edilen” (TKHK m. 5/9) ve ayrıntılarını yönetmelik düzenlemesine bıraktığı sözleşme şartları, aksi ispat edilemeyecek bir karineye işaret etmektedir. Bahsedilen Yönetmelik ekindeki şartlar, doğrudukları telafisi güç veya imkânsız sonuçlar; sözleşmenin ifası, ifa edilmemesi, sona erdirilmesi, yenilenmesi yahut değiştirilmesinde satıcı ya da sağlayıcının sınırsız inisiyatifte sahip olması, bu süreçteki kusurlu hatta kasıtlı davranışlarından sorumluluğunun kaldırılması, bütünüyle ve sadece onun menfaatlerine hizmet etmesi sebepleri ile yasaklanmıştır.

Yönetmelikte gösterilen haller⁷¹, nitelik ve sonuçları dikkate

⁷¹ “(1) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

a) Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyen, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyen aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyen fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

alındığında her halükarda (per se) haksız sayılacak şartlardır. Bu haller, ayrıca

- f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,
- g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,
- ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,
- h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek tarafı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,
- ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek tarafı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,
- i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,
- j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,
- k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,
- l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,
- m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,
- n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

(2) (f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek tarafı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir.

b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslar arası para havalesine ilişkin sözleşmelere". Ayrıca bkz. DERYAL, Tüketici

yukarıda bahsedilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, kendiliğinden haksız kabul edilecektir. Her bir şart incelendiğinde, haksızlığın aksini ispatın mümkün olmadığı görülür. Örneğin “sözleşmeyi düzenleyen, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini *tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın* değiştirebileceğine ilişkin şartlar” (HŞY EK-1, m. 1/1) haksızdır. Düzenleyene, *tek taraflı olarak* sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini değiştirme yetkisi tanınmış ve o, haklı bir sebebe binaen bu yetkisini kullanmışsa, haksız şarttan ve pek tabii TKHK m. 5’in ihlalinden söz edilemeyecektir. Öyleyse sözleşmede yer alan HŞY EK-1, m. 1/1’deki kaydın bizatihi kendisi ve doğuracağı sonuçlar haksızdır ve aksini ispat mümkün değildir.

Kanunun ifadesiyle, “... sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir” (TKHK m. 5/9). Söz konusu yönetmelikte ise, “listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir” denmektedir (m. 5/4). Ancak ispat hakkını kaldıran HŞY ekindeki şartlar, kıyas yoluyla genişletilemez. Yönetmelik ekinde sayılan hallere benzeyen ve haksız oldukları iddia edilen kayıtlar, TKHK m. 5 şartları çerçevesinde muamele göreceklerdir.

4) TTK’ya Göre Genel İşlem Şartları

A) Genel olarak

TTK’da, genel işlem şartlarını tanımlayan, esaslarını ve kapsamını gösteren bir düzenleme yoktur. Kanunda açıkça genel işlem şartlarından bahseden iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan birisi haksız rekabet ile ilgili TTK m. 55/1.f, diğeri ise taşıyanın sorumluluğu ile ilgili TTK m. 854 hükmüdür⁷². Genel hüküm niteliği taşıyan TBK düzenlemesi (m. 20-25), kural olarak ticari iş niteliğindeki genel işlem şartlarına da uygulanacaktır. Genel işlem şartlarının tarafı önem taşıdığından, tüketici işlemlerinde TKHK m. 5 hükmü esas olacaktır.

Genel işlem şartları aslen, rekabet ihlali bakımından, *haksız rekabet sayılıp sayılmamasına bakılmaksızın* RKHK m. 5, 6 kapsamında değerlendirilmelidir. Ne var ki kanun koyucu *isabeti, tartışmaya açık olmakla*

Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi, s. 60 vd.

⁷² Taşıyanın (taşıyıcı, taşıma işleri komisyoncusu ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmeleri) sorumluluklarını önceden hafifleten veya kaldıran sözleşme hükümleri veya genel işlem şartları geçersizdir.

birlikte TTK, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları kullanmayı, haksız rekabet olarak kabul etmiştir. Bu anlamda doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı öngören genel işlem şartları⁷³, dürüstlük ilkesine aykırı sayılmıştır.

TTK açısından genel işlem şartları, haksız rekabet sayılan ve haksız rekabet dışındaki genel işlem şartları olarak iki kısımda incelenmelidir. Haksız rekabet teşkil etmeyen genel işlem şartlarının, *RKHK* (m. 4-6, 56-59) ve *TBK* (m. 20-25) hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Fakat tacir sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, ticari işletmeleriyle ilgili faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadırlar (TTK m. 18/2). Bu sebeple katlanmaları gereken dikkat, özen ve öngörülü olma yükümlülüğü gereği tacirler, genel işlem şartlarının bahsettiği koruyucu imkânlardan yararlanamayacaklardır.

b) Haksız Rekabet Sayılan Genel İşlem Şartları

TBK'nın (m. 20-25) ve TKHK'nın (m. 5) engellemek istediği dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarından bir kısmı, teşebbüslerin, tüketicilere veya diğer teşebbüslere karşı dikte ettikleri ve TTK m. 55/1.f kapsamında haksız rekabet sayılan şartlardır. Öyleyse en önemli sorun, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarının; rakipler ile tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkilerde haksız rekabete yol açıp açmayacağıdır. Tüketicinin, alıcı teşebbüslerin (acente, tek satıcı, toptancı, perakendeci vs) aleyhine kayıtlar içeren genel işlem şartlarının, rakip teşebbüslere zarar vermeyeceği, bilakis durumu fark eden tüketici ve alıcıların bu teşebbüslere yönelmesi muhtemeldir. Şu halde rakip teşebbüsler için zarar veya zarar tehlikesinin varlığından söz etmek güçtür⁷⁴. Rekabet şartlarının hâkim olduğu bir piyasada bile *aleyhine* kayıtları kabul eden veya etmiş sayılan tüketici ve alıcılara karşı dürüst davranılmamış olduğu vakıadır. Ancak düzenleyenin menfaatlerini, azami derecede koruma amacına yönelmiş şartların tek başına, kabul eden müşteri (teşebbüs veya tüketici) dışında, başkasının emeğine, rakip teşebbüslere, onların ticari itibarına, mal ve hizmetlerine zarar vermesi; kötüleme, yanıltma, aldatma amacına yönelmesi zayıf ihtimaldir. Şüphesiz bu amaçları taşıyan veya

⁷³ Genel işlem şartları, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden ve tek taraflı hazırlandığı için TTK m. 55/1.f-2'deki "önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar" ifadesi isabetli olmamıştır.

⁷⁴ Krş. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 405.

TTK m. 55'teki örnek hallerden biriyle örtüşen genel işlem şartları, haksız rekabet olarak kabul edilebilir. Rekabet şartlarının bulunmadığı piyasalarda yani teşebbüslerin aralarında anlaşarak ya da hâkim durumdaki bir teşebbüsün gücünü kötüye kullanarak dikte ettikleri genel işlem şartlarının, *haksız rekabet değil RKHK m. 4 ve 6 hükümleri* kapsamında muamele göreceği kuşkusuzdur⁷⁵. *Düzenleyene karşı müşterilerini, büyüklere karşı küçükleri koruma kaygısı, haksız rekabetle mücadelenin konusu değildir.* Büyüklere karşı küçük teşebbüslerin, aralarındaki (dikey) ilişkinin kabulünü veya sürdürülebilirliğini olumsuz etkileyecek haksız rekabet iddiasında bulunabilmeleri zordur. Bütün bu sebeplerle, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarıyla mücadelede haksız rekabet müessesesi, beklentileri karşılamaktan uzaktır⁷⁶. Tacirlerin tabi olduğu yükümlülükler, zarar veya zarar tehlikesi şartı, diğer hükümlerdeki alternatif imkânlar (idari yoldan ihlalin durdurulması; Rekabet Kurumu'nun re'sen, ihbar veya şikâyet üzerine harekete geçebilmesi, para cezası, tazminat veya üç kat tazminat), ceza yolu dışında haksız rekabet hükümlerinin bahsettiği hakların kullanılmasına ihtiyaç bırakmayacaktır. Ayrıca büyüklere karşı küçük teşebbüslerin, aralarındaki (dikey) ilişkinin kabulünü veya sürdürülebilirliğini olumsuz etkileyecek haksız rekabet iddiasında bulunabilmeleri zordur.

TTK m. 55/1.f'ye göre, genel işlem şartlarının dürüstlük ilkesine aykırı olması, haksız rekabettir. TTK m. 55/1.f, genel işlem şartlarının haksızlığında, TBK'daki ağır ihlal kapsamında değerlendirilen "sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı"lık (TBK m. 21/2) kriterine yer vermemiştir. Bu tür şaşırtıcı kurallar içeren genel işlem şartları; aynı zamanda dürüstlük ilkesine de aykırı olduklarından, karşı tarafın tacir sıfatını taşıyıp taşımadığına, müzakere ve kabul edilip edilmediğine bakılmaksızın hükümsüz (yazılmamış) sayılacaktır.

"Genel işlem şartlarının" haksızlığının tespitinde ayrıca müzakere ve kabul şartı aranıp aranmayacağı açık değildir. Genel işlem şartlarının tanımı ve kapsamına ilişkin TBK m. 20, 21 hükmü dikkate alındığında, şaşırtıcı kurallar içeren şartlar dışında, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları tek başına haksız rekabet teşkil etmeyecektir. Kanuni düzenlemeden ayrıldıkları

⁷⁵ Dikey anlaşmalar çerçevesinde kullanılan genel işlem şartlarının içerdiği bağlayıcı kayıtların, alıcı teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve TTK m. 55/1.f-2 kapsamında haksız rekabet sayılması yönünde bkz. YÜCE, Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, s. 197-200.

⁷⁶ Krş. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1185-1187; UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 405 vd.

veya sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı öngördükleri için dürüstlük ilkesini ihlal ettiği varsayılan genel işlem şartları, taraflar arasında müzakere ve kabul edilmişse, haksız rekabet olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁷. Zira rekabet şartlarının hüküm sürdüğü ürün veya hizmet piyasalarında, bilerek ve isteyerek, TTK m. 55/1.f’deki şartlara uygun borç yüklenen kimse, dürüstlük ilkesine aykırılık iddiasında bulunamayacaktır. Ancak bu sonucun kabulünde, genel işlem şartlarının tarafları ve tarafların sıfatı önemlidir. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmayan tüketici ve teşebbüslere karşı, müzakere ve kabul edilmemiş dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları, haksız rekabet sayılacaktır. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabi olan tacirin, genel işlem şartlarını müzakere ve kabul ettiği varsayılacaktır. Aksini ispat ederek bu yükümlülüğün gereklerinden kurtulmak mümkün görünmemektedir. Buna rağmen dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları haksız rekabet kabul edilmiş, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün uygulama alanı sınırlandırılmıştır⁷⁸.

Tedarik edenler ile müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları, haksız ve hukuka aykırıdır (TTK m. 54/2). Konusu, dürüst ve bozulmamış rekabet anlayışına aykırı genel işlem şartları haksız rekabet ve bu sebeple hükümsüz sayılacaktır. Bu yüzden kanunun, hukuka aykırı ve hükümsüz saydığı bir işlemde taciri, basiretli hareket etme yükümlülüğü sebebiyle sorumlu tutmak “hükümsüzlük” yaptırımının amacına ters düşecektir. Şu halde, adi iş - ticari iş ayırımı yapılmaksızın uygulama imkânı bulunan *haksız rekabet* (TTK m. 54/2; 55/1.f) hükümlerinden hareketle TBK’nın, yazılmamış sayılmaya ilişkin düzenlemesi (m. 21, 24) olmasaydı bile genel işlem şartlarının hükümsüz olduğu söylenebilecektir.

İşaret etmek gerekir ki “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” (TTK m. 55/1.f-1) genel işlem şartlarının, dürüstlük ilkesine aykırı kabul edilmesi isabetli değildir⁷⁹. Zira zayıf veya seçim hakkı sınırlı olanı mağdur edecek sonuç, tek başına tamamlayıcı veya yorumlayıcı kurallardan sapmak değil, sapmanın doğuracağı

⁷⁷ UZUNALLI’ya göre, taraflarca müzakere edilmiş genel işlem şartları, bireysel sözleşme şartı olarak değerlendirilmelidir (Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 405).

⁷⁸ Bkz. KARA, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, s. 728.

⁷⁹ 2011 yılındaki değişiklik ile “doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” şeklindeki bent, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m. 8’den, çıkartılmıştır. Bkz. YAĞCIOĞLU, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), s. 3074-3077.

hak ve borç dağılımındaki adaletsizliktir⁸⁰. Bu ihtimal ise TTK m. 55/1.f-2’de yasaklanmıştır.

Hükümlerin niteliği, adi iş - ticari iş ayırımının⁸¹ arz ettiği önem, TTK m. 55/1.f-1’in uygulanmasına ilişkin sorunlara yol açacaktır. Örneğin taraflar, sözleşme ile uygulanacak kapital (TBK m. 88/2) ve temerrüt faizi (TBK m. 120/2) oranını belirleyebilirler. Fakat bu oran, mevzuat (3095 sayılı Kanun) hükümlerine göre belirlenen oranın; kapital faizi için yüzde ellisini, temerrüt faizi için ise yüzde yüzünü aşamaz. Buna karşılık ticari işlerde taraflar, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı olmak üzere, faiz oranını istedikleri gibi belirleyebileceklerdir (TTK m. 8/1, 3). TTK’nın sözkonusu hükmü, özel hüküm niteliği taşıdığından, aslında emredici hüküm olan TBK m. 88/2 ve 120/2 ticari işlere uygulanamayacaktır⁸². Bu duruma göre, düzenleyenin öngördüğü yıllık yüzde yirmi⁸³ oranındaki temerrüt faizi, TBK m. 120/2’nin öngördüğü yasak sınırına çok yakındır ve doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılmıştır. Bu genel işlem şartını TTK m. 55/1.f-1 doğrultusunda haksız rekabet olarak kabul etmek, yine aynı kanunun özel düzenlemesini (m. 8, 9) görmezden gelmek olur ki doğru değildir.

Özel hukuk alanında taraflar, aralarındaki ilişkiyi, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla istedikleri gibi düzenleyebilir (TBK m. 26). TBK

⁸⁰ Krş. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 407, 408.

⁸¹ Ticari iş sayılmaya bağlanan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA (ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 93 vd.

⁸² “... (U)yuşmazlık ticari nitelikteki banka genel kredi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Yasa hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı TTK’nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağını kabulü gerekir” [Y. 19. HD, 1.7.2013, E. 2013/8556, K. 2013/12306, Kazancı İçtihat Bankası (18.08.2015)]. Aksi fikir için bkz. BURCUOĞLU, Haluk, “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 34; ALTOP, Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler, s. 16, 17.

⁸³ Ticari işlerle ilgili sözleşmelerde temerrüt faizi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı dikkate alınarak belirlenebilecektir (3095 sayılı K m. 2/2). 2014 Aralık ayı için uygulanan avans faiz oranı %10,50 olduğuna göre TBK m. 120/2 hükmü çerçevesinde tarafların kararlaştırabilecekleri azami miktar %21’dir.

ve TTK'daki hükümlerin çoğu, tamamlayıcı hükümdür ve taraflar pekâlâ sözkonusu hükümlerin aksini kararlaştırabilecektir⁸⁴. Aksi kararlaştırılan şartlar, emredici hükümlere aykırı ise hükümsüzdür. Kanunun tanıdığı bir hakkın kullanılması, kural olarak dürüstlük ilkesine aykırı değildir. Sözleşme ilişkilerinde de kişilerin, haklarını kullanırken salt kişisel menfaatlerle hareket etmemeleri, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarından ayrılma hakkını (inisiyatifini) kötüye kullanmamaları esastır (TMK m. 2)⁸⁵. Bir hakkın dürüstlük ilkesine aykırı kullanılması, hakkın kötüye kullanımınıdır. Hakkın kötüye kullanımı da dürüstlük ilkesine aykırıdır⁸⁶. Haksızlığın gerekçesi, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden sapma inisiyatifinin kullanılması değil, genel işlem şartları ile sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı öngörülmüş olmasıdır. Bu yüzden, “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden” önemli ölçüde değil bütünüyle sapılmış olsa bile, sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı sözkonusu olmadığı sürece hukuka aykırılıktan söz edilememelidir⁸⁷.

Nihayet, sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının müzakere ve kabul şartı aranmaksızın tek başına hukuka aykırı kabul edilmesi (TBK m. 21/2), genel işlem koşullarına, dürüstlük ilkesine aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte şartlar konulamaması yönündeki genel hükümler, TTK m. 55/1.f'deki bentlere göre daha açıktır. Bu yüzden özellikle tamamlayıcı hükümlerin aksini kararlaştırabilme imkânı karşısında, TTK m. 55/1.f-1'in, madde uygulamasına sağlayacağı katkı şüphelidir.

c) Haksız Rekabet Teşkil Etmeyen Genel İşlem Şartları

TBK m. 20 gerekçesinde, genel işlem şartlarının geçerlilik şartları, yaptırımları ve yorumlanmasına ilişkin kuralların, ayırım yapılmaksızın

⁸⁴ Ticari işlere uygulanacak hükümler şu sırayı izleyecektir:

1) Emredici hükümler, 2) Sözleşme hükümleri, 3) Tamamlayıcı ve yorumlayıcı ticari hükümler, 4) Ticari örf ve adetler ile teamüller, 5) Genel hükümler (TTK m. 1, 2; TMK m. 1/2). Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 189-198; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 90 vd; AYHAN; ÖZDAMAR; ÇAĞLAR, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 61-65.

⁸⁵ Yedek hukuk kurallarının, sürekli olarak bazı sözleşme türleri açısından adeta yürürlükten kaldırılmış olması, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir (ATAMER, Yeşim M., *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları*, İTO Yayınları, İstanbul 2001, s. 38, 39).

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012, s. 167 vd.

⁸⁷ Krş. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 408.

bütün sözleşmeleri içerecek şekilde ve emredici nitelikte düzenlenmesi zorunluluğuna işaret edilmiştir. Söz konusu açıklamanın devamında, Alman Medenî Kanunu (BGB 305 vd) düzenlemesine atfen bu hukuk sisteminde, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulama alanının “tüketici”lerle sınırlandırılmak istenmediğine vurgu yapılmıştır. Bütün bu açıklamalara rağmen tacirlerin, genel işlem şartlarının koruyucu imkânlarından yararlanması mümkün görünmemektedir. Her ne kadar genel işlem şartlarına ilişkin hükümler emredici nitelikte olsa ve emredici hükümler hangi kanunda yer alırsa alsın uygulama alanı bulsa da TTK, tacirler bakımından özel bir takım yükümlülükler getirmiştir. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TTK m. 18/2)⁸⁸; ücret ve ceza şartının indirilmesinin istenememesi (TTK m. 22); teselsül (TTK m. 7) ve ticari iş (TTK m. 19) karinesi; belirli ihbar veya ihtarların belirli şekillerde yapılması zorunluluğu (TTK m. 18/3); iflasa tabi olma (TTK m. 18/1); ücret (TTK m. 20), faiz (TTK m. 8-10), fatura ve teyit mektubuna (TTK m. 21) ilişkin özel sonuçlar gibi. Bütün bu hallerde, tacirler bu sıfatı taşımayan kimselere; ticari işler adi işlere karşı özel hatta ağır sonuçlara tabi tutulmuştur. TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin, tacirler bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı sorununu, bu özel durumları tartışmadan değerlendirmek, hatalı sonuçlara götürür.

“Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir” (TTK m. 182/3). Kamu düzeni ile ilgili olan hükmün emredici niteliğinde kuşku yoktur. Hâlbuki gerçek kişi tacirin hâkimden, ticari faaliyetleri sebebiyle, *genel işlem şartları çerçevesinde üstlendiği fahiş ceza şartını* indirmesini isteyebilmesi, kural olarak mümkün değildir⁸⁹. TTK m. 22 hükmü, bu yolu kapatmamış

⁸⁸ Bu yükümlülük hakkında bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 140-143; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 571, 572; KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 104-106; ÇEKER, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, s. 74-76; BİLGİLİ; DEMİRKAPI, Ticari İşletme Hukuku, s. 94, 95; KAYAR, Ticari İşletme Hukuku, s. 150-152; POROY; YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 152-155.

⁸⁹ “... (M)ahkemece cezai şartın davalının ekonomik yönden yıkımına neden olabileceği gerekçesi ile taahhütnamedeki cezai şart hükmünün geçersiz olduğu yolundaki gerekçesinde de isabet görülmemiştir. Zira, taraflar tacir olup, sözleşme imzalanırken basiretli davranıp, sözleşmede öngörülen edimlerin sonuçlarını düşünmek zorundadırlar. Sözleşme, tarafların adeta anayasası hükmündedir. Ahde vefa ilkesi gereğince taraflar sözleşme hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK’nun 24. maddesi uyarınca kural olarak tacir olan borçlu, cezai şartın fahiş olduğu gerekçesi ile indirim yapılmasını isteyemez. Ancak, karşılaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede fahiş olduğunun saptandığı hallerde cezai şarttan indirim yapılacağı Yargıtay’ca kabul edilmektedir. Ne var ki, böyle bir indirimle gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumunun uzman bir bilirkişiye incelettilerik yukarıda

olsaydı bile basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, aynı sonucun kabulünü gerektirecek idi⁹⁰. Tacir sıfatı ve ticari iş ile bağlantılı sonuçların önemli bir kısmının temelinde, bu yükümlülüğün varlığı söylenebilir⁹¹. Objektif bir özen ölçüsüne dayanan bu yükümlülük tacirin, ticari işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde ileri görüşlü, sezgili, tedbirli ve sağduyulu hareket etmesini gerektirir⁹². Tacir, taraf olacağı sözleşmeyi müzakere ve ifa ederken

belirtilen indirim koşullarının somut olay bakımından oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekmektedir” [Y. 19. HD, T. 16.1.2014; E. 2013/14851; K. 2014/1302, Kazancı İçtihat Bankası (03.02.2015)].

⁹⁰ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 146.

⁹¹ “Gecikme faizi, tarafların serbest iradeleriyle belirlenmiştir. Taraflar tacir olup, basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadırlar” [YHGK, T. 14.6.2006; E. 2006/19-347; K. 2006/377, Kazancı İçtihat Bankası (03.02.2015)].

⁹² Yüksek yargının, bu yükümlülüğü nasıl anladığını ve uyguladığını göstermesi bakımından birkaç karar aktarmakta fayda vardır:

“Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK.’nın 20-25. maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre “hak” yerine göre külfet” niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. madde 20/II). Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak, ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacirler tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınamazlar” [YHGK, 21.9.2011, E. 2011/19-500; K. 2011/550, Kazancı İçtihat Bankası (28.01.2015)].

“Davacı ... 2001 yılı Kasım ayında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle hükümetçe uygulanan çıpa sisteminin terk edilerek dövizin dalgalanmaya bırakılması sonucu dolar kurunun önceden tahmin edilemeyecek derecede yükseldiğini ileri sürerek, ... aylık kira bedelinin ... uyarlanmasını istemiştir.

...

TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülül bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir” [YHGK, 07.05.2003, E. 2003/13-332; K. 2003/340, Kazancı İçtihat Bankası (21.02.2015)].

“ Davacılar, davalının açtığı uyuğu tulumu ihalesini kazandıklarını, davalı ile sözleşme imzaladıklarını, ihale ilan tarihi ile ihale günü arasında çok kısa bir sürenin olması nedeniyle sözleşme eki teknik şartnameye göre üretim imkanı olup olmadığını araştıramadıklarını, ihaleden sonra uzun bir süre numune çalışması yapmalarına rağmen teknik şartnameye uygun olarak uyuğu tulumu yapılmasının mümkün olmadığını ve sözleşmenin ifasının imkansız olduğunu tespit ettiklerini, davalıdan sözleşmeyi revize etmesini istemelerine rağmen davalının aralarındaki sözleşmeyi fesh edip, yatırılan teminatı irat kaydettiğini ...

basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Bu doğrultuda tacirin, zorda kalma dışında, bilgisizliği veya tecrübesizliğini gerekçe göstererek TBK m. 28 hükmünden⁹³ yararlandırılması da düşünülemez⁹⁴. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, asli edim yükümlülükleri dışında, sözleşmede açıkça öngörülme bile bazı yan edim yükümlülüklerinin doğumuna yol açar⁹⁵. Tacirin; aleyhine, kendi durumunu ağırlaştırıcı, menfaatlerine aykırı (TBK m. 25, 21), açık ve anlaşılır olmayan (TBK m. 23) veya tek taraflı sözleşmeyi değiştirme yetkisi içeren (BK m. 24) genel işlem şartlarına karşı, tedbirli ve uyanık olması bir zorunluluktur. Öyleyse genel işlem şartlarına karşı uyanık ve öngörülü olması yükümlülüğü bulunan tacirin, TBK'nın sözkonusu şartlara karşı, özellikle zayıf olan tarafı koruma amacıyla sevk ettiği imkânlardan yararlandırılması, TTK m. 18/2 ile çelişecektir⁹⁶. Tacirin, ticari

irat kaydedilen ... teminatın ... tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. ...

Mahkemece, sözleşme eki teknik şartnamede öngörüldüğü şekilde uyku tulumu yapılmasının fiilen mümkün olmadığı, bu durumun B.K.nun 20. maddesi hükmüne aykırı olduğu ve sözleşmenin batıl olduğu gerekçe gösterilerek davanın kabulüne karar verilmiş(tir).

Davacı taraf, davalıya verdiği 21.11.2000 günlü teklif mektubunda teknik şartnamenin tüm maddelerini tek tek okuyup, kabul ettiğini, bu şartname hükümlerine uygun olarak uyku tulumu üreteceğini kabul etmiştir. Davacılar tacir olup, TTK 20/2 maddesi hükmünce ticaretlerine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadırlar. O nedenle ihaleden önce ihaleye konu uyku tulumlarının teknik şartnamede gösterilen CLO değerlerine göre imal edilip edilemeyeceğini tespit edip, sonucuna göre hareket etmeliydiler" [Y. 13. HD, T. 21.10.2003; E. 2003/7812; K. 2003/12369, Kazancı İçtihat Bankası (21.02.2015)].

⁹³ "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir".

⁹⁴ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 142.

⁹⁵ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 142.

⁹⁶ Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ve sonuçlarını tartışmaksızın, genel işlem şartlarının yazılmamış sayılmasına yönelik TBK hükümlerinin, tacirler bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz. BURCUOĞLU, Seminer: Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler, s. 33, 34; ATAMER, Yeşim M., "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 103 vd; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, s. 167, 168; AYDOĞDU, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER'e Armağan**, C. 8, 2013, s. 601, 602; UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümlerile Denetlenmesi, s. 411.

OĞUZMAN; ÖZ, TTK'ya tabi sözleşmeler bakımından TTK m. 55/f düzenlemesinin özel hüküm niteliği taşıdığı, boşluk bulunan durumlarda TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği

işletmesini ilgilendirmeyen faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Şu halde TBK'nın genel işlem şartlarıyla ilgili koruyucu hükümlerinden yararlanabilecek kimseler; ticari işletmesiyle ilgili faaliyetleri dışında tacirler, esnaflar, serbest meslek mensupları ve tüketicilerdir.

d) Büyük İşletmelere Karşı Küçük İşletmelerin (KOBİ) korunması

TTK belirli hallerde, taraflar arasındaki sözleşmenin genel işlem şartı olup olmamasına bakmaksızın alıcıları ve küçük işletmeleri⁹⁷, olağanüstü durumlarda sömürülmesine, mal veya hizmet tedarikinde para borcunun savsanmasına, geç ödeme dolayısıyla alacaklının uğrayacağı zarardan ve temerrüt faizinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran şartlara karşı korumuştur (m. 1530)⁹⁸.

En yüksek sınırı aşan işlemlerin (TTK m. 1530/1), temerrüt faizi ödenmesi yükümlülüğünü, gecikmiş ifa sebebiyle doğacak zarardan sorumluluğu (TTK m. 1530/6) kaldıran kayıtların hükümsüzlüğü; para borcunun geciktirilmesinde ihtara gerek kalmaksızın borçlunun temerrüde düşmüş sayılması (TTK m. 1530/2, 4, 5), bu durumlarda kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilmesi (TTK m. 1530/3)⁹⁹ imkânları genel işlem şartları ile bertaraf edilemez.

Mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan sözleşmelerde, hükümsüz sayılan kayıtlar sebebiyle doğacak boşluğun nasıl doldurulacağı da ayrıca

kanaatindedir (OĞUZMAN, M. Kemal; ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 2013, s. 165).

Diğer bir görüşe göre, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları kullanmayı haksız rekabet olarak kabul eden TTK m. 55/1.f hükmü, TBK'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engeldir. Bkz. ANTALYA, O. Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 2013, s. 299, 300.

⁹⁷ “Esas faaliyet konularından biri, varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş bir kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri”, küçük ve orta ölçekli olsalar dahi büyük sermaye şirketi sayılmaktadır (TTK m. 1523/2.b).

⁹⁸ Bkz. ATAMER, Yeşim M.; OKUTAN NİLSSON, Gül, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, **BATİDER**, C: XXIX, S. 3, 2013, Doç.Dr. Nurkut İnan'a Armağan Sayısı, s. 31-82.

⁹⁹ TTK m. 1530, borçlunun temerrüdü için ihtar yükümlülüğünü kaldıran (TBK m. 117/2) bir hükümdür. Bilindiği gibi temerrüde düşen borçlunun, sözleşmede kararlaştırılmasa bile temerrüt faizi ödemesi şarttır (TBK m. 120/1). Bu yüzden TTK m. 1530/3 hükmünü, borçlu, genel işlem şartları veya bireysel sözleşme ile temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünü kaldırmış olsa bile alacaklı faize hak kazanır şeklinde anlamak gerekir.

düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme ile öngörülen ödeme süresi, TTK m. 1530/5'te tespit edilen esaslara uygun değilse aynı maddenin 4. fıkrasındaki ilkelere göre belirlenecektir. Aynı şekilde gecikme faizi ödenmesini engelleyen veya kısıtlayan, geç ifa dolayısıyla ortaya çıkacak zarardan sorumluluğu kaldıran hükümlerin geçersiz sayılmasından doğacak boşluk, Merkez Bankası'nın her yıl ilan edeceği faiz oranları ile doldurulacaktır¹⁰⁰. Bu usul ile belirlenecek faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un öngördüğü ticari faiz oranından “en az yüzde sekiz”¹⁰¹ fazla olmalıdır (TTK m. 1530/7)¹⁰².

D. Genel İşlem Şartları Yoluyla Rekabet İhlalinin Sonuçları

1) Genel olarak

Taşıdığı riskler ve olumsuz yönler bir yana; tecrübe, tedbir ve profesyonel bilgi ile kaleme alınmış genel işlem şartları, taraflarına zaman, yaşanmış veya yaşanabilecek sorunlara karşı ihtiyatlı yaklaşım alışkanlığı ve sözleşme öncesi düşünme (değerlendirme) fırsatı kazandırır. Kural olarak, dürüst rekabet ilkesinin hüküm sürdüğü piyasalarda, genel işlem şartlarının tüketiciler dâhil taraflar için olumsuz bir etkisinden söz etmek güçtür. Ancak dürüst rekabet anlayışının hâkim olduğu piyasalarda bile ekonomik açıdan

¹⁰⁰ “Türk Ticaret Kanununun 1530 uncu maddesinin yedinci fıkrası uyarınca mal ve hizmet tedarikinde alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranı yıllık yüzde 11,50, alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarı 120,00 Türk lirası olarak tespit edilmiştir” [Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Tebliği (RG, 01.01.2015, s. 29223)].

¹⁰¹ Mehzaz 2011/7 sayılı AB Yönergesinin (ABRG 23.02.2011, L 48/1) belirlediği miktar, temerrüt faizinin “8 puan” fazlasıdır (m. 2/6). TTK m. 1530/7 hükmü bu miktarı, bilerek veya farkında olmaksızın, Yönerge anlayışından farklı bir şekilde, caydırıcılığı bulunmayan bir formül ile belirlemiştir. Merkez Bankasının, geç ödemelere ilişkin belirlediği temerrüt faiz oranı 2015 yılı için yıllık yüzde 11,50'dir. Ayrıca bkz. AYAN, Serkan, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel S., 2010, s. 783 vd; ÇAĞLAYAN, Pınar, “Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK md. 1530)”, **BATİDER**, C. 27, S. 2, 2011, s.173-243; ORBAY ORTAÇ, Nurdan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, s. 119-133.

¹⁰² Alacaklı küçük işletme, geç ödeme sebebiyle TTK m. 1530/7 çerçevesinde takdir edilen temerrüt faizinin karşılamadığı miktarda ayrıca –munzam- zarara uğramışsa, sözleşme ile yasaklanmış olsa bile aradaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir (TTK m. 1530/6). Ancak bu ihtimalde, alacaklının maruz kaldığı munzam zararı ispat etmesi ve borçlunun da temerrüde düşmekte bir kusuru bulunmadığını ispatlamamış olması şarttır (TBK m. 122).

zayıf olan tarafın, korunması ihtiyacı göz ardı edilemez¹⁰³.

Rekabet ihlalinin tabi olduğu yaptırımını, sözkonusu ihlali içeren genel işlem şartlarının taraflarını, amacını ve ihlalin, etkilerini doğurduğu veya doğuracağı coğrafi alanı (ülkemiz veya yurt dışı piyasaları) dikkate alarak araştırmak gerekecektir. Taraflarına veya amacına göre rekabet ihlali, iki veya daha fazla düzenlemenin kapsamına girebileceğinden, aynı ihlalin maruz kalacağı yaptırım çeşidi artabilecektir. Örneğin mağdurun tüketici olduğu bir rekabet ihlalinde TBK, TKHK, RKHK ve TTK yaptırımlarının ayrı ayrı uygulanması ihtimali gündeme gelebilecektir.

2) İhlalin RKHK'ya Göre Sonuçları

A) Genel olarak

Genel işlem şartlarının etkisi ve sonuçları, düzenleyenin ve karşı tarafın sıfatına göre üç gruba ayrılarak incelenmelidir. Bunlar, rakip teşebbüslerin aralarındaki işbirliği (RKHK m. 4) sebebiyle kullandıkları genel işlem koşulları, hâkim durumdaki teşebbüslerin (RKHK m. 6) kullandığı genel işlem koşulları ve bir teşebbüsün dikey ilişki (RKHK m. 4, 5) içinde rakip olmayan diğer bir teşebbüse karşı kullandığı genel işlem koşullarıdır¹⁰⁴. Bu sınıflandırma doğrultusunda incelenecek genel işlem koşullarının yol açacağı

¹⁰³ Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 215, 216.

¹⁰⁴ Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. ile akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında 2014 yılında uygulamaya başladığı tip sözleşmeye göre "... müşterilerin ürün çekişinin mücbir sebep halleri dışında, kendi kusurlarıyla aylık ürün tahsislerinin rafineri ve terminaller bazında %95 oranının altında kalması; eksik çekiş miktarının 50 tonun üzerinde olması ve bu eksik çekiş miktarının bir sonraki aya aktarılmaması halinde eksik çekilen ton başına ek ödeme yükümlülüğü" doğacaktır.

"Taahhüdüne aykırı hareket eden müşterilere ek ödeme yükümlülüğü sayesinde elde edilecek arzın ve üretimin devamlılığının sağlanması ve arzı artıracak yatırımların geri kazanılması gibi faydalar dikkate alındığında, ilgili tedbirin daha hafif ve daha orantılı olduğu, ... ifade edilmektedir.

Bahse konu Satış Uygulamaları'nda, daha önce Kurulumuzun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararında ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaştığı türden uygulamalara sebebiyet verebilecek diğer hususlara da yer verilmediği dikkate alındığında, mevcut haliyle menfi tespit talebine konu TÜPRAŞ Akaryakıt Satış Uygulamaları'nın, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı bir yönünün bulunmadığı kanaatine varılmıştır".

Ancak "karşı oy" yazısının, genel işlem şartları bakımından önem taşıyan şu tespitini göz ardı etmek mümkün değildir: "TÜPRAŞ ile dağıtıcılar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin netleştirilmesinin ve denkleştirilmesinin gerektiği, yapılan sözleşmelerde satıcının olduğu gibi alıcının da haklarının açıkça yer almasının ve bunların eşitlenmesinin zaruri bir durum olduğu" kabul edilmelidir [Rekabet Kurulu kararı (RKK), 22.10.2014, DS. 2014-1-80, KS. 14-42/760-336)]. Kurul kararları, Kurumun <http://www.rekabet.gov.tr> adresinden temin edilebilir.

rekabet ihlalleri, RKHK’da ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Teşebbüslerin, aralarında iş birliği yaparak belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte genel işlem şartları kullanmaları yasaktır (RKHK m. 4/1). Teşebbüs birliklerinin, üyelerini rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içeren yeknesak genel işlem şartları kullanmaya teşvik etmesi veya zorlaması da aynı sonuca tabidir¹⁰⁵. Kanunda “özellikle” ibaresiyle ifade edilen ve sınırlı sayıda olmayan rekabet ihlalleri¹⁰⁶, genel işlem şartlarına konu olabilecektir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği (FKB) üyelik şartları ve mesleki etik ilkelerine göre üyeler (finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri) pazar gelişmelerinin takip edilmesi ve endüstri büyüklükleri hakkında bilgi ve veri birikimi oluşturmak amacıyla belirli periyotlarda paylaşmak zorundadır (m. 5). “FKB tarafından toplanan verilerin üye bazında paylaşılmasının -il, müşteri grubu, sektör ve işleme konu mal grubu esas alınarak toplanacak verilerin firma bazında paylaşılmaması şartı ile- 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (d) bendinde belirtilen koşulu sağlayacağı değerlendirilmektedir” (RKK, 01.10.2014, DS. 2014-4-28, KS. 14-37/715-320).

Ayrıca bkz. ÖZDEN, Mehmet, **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, s. 57 vd.

Teşebbüs birliğinin, üyelerinin kullanması için kabul ettiği genel işlem şartlarının da haksız rekabet olarak nitelendirileceği yönünde bkz. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 406.

¹⁰⁶ “a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi” (RKHK m. 4/2).

¹⁰⁷ “Mey İçki tarafından nihai satış noktalarıyla imzalanmak üzere hazırlanan ... “Tip Sözleşmelerin” ... 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamına gireceği ve bu nedenle menfi tespit belgesi verilemeyeceği, asgari alım şartına bağlı bedelsiz ürün, indirim gibi uygulamaları içermesi sebebiyle muafiyetin geri alınmasına dair 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Kurul kararı da dikkate alınarak aynı Kanun’un 5. maddesinde sayılan muafiyet koşullarıyla bağdaşmaz etkilere sahip olduğundan anılan sözleşmeye bireysel

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, konumunu kötüye kullanarak, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırması, piyasaya girmek isteyen yeni teşebbüsleri engellemesi, tüketiciler dâhil alıcıları sömürmesi mümkündür. Tek başına veya aralarındaki uzlaşma sonucu hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki gücünü/güçlerini genel işlem şartları ile kötüye kullanması/kullanmaları yasaktır (RKHK m. 6/1). Özellikle ibaresiyle vurgulanan örnek kötüye kullanma halleri¹⁰⁸, pekâlâ genel işlem şartları yoluyla uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁹.

muafiyet tanınamayacağı değerlendirilmiştir” (RKK, 12.06.2014, DS. 2012-3-001, KS. 14-21/410-178).

¹⁰⁸ “a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması” (RKHK m. 6/2).

¹⁰⁹ Mey İçki'nin nihai satış noktalarıyla imzalanmak üzere hazırladığı tip sözleşmelerle “satış noktalarına baskı yaparak rakip ürünlerin satışını engellediği, kendi ürünleri lehine münhasırlık uyguladığı ve bu şekilde 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiği iddia edilerek, Mey İçki hakkında soruşturma açılması ve 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesi uyarınca geçici tedbir kararı alınması talep edilmiştir. ...

Mey İçki'nin geleneksel kanaldaki kapalı satış noktaları ve yerinde satış noktalarına çeşitli isimler altında verdiği indirimler ve peşin ödemeler ile rakiplerin satış noktasında görünürlüğünü sınırlamaya yönelik uygulamalarının, rakiplerin rakı pazarının önemli bir bölümüne erişiminin sınırlanması amacını taşıdığı ve etkisini doğurduğu anlaşılmıştır. ...

2-Mey İçki San. ve Tic. A.Ş.’nin rakı pazarında hakim durumda bulunduğuna ...,

3-Mey İçki San. ve Tic. A.Ş.’nin rakiplerinin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırma amacı ve etkisi taşıyan uygulamalar ile hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiğine ... karar verilmiştir” (RKK, 12.06.2014, DS. 2012-3-001, KS. 14-21/410-178).

“TÜPRAŞ’ın her mali yıl öncesinde dağıtım şirketlerine gönderdiği ... yıllık satışlara ilişkin yazılara değinmek gerekmektedir. Bu uygulama kapsamında dağıtım şirketlerinin iletecekleri yıllık tahsisat taleplerine uygulanacak vade, vade farkı, prim ve iskonto gibi hususların TÜPRAŞ tarafından belirlenerek dağıtım şirketlerine bildirildiği, dağıtım şirketlerinin ise kayda değer bir pazarlık imkânının olmadığı görülmektedir Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.’nin fiyatlandırma ve sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığına, bu suretle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini

Mal veya hizmetlerin üretiminden tüketiciye ulaştırılmasına kadar uzanan zincirin, her bir parçasında rol alan işletmelerin teşebbüs niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Mal veya hizmet satan ya da sunan teşebbüsün, özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması önemli değildir. TBK m. 20 gerekçesinde girişimci olarak ifade edilen teşebbüslerin, rakipleriyle yaptıkları rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yatay anlaşmalar veya sağlayıcı ya da dağıtıcıları ile yaptıkları dikey anlaşmalar, genel işlem şartları içerse de içermese de RKKH'nın uygulama alanına girer.

Uygulama bakımından önem taşıyan sorunlardan birisi üretici, satıcı veya sağlayıcı teşebbüslerin, daha zayıf konumdaki alıcı ya da dağıtıcılarına (tek satıcı, acente, franchising alan) aynı zamanda genel işlem şartları içeren dikey anlaşmalarla, faaliyetlerini zorlaştırıcı, maliyet ve kâr marjlarıyla ilgili ağır katlanma yükümlülüğü öngören yahut ayırimcılık (eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartlar uygulanması) kapsamına girebilecek şartlar ileri sürdükleri bilinmektedir¹¹⁰. Özellikle toptan ve

ihlal ettiğine ... karar verilmiştir” (RKK, 17.01.2014, DS. 2012-1-67(2), KS. 14-03/60-24).

¹¹⁰ “Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. ile bağımsız işletmeciler arasında imzalanan İşletme Lisans Sözleşmesi ve bu sözleşmenin eki mahiyetindeki sözleşme ve bu sözleşmeyle bağlantılı diğer uygulamalara; franchise alan teşebbüsün, Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. tarafından onaylanan ürünleri satma zorunluluğu bulunmasının yanı sıra, rekabet etmeme ve gizliliğe ilişkin yükümlülükler içermesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığına ... karar verilmiştir” (RKK, 11.07.2013, DS. 2013-4-12, KS. 13-44/560-254).

“Antis ile muhtemel yetkili dağıtıcıları arasında akdedilecek olan “yetkili dağıtıcılık sözleşmesi” (Sözleşme) tip sözleşme olarak hazırlanmıştır. ...

Sözleşme çerçevesinde Antis, dağıtıcıları bazı nitel kriterler çerçevesinde belirleyecektir. Bu kapsamda satış yerinin konumu ve iç yerleşim durumu yetkili dağıtıcı olabilmek açısından belirleyici olacaktır. Antis satış yerinin belirlenen şartlara uygun olmaması halinde bayilik vermeme hakkına sahiptir. ...

Sözleşmenin “Satışlar” başlıklı 3. maddesinde yetkili dağıtıcının satış yapabileceği müşterilere bazı kısıtlamalar getirilmektedir. Yetkili dağıtıcı Antis'ten aldığı ürünleri Türkiye pazarında, perakende olarak, sözleşmedeki satış yerinde satmayı ve profesyonel ürünleri kendi kabininde kullanmayı ve dolayısıyla bu ürünleri hiçbir şekilde (Antis tarafından yetkili dağıtıcı sıfatı ile yetkilendirilmemiş) hiçbir topluluğa, toptancıya, perakendeciye, yerli ve yabancı tüccara satmamayı taahhüt etmektedir. ...

Antis'in tayin ettiği yetkili dağıtıcı, menşei Antis olmayan ürünleri işletmesinde teşhir etmemeyi ve satmamayı taahhüt etmektedir. Sözleşmeye göre ayrıca ürün kullanımından beklenen sonucun alınabilmesi ve tüketicinin doğru ürüne yönlendirilebilmesi açısından yetkili dağıtıcı, Antis'in yazılı izni olmadan internet üzerinden satış yapamayacaktır. Bayi olmadığı halde internet üzerinden satış yapan noktalar için ayrıca yasal işlem yapılacağı da hükme bağlanmıştır. ...

1) Antis Kozmetik ve Ticaret Ürünleri A.Ş. ile muhtelif dağıtıcılar arasında imzalanan “Yetkili Dağıtıcılık Sözleşmesi”ne ve diğer bayilerle imzalanacak aynı hükümleri içeren tip sözleşmelere, marka içi rekabeti kısıtlaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi

perakende sektöründeki kira, raf veya mağaza açılışı ücretleri gibi genel işlem şartları çerçevesinde öngörülen yüksek bedeller, bağlayıcı kayıtlar¹¹¹, tedarik ve perakende pazarında dışlayıcı etki yaratabilecektir. Genel işlem şartları içeren yatay veya dikey anlaşmalarla (RKHK m. 4) ya da hâkim durumun kötüye kullanılmasıyla rekabetin kısıtlanmasına yol açacak bilumum davranışlar tereddütsüz yasaktır¹¹². Rekabet Kurumu'nun, genel işlem şartlarıyla dikte edilen rekabet ihlallerine karşı tedarikçi, alıcı veya dağıtıcı sıfatını taşıyan, küçük ve zayıf teşebbüslerin korunması amacıyla yönelik özel bir düzenleme (tebliğ) yapması veya dikey anlaşmalar hakkında tebliği¹¹³ ıslah etmesi zorunludur. Her halükarda dikey ilişkinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları ile dürüstlük ilkesine aykırı düşecek hak ve borç dağılımı öngören genel işlem şartları rekabet ihlali olarak kabul edilmelidir. Hâkim durumda olmamakla birlikte güçlü konumdaki teşebbüslere karşı zayıf teşebbüslerin korunması, Rekabet Kurumu'nun bu alanda üstleneceği role bağlıdır.

Kanun, rekabet ihlallerine karşı iki tür yaptırım kabul etmiştir. Bunlar, hukuki ve idari yaptırımlardır.

b) Hukuki Yaptırım

aa) Genel İşlem Şartlarının Hükümsüzlüğü

Kanunun 4 ve 6. maddesi kapsamına girebilecek yasakları içeren genel işlem şartları hükümsüzdür (RKHK m. 56). Hükümsüzlük sebebinin genel işlem şartlarının bir bölümünü etkilediği, fakat diğer bölümlerini etkilemediği hallerde, kısmi hükümsüzlükten bahsedilecektir. Genel işlem şartlarından

kapsamında menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,

2) Bildirim konusu sözleşmelerin, yetkili dağıtıcıların Dermalogica markasının profesyonel serisine ait ürünlerin satışını ve tüm ürün gruplarında internet üzerinden satışlarını kısıtlaması nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığına, ... karar verilmiştir" (RKK, 24.10.2013, DS. 2013-3-59, KS. 13-59/831-353).

¹¹¹ Bağlayıcı kayıtlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku, s. 113-154; TOPÇUOĞLU, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, s. 119-121, 198-203.

¹¹² Yerel üreticilerin, çoğu yabancı sermayeli zincir marketlerin listeleme, raf, teşhir, mağaza açılışı, ciro primi, raf personeli, aydınlatma gideri, promosyona katılım bedeli, üreticinin eşit fiyat politikasının hiçe sayılması ve haksız rekabet oluşturan raf fiyatları gibi eleştirilerini içeren Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektörü Raporu (p. 183-194) için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%25c3%25b6r%2BRaporu%2Fsektorrapor7.pdf> (20.08.2015).

¹¹³ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (RG, 14.07.2002, S. 24815).

bir kısmının hükümsüz olması, diğer şartların geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak genel işlem şartlarına mahsus olmak üzere, hükümsüz şartlar bulunmadığı takdirde, sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılrsa bile sözleşme tamamıyla hükümsüz kabul edilmeyecek (TBK m. 27/2), sözkonusu şartlar yazılmamış sayılmakla yetinilecektir (TBK m. 22). Kısmi hükümsüzlüğün kabulü, işlemdaki sakatlığın sadece bir kısma inhisar ettiği ve diğer kısmı muteber tutmak, tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü ölçüde mümkün olacaktır¹¹⁴. Fakat hükümsüz addedilen kısım olmadıkça, ilgili tarafların anlaşma yapmayacakları hal ve şartlardan anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamen hükümsüz sayılacaktır.

RKHK kısmi hükümsüzlük durumunu düzenlemediğinden, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 27/2 mi yoksa genel işlem şartları bakımından konuyu özel olarak düzenleyen aynı kanunun 22. maddesi hükmünün mü uygulama alanı bulacağı sorusu tartışmaya açıktır. Bu arada TKHK'nın genel işlem şartlarına ilişkin m. 5/2 hükmünün, ifade farklılığı olmakla birlikte, TBK m. 22'ye paralel düzenlendiğini hatırlatmak gerekir.

Uygulanacak hüküm farklılığı, sonuçları bütünüyle değiştireceğinden konunun açıklığa kavuşturulması zorunludur. Düzenleyen tacir ise basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabidir. Tacir, tek taraflı olarak hazırladığı genel işlem şartlarının lehine ve aleyhine doğuracağı sonuçları bilir, bilmesi gerekir; düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden söz edilemez. Düzenleyen tacir sıfatını taşımasa da aynı sonuca varmak gerekir. Önceden ve tek taraflı olarak hazırladığı genel işlem şartlarına hükümsüz kayıtlar koyan kimseyi, hukuka aykırı davranışından dolayı korumaya ihtiyaç olmamalıdır. Şu halde düzenleyen, tacir olsun veya olmasın, hal ve şartlara göre genel işlem şartlarının bütünüyle hükümsüz olduğu iddiasına dayanamayacaktır (TBK m. 22). Sadece hükümsüz olan kısım ayıklanarak genel işlem şartları ayakta tutulacaktır.

Genel işlem şartlarından çıkartılan kısımların doğurduğu boşluk, yazılmamış sayılan koşulların niteliğine göre doldurulacak veya sözleşmenin geçersizliği ihtimali gündeme gelecektir. Bu hususa aşağıda, “ihlalin TBK'ya göre sonuçları” başlığı altında değinilecektir.

bb) Tazminat

Rekabet düzenini ihlal eden davranışlar, rakip teşebbüsler başta olmak üzere üretim ve dağıtım zincirinde yer alan teşebbüsler ile tüketicilere zarar

¹¹⁴ Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 54 vd; ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, s. 186, 187.

verir. Belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti, genel işlem şartları yoluyla kısıtlayan veya bertaraf eden teşebbüsler (düzenleyen), kusurlu davranışlarıyla sebep oldukları bütün zararları gidermekle yükümlüdür (RKHK m. 57).

Kanuna aykırı genel işlem şartı kullanan *kusurlu* teşebbüs veya teşebbüslerden, taraf ya da rakip teşebbüslerin yahut tüketicilerin tazminat isteyebilmeleri, bu yüzden bir zarara uğramış olmalarına bağlıdır. Mağdur teşebbüs ve tüketiciler, bütün zararlarının tazminini, genel işlem şartlarıyla rekabeti kısıtlayan teşebbüs veya teşebbüslerden talep edebilir. Zararın kapsamına, bu kimselerin malvarlığında meydana gelen azalma (fiili zarar) ile yoksun kaldıkları kâr kaybı¹¹⁵ girer. Mağdur teşebbüs ve tüketiciler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı, zarar olarak talep edebilirler (RKHK m. 58/1). Her türlü zararın tazmini gerektiğinden, mağdur teşebbüs ve tüketiciler, maddi zararları dışında varsa manevi zararlarının giderimini de isteyebilecektir¹¹⁶.

RKHK, ayrıca rekabet ihlallerine karşı caydırıcı olması için “üç kat tazminat” sistemini kabul etmiştir. Mağdur teşebbüs veya tüketicilerin talebi üzerine hâkim, ortaya çıkan zarar, tarafların kastı (anlaşma veya karar) ya da ağır ihmalden kaynaklanıyorsa, uğranılan maddi zararın yahut zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir (RKHK m. 58/2). Görüldüğü gibi taraflar, kasten veya ağır ihmal yolu ile rekabeti kısıtlayarak zarar vermişse mağdur teşebbüs ve tüketiciler, maruz kaldıkları zararları sınırlı tazminat ya da üç kat tazminat hakkından birini kullanabilecektir¹¹⁷.

Hangi kanunda düzenlenirse düzenlensin, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler, niteliğine bakılmaksızın “tüketici işlemi”¹¹⁸ sayılacak,

¹¹⁵ Mağdur teşebbüslerin elde etmeyi umdukları kâr miktarının hesabında, sadece geçmiş yıllara ait bilançoları (RKHK m. 58/1) değil, failin yasak faaliyetler sonucunda elde ettiği kazanç ile piyasadaki rekabet şartları da dikkate alınmalıdır. Bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu** (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 32 vd.

¹¹⁶ Bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 303, 304.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, s. 5 vd.

¹¹⁸ Tüketici işlemi, “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki

TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TKHK m. 83/2). Sadece tüketici işlemlerinden değil "tüketiciye yönelik uygulamalardan" doğacak uyuşmazlıklarda da tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK m. 73/1). Tüketicilerin, genel işlem şartlarının yol açtığı rekabet ihlalleri sebebiyle açacakları tazminat davalarında görevli mahkeme, tüketici mahkemeleridir¹¹⁹.

c) İdari yaptırım

Genel işlem şartları ile rekabeti kısıtlayan veya bozan teşebbüsler ile ihlalde belirleyici etkisi olan teşebbüs yöneticileri ya da çalışanlar, bu sonuca yol açan davranışlarında, kusurlarının bulunup bulunmamasına bakılmaksızın para cezaları ile cezalandırılacaklardır (RKHK m. 16, 17). Ancak teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı, kusurun derecesi (kast veya ihmal)¹²⁰, ihlalin tekerrürü ve süresi gibi unsurlar, tatbik edilecek cezaların miktarında farklılığa yol açar (RKHK m. 16/5). RKHK'nın 16 ve 17. maddelerinde yer alan para cezaları, idari para cezasıdır.

Durdurma, düzeltme ve eski hale getirme gibi önlemler, genel anlamda mahkemelerin yetki alanına girmesine rağmen Kanun, rekabet ihlallerinin durdurulması, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için gerekli önlemlerin alınmasında idari yapı içerisinde yer alan Rekabet Kurulunu yetkili kılmıştır (RKHK m. 9). Dolayısıyla Kurul kararları aleyhine idari yargı yoluna başvurulabilecektir (m. 55/1).

işlemi" ifade eder (TKHK m. 3/1.1).

¹¹⁹ Aksi fikir için bkz. NARBAY, Şafak; KESİCİ, Buğra, "Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine "Kısa Bir Değerlendirme", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 224-233. Yazarlar konuyla ilgili şu açıklamayı yapmaktadır: "... (i)lgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsten aşırı fiyatlandırma (excessive pricing) yoluyla mal satın alan bir tüketicinin uğramış olduğu fiili zarar (overcharge injuries) dolayısıyla açacağı davanın asliye hukuk mahkemesi nezdinde görülmesi gerekir. Burada ilk önce, hukukî işlem kavramı bakımından meseleye netlik kazandırılması gerekir. Bir kere, aşırı fiyatlandırma şeklindeki uygulamalarda, eylemin kaynağı, bir hukukî işlem değil bizzat haksız fiilin kendisidir. Tüketici mahkemelerinin görev alanı bakımından da belirleyici olan nokta burasıdır. Diğer taraftan, alıcının, tüketici sıfatıyla giriştiği hukukî işlem her ne kadar satım sözleşmesi olarak nitelendirilse de aşırı fiyatlandırma şeklindeki eylemin mahiyeti itibariyle bir haksız fiil olması karşısında, tüketici işlemi ile doğrudan irtibatı bulunmadığından, tüketici mahkemelerinin görevli olduğundan söz edilemeyecektir" (s. 228).

¹²⁰ Kabahatler Kanunu (RG, 31.03.2005, S. 25772 Mük.), m. 17/2.

Genel işlem şartları ile rekabeti kısıtlayan veya bozan teşebbüsler ile ihlalde belirleyici etkisi olan teşebbüs yöneticileri ya da çalışanlar, bu sonuca yol açan davranışlarında, kusurlarının bulunup bulunmamasına bakılmaksızın para cezaları ile cezalandırılacaklardır (RKHK m. 16, 17). Ancak teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı, kusurun derecesi (kast veya ihmal)¹²¹, ihlalin tekerrürü ve süresi gibi unsurlar, tatbik edilecek cezaların miktarında farklılığa yol açar (RKHK m. 16/5). RKHK'nın 16 ve 17. maddelerinde yer alan para cezaları, idari para cezasıdır.

3) İhlalin İHRÖK'na Göre Sonuçları

A) Genel olarak

Uluslararası ticaret, standart terimler (INCOTERMS)¹²² ve genel işlem şartları (tip sözleşmeler) ile yürütülmektedir. İHRÖK, dampingli veya sübvanseli ürün ithalatının yol açabileceği risk ve zararları, ek vergi ödeme yükümlülüğü öngörerek telafi etmek istemiştir. “Yapılan soruşturma sonucunda Kurul tarafından belirlenen ve Bakanlıkça onaylanan damping marjı veya sübvansiyon miktarı kadar dampinge konu malın ithalinde dampinge karşı vergi, sübvansiyona konu malın ithalinde ise telafi edici vergi” alınacaktır (m. 7). Böylece ürün fiyatları, rekabet edilebilir seviyeye yükselecek, rakip teşebbüsler zarar görmeyecektir. Fakat dampingli veya sübvansiyonlu ithalata karşı soruşturma açılmaması, soruşturma sürecinin uzaması ya da telafi edici vergilerin geçmişe dönük en fazla doksan gün süreyle sınırlı uygulanması (İHRÖK m. 7/2) gibi durumlarda, yerli teşebbüsler zarara uğrayacaktır. Damping veya sübvansiyon konusu ithalattan maddi zarar gören veya zarar tehdidi altında bulunan kimselere şikâyet hakkı tanıyan İHRÖK (m. 4), bu kimselerin maruz kaldıkları zararın nasıl telafi edileceğini düzenlememiştir.

b) Hukuki Yaptırım

a- İthalatçı Teşebbüs

Kural olarak, taraf olduğu genel işlem şartları ile dampingli veya sübvanseli ürün ithal eden teşebbüsün, yabancı teşebbüse karşı TBK (m. 20-25) ve RKHK'nın (m. 4-6) koruyucu hükümlerinden yararlandırılması

¹²¹ Kabahatler Kanunu (RG, 31.03.2005, S. 25772 Mük.), m. 17/2.

¹²² Bkz. ÖZKAN, Ömer, “INCOTERMS 2010 ile Getirilen Yenilikler”, *Akademik Bakış Dergisi*, 2012, S.: 31, s. 1-15; YILMAZ, Mutlu; ÖZKEN, Ahmet; ŞAHİN, Necmettin, “INCOTERMS 2000 ve 2010'un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler”, *Journal of Yasar University*, 2011, 23, (6), s. 3814-3825.

düşünülemez. Ürün ithalatı yapan teşebbüsün (tacirin), ithalat mevzuatını bilmemesi mazur karşılanamaz¹²³. Ancak ithalatçının, ürünün menşei veya maliyeti konusunda yanılması veya sözleşmenin, işin niteliğine yabancı koşullar içermesi durumlarında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹²⁴ esaslarına (m. 32, 24)¹²⁵ göre TBK (20-25, 36) hükümlerinden yararlanması mümkün olmalıdır.

b- İthalatçı Dışındaki Teşebbüsler

RKHK, ülkemiz dışından gerçekleştirilen rekabet ihlallerine de uygulanabilecektir (m. 2). Belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki dumpingli veya sübvanseli ürün ticaretinin rekabeti kısıtlayacağı hatta bertaraf edeceği kuşkusuzdur. Bu yüzden hâkim durumdaki bir teşebbüsün (RKHK m. 6) veya iki ya da daha fazla sayıdaki teşebbüsün aralarında anlaşarak (RKHK m. 4) genel işlem şartları ile dumpingli yahut sübvanseli ürün ithalatı yasaktır. Bu ithalattan zarar gören teşebbüsler, maruz kaldıkları zararların giderilmesini talep edebilecektir. Türk mahkemelerinden alınan tazminat kararının tanınması ve tenfizi süreci, MÖHUK ilkeleri çerçevesinde tamamlanacaktır.

Hâkim durumda bulunmayan bir yabancı teşebbüsün, dumpingli veya sübvanseli ürün ithalatı, rekabeti bozsa da RKHK kapsamına girmeyecektir. TTK m. 55'teki örnek haksız rekabet halleri arasında bulunmamakla birlikte maliyetinin altındaki fiyatlarla (dumpingli veya sübvanseli) ürün satışının, ülkemizdeki piyasa katılanlarının menfaatini, dürüst ve bozulmamış rekabet ilkesini ihlal ettiği kuşkusuzdur. “İthalat Rejimi Kararı”nda¹²⁶ sayılan gerekçeler dışında, malların ithali serbesttir. Bu anlamda telafi edici tedbirler uygulanması, dumpingli veya sübvanseli ürünün ithalatını engellemektedir (İHRÖK m. 13/2). Telafi edici vergi uygulanmaması veya geç uygulanması¹²⁷,

¹²³ “Uluslararası ticaret yapan firmanın Türk kambiyo mevzuatını bildiğinin kabul edileceği” Y. HGK, T. 16.2.1983; E. 1981/11-440; K. 1983/133 [Kazancı İçtihat Programı (26.10.2015)].

¹²⁴ RG, 12.12.207, S. 26728.

¹²⁵ Bkz. PERÇİN, Gizem Ersen, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında “Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği”, **MHB**, Y.: 28, S.: 1-2, 2008, s. 51-63; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, Y. 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88.

¹²⁶ “Kamu ahlakı, kamu düzeni veya kamu güvenliği; insan, hayvan ve bitki sağlığının korunması veya sınai ve ticari mülkiyetin korunması amaçlarıyla ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde alınan önlemlerin kapsamı dışındaki malların ithali serbesttir”, 1995-7606 sayılı BKK (RG, 31.12.1995, S. 22510 Mük.), m. 5.

¹²⁷ Geriye dönük geçici önlem uygulaması 90 günü aşamaz (İHRÖK m. 7/2).

dampinge karşı önlemlerin etkisiz bırakılması¹²⁸ gibi sebeplerle ülkemizdeki teşebbüslerin zarara uğraması mümkündür. Bu durumlarda mağdur teşebbüslerin, TTK m. 56 çerçevesindeki haklarını kullanmasına engel bulunmamaktadır¹²⁹. Bu durumda mağdur teşebbüsler, haksız rekabete yol açan dampedingli veya sübvanseli ürün ithalatının durdurulmasını, ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesini ve maruz kaldıkları zararların telafisini isteyebileceklerdir (TTK m. 56/1)¹³⁰.

Uluslararası anlaşmalar, dampedingli veya sübvanseli ürün ithalinden, yerli teşebbüslerin zarara uğramaması için tedbir olarak, telafi edici vergi uygulaması imkânını kabul etmiş ve bu yükümlülüğü taraf ülkelere yüklemiştir. Yetkili makamların özensizliği veya ihmali sebebiyle doğan zararlardan bizatihi ülkenin yetkili organları sorumlu olmalıdır. Ancak İHRÖK'te idari yaptırım olarak kabul edilen telafi edici vergiler dışında, haksız rekabet davası açma hakkı tanıyan bir hüküm bulunmadığı gibi bu hakkı açıkça yasaklayan bir hükme de yer verilmemiştir. Dolayısıyla DTÖ anlaşması gereği, *yasak sübvansiyonlar* dışındaki sübvansiyonlardan (tedbir alınabilen ve tedbir alınmasını gerektirmeyen) doğacak zararla ilgili açılacak haksız rekabet davaları ve tazminat kararları sebebiyle ülkemizin uluslararası sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹³¹.

c) İdari Yaptırım

Damping veya sübvansiyon konusu malların ülkemize ithali, sözkonusu ürünlerle aynı piyasada faaliyet gösteren yerli teşebbüslerin zarara uğramasına veya bir üretim dalının kurulmasının gecikmesine, zorlaştırılmasına hatta engellenmesine yol açabilir. Bu sebeple dampeding marjı veya sübvansiyon

¹²⁸ Bunlar, ithalatta önlem konusu maddenin gümrük değerinin düşük, tarife pozisyonunun yanlış, menşinin gerçeğe aykırı gösterilmesi, ürün üzerinde küçük değişikliklere gidilmesi veya ürünün özellikleri geliştirilerek farklı bir tarife pozisyonundan ithalat yapılması, ürünün demonte olarak ithal edilip montajının Türkiye'de gerçekleştirilmesi ya da ürünün montajının üçüncü bir ülkede yapılarak Türkiye'ye ihraç edilmesi yahut nihai ürünün üçüncü ülke menşeli beyan edilmesi gibi sebeplerdir. Bkz. GÜNER, Sedat, "Dampinge Karşı Vergi Uygulamasına Bir Bakış", **Gümrük Dünyası Dergisi**, S. 49 [http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/49/icindekiler.html (04.08.2015)].

¹²⁹ Bkz. DİRİKKAN, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, s. 271 vd; YILMAZ, Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Açısından Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbir Soruşturması, s. 329, 330. Krş. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1205.

¹³⁰ Ayrıca bkz. DİRİKKAN, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, s. 272; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 321.

¹³¹ Ayrıca bkz. YILMAZ, Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Açısından Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbir Soruşturması, s. 345 vd.

miktarı kadar dampainge konu malın ithalinde, dampainge karşı vergi; sübvansiyona konu malın ithalinde ise telafi edici vergi uygulanacaktır (İHRÖK m. 7). Dampingli veya sübvanseli ithalattan zarar gören ya da zarar görme tehlikesi bulunan yahut bu tür ithalatın bir üretim dalının kurulmasını fiziki olarak geciktirdiğini iddia eden üreticiler ile bu üretim dalı adına hareket eden gerçek veya tüzelkişiler, şikâyet hakkına sahiptir (İHRÖK m. 4).

Damping veya sübvansiyona karşı vergi ya da telafi edici verginin tescili, tahakkuku, tahsili, geri verilmesi, takibi ve teminata bağlanması işlemlerinde gümrük idareleri yetkilidir. Ödenmeyen vergiler gümrük idarelerince, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir (İHRÖK m. 15).

4) İhlalin TBK'ya Göre Sonuçları

a- Yazılmamış Sayılma

Karşı tarafın menfaatlerine aykırı ve öğrenme imkânı bulunmayan (TBK m. 21/1), tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren (TBK m. 24), sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı (TBK m. 21/2) genel işlem şartları yazılmamış sayılır. Ayrıca genel işlem şartlarına, dürüstlük ilkesine aykırı, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (TBK m. 25)¹³². Öyleyse karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıran ve dürüstlük ilkesine aykırı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılmalıdır¹³³.

“Yazılmamış sayılma”, yeni bir yaptırım türü olmamakla birlikte Borçlar Hukukumuz bakımından yeni bir terimdir¹³⁴. TTK'da bu yaptırım hali ile ilgili azımsanamayacak kadar örnek vardır¹³⁵.

¹³²Bu hükümlerle sözleşme hürriyetinin sınırlandırıldığı yönünde bkz. BAŞPINAR, Veysel, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na İlişkin Genel Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul 2012, s. 27, 28.

¹³³Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEKER, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul 2015, s. 31 vd.

¹³⁴Tartışmalar için bkz. BİLGİN YÜCE, Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, s. 3217-3219.

¹³⁵“Görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan bir poliçeye, düzenleyen tarafından faiz şartı konulabilir. Diğer poliçelerde böyle bir faiz şartı *yazılmamış sayılır*.”

Faiz oranının poliçede gösterilmesi gerekir; gösterilmemiş ise faiz şartı *yazılmamış sayılır* (TTK m. 675/1, 2).

“Düzenleyen, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden sorumludur. Düzenleyen, kabul edilmeme hâlinde sorumlu olmayacağını şart edebilir de ödenmemeden sorumlu

“Yazılmamış sayılma”, genel işlem şartının niteliği, müzakere ve kabul edilip edilmemesi hususları göz önünde bulundurularak “yokluk” veya “hükümsüzlük” olarak vasıflandırılabilir¹³⁶. Ancak TBK’nın düzenlediği genel işlem şartları arasında, bir ayırım yapma zorunluluğu göz ardı edilmemelidir. TBK m. 21’de iki fıkra halinde düzenlenen genel işlem şartları arasındaki fark, kurucu unsur “irade beyanı” hakkındadır. İlk fıkrada düzenleyenin, karşı tarafı uyarmadığı, içeriğini müzakere ve öğrenme fırsatı tanımadığı genel işlem şartları, kabul edilmemiş varsayılmaktadır. Bu yüzden kurucu unsuru (irade beyanı) bulunmayan işlem, yoklukla maluldür denilebilir. Fakat bir hukuki işlemin okunmadan, bir bütün olarak (global) kabul¹³⁷ edilmesi mümkün ve geçerlidir. Şekil şartının (TBK m. 12, 17) bulunmadığı sözleşmelerde, kabul beyanı açık ya da örtülü, istenildiği şekilde yapılabilir¹³⁸. Tam ehliyetli bir kişinin, kural olarak, okumadan imzaladığı belgenin hatta açığa attığı imzanın,

olmayacağına ilişkin kayıtlar *yazılmamış sayılır*” (TTK m. 679).

“Cironun kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Cironun bağlı tutulduğu her şart *yazılmamış sayılır*” (TTK m. 682/1, 789).

“Çizilmiş cirolar ... *yazılmamış hükmündedir*” (TTK m. 686/1, 790).

“Çek üzerine yazılmış bir kabul kaydı, *yazılmamış sayılır*” (TTK m. 784).

“Çekte öngörülen herhangi bir faiz şartı *yazılmamış sayılır*” (TTK m. 786).

“Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt *yazılmamış hükmündedir*” (TTK m. 795).

“6762 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, faizin ana paraya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesini öngörmüş bulunan ve her iki tarafı da tacir olmayan cari hesap sözleşmeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde değiştirilir ve faize faiz yürütülmesine ilişkin hükümler ile bu sonucu doğuran düzenlemeler sözleşmeden çıkarılır; aksi hâlde anılan sürenin sonunda söz konusu hükümler *yazılmamış sayılır*” [Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG, 14.02.2011, S. 27846), m. 9].

“Şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesine uygun olarak, şirketin hak ehliyetinin şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler bulunması hâlinde, bu hükümler Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren *yazılmamış sayılır*” [Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG, 14.02.2011, S. 27846), m. 15].

¹³⁶Bkz. ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 93 vd.

¹³⁷Bkz. ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 102; ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 311, 312; AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2011, s. 24, 25; ERDEM, Hasan Cihan, “Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 128-131; KAŞAK, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2), s. 416-420.

¹³⁸Bkz. ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 191, 192.

sıhhati ve bağlayıcılığından kuşku duyulmaz. Bu anlayışın yegâne istisnasının, genel işlem şartları olduğu söylenebilir. Buna göre, tanıma uygun şekilde müzakere ve kabul edilmemiş (TBK m. 21/1) genel işlem şartları yazılmamış sayılır. Bu hal, emredici hükümlere aykırılık, dolayısıyla hükümsüzlük olarak değerlendirilmelidir¹³⁹. Bilindiği gibi emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı; konusu imkânsız ve muvazaalı olan, kanunun aradığı şekil şartlarına uymayan ve tarafların fiili ehliyetine sahip olmadığı sözleşmeler hükümsüzdür (TBK m. 27/1). Bu gerekçelerle yazılmamış sayılma, yokluk değil bir kesin hükümsüzlük halidir.

İkinci fıkrada düzenlenen genel işlem şartları ise sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı (TBK m. 21/2) olan şartlardır. Sözleşmenin amacı ve konusundan sapan şartların, karşı tarafça bilinmesi farz ve kabul edilemez. Zımnî veya global kabul gerekçesiyle de yabancı şartların kabulü mümkün değildir. Öyleyse kurucu unsur (irade beyanı) bulunmayan, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar, yoklukla maluldür¹⁴⁰. Karşı tarafın, tacir sıfatını taşıyan veya taşımasını, yoklukla malul şartlarla bağlı olması düşünülemez.

Sözleşmenin şartlarının tümü değil sadece bir kaçını hükümsüz ise kısmi hükümsüzlükten söz edilir. “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” (TBK m. 27/2). Hâlbuki genel işlem şartlarının bir kısmının hükümsüz sayılması, diğer şartların da hükümsüz sayılması sonucunu doğurmayacaktır. TBK m. 27/2 hükmünün bahsettiği imkândan farklı olarak genel işlem şartları kullanan, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer geçerli şartlarla sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması gerektiği talebinde

¹³⁹ Doktrinde yaptırım türü olarak “yazılmamış sayılma”nın, yokluk (KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 119; BİLGİN YÜCE, Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, s. 3214 vd; YÜCE, Aydın Alber, “Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, TAAD, Y. 3, S. 10, 2012, s. 192; OĞUZMAN; ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 168), yokluk halinin pozitif düzenlenmesi, esnek geçersizlik (ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 314) ve yokluk yaptırımına benzeyen kendine özgü bir yaptırım türü (YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, **TBB Dergisi**, 2013, S. 107, s. 86) olarak nitelendirildiği görülmektedir.

¹⁴⁰ Yokluk ve hükümsüzlük yaptırımları arasında, kural olarak, tabii oldukları sonuçlar bakımından hukuki işlemlerin tahvili dışında fark yoktur. Yoklukla malul bir işlemin tahvil yoluyla geçerli sayılması mümkün değildir. Bkz. ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, s. 191, 192.

bulunamayacaktır (TBK m. 22). Görüldüğü gibi genel işlem şartları kullanarak sözleşme yapan kimselerin, kısmi hükümsüzlük kuralı ile ilgili istisnadan yararlanması engellenmek istenmiştir¹⁴¹.

Kanun koyucu, bilinçli olarak hükümsüzlük kelimesini kullanmamış ve TBK m. 27/2 imkânını hatırlatacak yolu kapatmak için sözleşmenin her halükarda ayakta tutulması iradesini vurgulamış, yazılmamış sayılmanın etkisini özel olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Bu durumda, TBK m. 21, 24 ve 25 hükümleri kapsamına giren şartları tarafların, düzenlemedikleri (yazmadıkları) farz ve kabul edilecektir. Kimi hallerde kanun koyucu, doğacak boşluğun nasıl doldurulacağını açıkça göstermiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi mal veya hizmet tedarikinde TTK m. 1530, gecikme faizi ve tazminatı taleplerini bertaraf eden veya kısıtlayan, ödeme günü veya süresine ilişkin kayıtların hükümsüzlüğünde ödenecek faiz ve asgari giderim miktarını, dikkate alınacak süreleri özel olarak düzenlemiştir. Bu haller dışında hükümsüz şartlar sözleşmeden çıkarıldığında ortaya çıkan boşluk ya tamamlayıcı hukuk kurallarına ya da tarafların farazi iradelerine göre (TBK m. 19) doldurulacaktır¹⁴². Fakat yazılmamış sayılan hususların, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturması ihtimalinde, geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı sorunu ile karşılaşılacaktır¹⁴³. Geçerli bir sözleşme için tarafların, esaslı noktalarda uyuşmaları şarttır. İkinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m. 2/1). Yazılmamış sayılan kısım, genel işlem şartlarının ikinci derecedeki unsurlarına inhisar ediyorsa sözleşme geçerli olacak, tarafların bu hususlarda uzlaşmaları beklenecektir. Taraflar aralarında uzlaşamaz ise hâkim, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarını, işin özelliğine göre tamamlayacaktır (TBK m. 2/2).

Genel işlem şartlarının yazılmamış sayılan kısmı, sözleşmenin esaslı unsurları ise geçerli bir sözleşmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Esaslı

¹⁴¹Bkz. ALTOP, Genel İşlem Koşulları, s. 41, 42; YENİOCAK, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, s. 89; ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, s. 32, 33.

¹⁴²Bkz. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, s. 31, 32.

¹⁴³TKHK m. 5 gerekçesinde yazılmamış sayılan şartın, sözleşmenin esaslı veya ikinci derecede olması ayırımı yapılmaksızın şu açıklamaya yer verilmiştir: "Sözleşmenin çok sayıda hükümünün hükümsüz sayılması nedeniyle oluşan boşlukları ise hâkim, duruma göre yedek hukuk kuralları veya kendi koyacağı normlar ile dolduracaktır. Sözleşmeyi düzenleyen, haksız şart olarak değerlendirilen şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir". Ayrıca bkz. ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, s. 196-198; YENİOCAK, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, s. 89, 90.

noktaların (TBK m. 2/1), hâkim tarafından tamamlanması düşünülemez. Bu durumda, gerekçeleri farklı olmakla birlikte TBK m. 27/2 ile sakınılan sonuçtan kaçınma ihtimali bulunmayacaktır. Ancak bu sonuç, kısmi hükümsüzlükten değil, esaslı unsurları bulunmadığı için taraflar arasında geçerli bir sözleşme kurulmamış olmasından kaynaklanacaktır.

b- İade veya Tazminat Yükümlülüğü

Müzakere ve kabul edilmemiş (m. 21/1), sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme veya sona erdirmeye yetkisi tanıyan (m. 24), dürüstlük kuralına (m. 25) ya da sözleşmenin niteliğine aykırı (m. 21/2) genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. Bu sonuç, karşı tarafı her zaman korumaz. Muaccel olmamış veya henüz ifa edilmemiş edimler bakımından şartın yazılmamış sayılması, karşı tarafın mağduriyetini engeller. Fakat hükümsüz veya esaslı unsurları bulunmadığı için kurulmamış sayılan sözleşmeye dayanılarak yapılan kazandırmanın iadesi ya da maruz kalınan zararların giderimi sorunu, tek başına yazılmamış sayılma yaptırımını ile çözülemez. TBK (20-25) ve TKHK (m. 5) niteliklerine göre hükümsüz ya da yoklukla malul kabul edilen genel işlem şartlarının yol açacağı iade veya tazminat yükümlülüğü hakkında bir hüküm içermemektedir.

Yazılmamış sayılan şartlara dayanılarak yapılan ifanın veya bu şartların yol açtığı zararın akibetini sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82)¹⁴⁴ ya da borca aykırılık (TBK m. 112 vd)¹⁴⁵ hükümlerine göre tespit etmek gerekir. Hükümsüz addedilen şarta veya sözleşmeye dayanılarak yapılan kazandırmaları genel işlem şartı kullanan, bu kazandırmalar, geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayandıkları için iade etmekle yükümlüdür (TBK m. 77/2). Hükümsüz sayılan şartlar karşılığında bir kazandırma yapıp yapılmamasına bakılmaksızın, ayrıca masraf veya harcama yapmak zorunda kalan karşı taraf (tüketici), maruz kaldığı zararların giderimini, sözleşmeye aykırılık ilkelerine göre talep edebilecektir.

5) İhlalin TKHK'ya Göre Sonuçları

A) Hukuki Yaptırım

TBK, yaptırım olarak, açıkça müzakere ve kabul edilmemiş genel işlem şartları ile sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartlarını “yazılmamış” saymaktadır. TKHK ise müzakere edilmemiş ve

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 815 vd; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 507 vd.

¹⁴⁵ Bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 636 vd.

dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açacak yükümlülükler öngören sözleşme şartlarını hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmuştur. İfadeler değişik olmakla birlikte her iki kanunun, yasak işlem şartları için kabul ettiği sonuç arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. İki kanuna göre de sözleşmenin haksız (yasak) şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacak ve düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir (TKHK m. 5/2; TBK m. 21)¹⁴⁶.

Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartları, geçmişe etkili olarak uygulanacak ve bu şartlar halen ifa süreci devam eden sözleşmelerden de çıkartılacaktır. Yönetmelikteki, “tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve *halen geçerli olan sözleşme*” (m. 8/3) ifadesi, sorunlu ve yanıltıcıdır. Kastedilen, henüz ifa edilmemiş veya kısmen ifa edilmiş edimler, süreklilik arz eden edimler¹⁴⁷ ile dönemli (aralıklı) edimlere¹⁴⁸ ilişkin tüketici işlemleridir.

Yukarıda açıklandığı üzere tüketici, haksız şart sebebiyle yaptığı kazandırmaları ve maruz kaldığı zararları, sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82) veya sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112 vd) hükümlerine göre talep edebilecektir.

b) İdari Yaptırım

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (GTB), tüketici işlemlerindeki haksız şartları, tespit etmeye ve bunların sözleşme metinlerinden çıkarılmasına veya kullanılmasının önlenmesine yönelik tedbirleri almaya yetkilidir (TKHK m. 5/8; 75; HŞY m. 8/1).

GTB, resen veya şikâyet üzerine yaptığı araştırma sonucunda, haksız şart olarak tespit ettiği kayıtların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene otuz günlük bir süre verecektir. Gerekli görülen hallerde süre, doksan güne kadar uzatılabilir. Tanınan süre içinde haksız şartların sözleşmeden çıkarılmaması durumunda, düzenleyene idari para

¹⁴⁶ Bkz. İNAL, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, s. 36, 37.

¹⁴⁷ Sürekli edimler, borçlunun, zaman içinde devamlı ve aralıksız davranışlarla ifa ettiği edimlerdir. Örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin çalışma borcu gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 38.

¹⁴⁸ Borçlunun, düzenli veya düzensiz aralıklarla ifasını üstlendiği edimlere, dönemli edimler denmektedir. Örneğin art arda teslimli satışlar, kiracının aylık kira bedelini ödeme borcu gibi. Bkz. ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 39.

cezası verilecektir. Haksız şart veya şartları içeren her bir sözleşme için 200 TL idari para cezası uygulanacaktır (TKHK m. 77/2; HŞY m. 8/4).

Para cezasının, her bir tüketici ile yapılan sözleşme başına mı yoksa ayrı ürün ya da hizmet kategorilerine ilişkin sözleşme başına mı uygulanacağı açık değildir. Cezanın, her bir tüketici ile yapılan sözleşme (kısmen veya tamamen ifa edilmiş ya da henüz ifa edilmemiş) başına uygulanması yıkıcı sonuçlar doğurabilecek, ayrı ürün yahut hizmet kategorisi için uygulanması ise fevkalade sembolik olacaktır. Hakkaniyetli olanı, alt sınırı belirlenmiş cezanın, ayrı ayrı ve tüketici işlemlerinin değeri üzerinden karşılaştırılacak bir oran çerçevesinde uygulanmasıdır.

Para cezası vermeye yetkili kurum, GTB'dir. İdari para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmek zorundadır. Satıcı veya sağlayıcı, para cezası kararına karşı, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde, idari yargı yoluna başvurulabilecektir. Ancak iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz (TKHK m. 78/2, 3).

6) İhlalin TTK'ya Göre Sonuçları

a) Hukuki Yaptırım

aa) Haksız Rekabet Sayılan Genel İşlem Şartlarının Hükümsüzlüğü

Rakiplerle tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar ile örnek haksız ticari uygulamalar başlığı altında zikredilen genel işlem şartları, hukuka aykırıdır (TTK m. 54/2, 55/1.f). Bilindiği gibi taraflar, sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (TBK m. 26). Rekabet düzenini bozan kimse, başta tüketiciler, rakip olsun veya olmasın teşebbüsler olmak üzere kamuya ve pek tabii ülke ekonomisine zarar vermektedir¹⁴⁹. Konusu, rakiplerle tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları, hukuka aykırı ve pek tabii hükümsüzdür (TTK m. 54/2, 55/1.f; TBK m. 27)¹⁵⁰. Dolayısıyla TBK'nın (m. 20-25), emredici ve kural olarak haksız rekabet alanında da uygulama alanı bulacak hükümleri olmasaydı bile haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartları, hükümsüz kabul edilecek idi¹⁵¹.

¹⁴⁹ Kanunun gerekçesinde (m. 54), tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü ekonomi(?), tüketici ve kamunun kastedildiği açıklamasına yer verilmesi kayda değerdir.

¹⁵⁰ Krş. ARKAN, Sabih, "Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar", **BATİDER**, C. XXII, S. 4, 2004, s. 9 ve dnp 22; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, s. 165, 166.

¹⁵¹ Krş. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 413.

TTK m. 1530/1 veya TBK m. 22 gibi özel bir hüküm bulunmadığından düzenleyenin, TBK m. 27/2 hükmünden yararlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu sonuç, karşı taraf tacir olsa bile dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları kullananı (düzenleyen) ödüllendirmek olur. Bu yüzden kullanan, genel işlem şartlarına ilişkin TBK m. 22 hükmünün öngördüğü sonuçlara tabi tutulmalıdır.

bb) Dava Hakkı

Genel işlem şartları ile ihlal edilen rekabet düzeninin mağdurları tüketiciler ve rakip olsun veya olmasın teşebbüsler, düzenleyene karşı dava açabilecektir (TTK m. 56). Fakat tüketicilerin, haksız rekabetle ilgili imkânları kullanmadıkları söylenebilir. Mağdur kişi ve teşebbüsler dışında, dava açma hakkına sahip olan kimseler şunlardır:

a) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar,

b) Statülerine veya tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan meslekî ve ekonomik birlikler (Otomotiv Distribütörleri Derneği, Türkiye Beyaz Eşya Sanayicileri Derneği gibi),

c) Tüzüklerine göre *tüketicilerin* ekonomik menfaatlerini koruyan özel hukuk tüzel kişileri (tüketici dernek ve vakıfları).

Kuruluş kanunlarına göre *tüketici* menfaatlerini koruma görev ve yetkisine sahip kamu hukuku tüzel kişilerinden GTB¹⁵² ile Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı¹⁵³ aynı zamanda düzenleme yetkisine sahip, piyasa gözetimi ve denetimi ile görevli ve yetkili kamu tüzel kişileridir.

Dava açma hakkına sahip kimseler; haksız rekabetin tespitini, durdurulmasını, haksız rekabet sonucu ortaya çıkan maddi durumun düzeltilmesini ve genel işlem şartları kullanan fail kusurlu ise maruz kaldıkları zararın telafi edilmesini talep edebilecektir (TTK m. 56/1). Zarar gören kişi ve teşebbüsler dışındaki özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri, doğrudan

¹⁵² “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın görevleri şunlardır: ... Evrensel kabul görmüş tüketici haklarının sağlanması ve korunmasına yönelik hukuki ve idari tedbirleri almak, tüketicinin korunmasını sağlayıcı inceleme, araştırma ve düzenlemeler yapmak” (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG, 08.06.2011, S.27958 Mükerrer), m.2/1.j, 11).

¹⁵³ “Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü’nün görevleri şunlardır: ... Bitki, hayvan, gıda ve yem güvenirliliğini gözeterek tüketiciyi ve halk sağlığını korumak amacıyla tedbirler almak” (Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG, 08.06.2011, S.27958 Mükerrer) m.7/1.ğ).

mağdur olmadıkları için tazminat davası dışındaki diğer davaları (tespit, men ve düzeltme) açabileceklerdir¹⁵⁴.

Açılacak davalarda görevli mahkeme, kural olarak ticaret mahkemesidir. Bilindiği gibi taraflarının, tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın, TTK’da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları, ticari dava olarak kabul olunur (TTK m. 4/1)¹⁵⁵. Bu yüzden aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın, tüm ticari davalara bakmakla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 5/1)¹⁵⁶. Bu kuralın istisnalarından birisi, TKHK gereği *tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan* doğan davalardır¹⁵⁷. Diğer kanunlarda düzenleme olsa bile, tüketicinin taraf olduğu işlem ve uygulamalara, her halükarda TKHK’nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TKHK m. 83/2; 73/1)¹⁵⁸. Dolayısıyla tüketicinin mağdur olduğu genel işlem şartları sebebiyle açılacak davalarda görevli mahkeme, tüketici mahkemeleridir¹⁵⁹. Tüketici

¹⁵⁴ Bkz. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 412, 413; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, *TAAD*, Yıl:5, S. 18, 2014, s. 86.

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 213 vd; AYHAN, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 21 vd; NARBAY; KESİCİ, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”, s. 207-262.

¹⁵⁶ Mahkemelerin görevine ilişkin kurallar, kamu düzenindedir (HMK m. 1). Görevsizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20/1).

¹⁵⁷ Krş. YÜRÜK, Ayşe Tülin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı*, 2013, C. 13, s. 50, 51; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, p. 1187; BULUT, Uğur, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 334 vd.

¹⁵⁸ Bu sonuç, yetersiz alt yapı ve imkânlarla görev yapmaya çalışan hakem heyetlerinin ve tüketici mahkemelerinin iş yükünü arttıracığı ve yeni sorunlara neden olabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. GERMEYAN, Rüştü, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s. 130, 137.

¹⁵⁹ Ayrıca bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, p. 217.

mahkemelerinde açılan davalar, harçtan muafır (TKHK m. 73/2).

Tüketici mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklar, değeri belirli bir miktarın¹⁶⁰ üzerindeki uyuşmazlıklardır¹⁶¹. Değeri belirli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklar için hakem heyetine başvuru, zorunlu olduğu gibi bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için de tüketici hakem heyetine gidilemeyecektir (TKHK m. 68/1)¹⁶².

b) Cezai Yaptırım

Haksız rekabetle mücadelede, faaliyetlerini dürüstlük ilkesine uygun yürüten teşebbüslerin ve tüketici menfaatlerinin etkin olarak korunabilmesi için caydırıcı güce sahip ceza hukuku yaptırımlarından da yararlanılmak istenmiştir. Hapis veya adli para cezasını gerektiren sınırlı sayıdaki haksız rekabet fiilleri, dört başlık altında gösterilmiştir. Bu fiiller şunlardır:

1) TTK m. 55/1.a-f bentleri arasında “özellikle” ibaresi ile gösterilen örnek haksız rekabet fiillerinden birisini, *kasten* gerçekleştirmiş olmak¹⁶³.

2) Rakiplerinin önüne geçebilmek için kişisel durumu, ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında *kasten yanlış* veya *yanıltıcı* bilgi vermek.

3) Üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için rakip teşebbüsün çalışanlarını aldatmak.

4) İstihdam ettiği kimselerin veya ifa yardımcılarının işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini bilmesine rağmen bu fiilleri önlememek veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemek.

Bu hallere göre, *kasten* dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartı kullanmak (TTK m. 55/1.f) ve yanında çalıştırdığı kimselerin ceza gerektiren

¹⁶⁰ Bu miktar, görevli mahkemenin bulunduğu yere göre değişmektedir. Uyuşmazlığın değerine göre öngörülen sınırlar için 2.200, iller için 3.300, büyükşehir statüsünde bulunan iller için 2.200 ile 3.300 Türk Lirası arasındadır (TKHK m. 68/1). Ancak büyükşehir belediyesi statüsündeki illerle ilgili eşikler sorunlara gebe dir.

¹⁶¹ “Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir” (TKHK m. 69/3).

¹⁶² Tüketici hakem heyetleri hakkında bkz. GERMEYAN, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri, s. 129 vd.

¹⁶³ Örnekler arasında yer almayan fakat TTK m. 54/2 kapsamında haksız rekabet sayılan haller, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca cezalandırılmayacaktır. Bkz. TTK m. 62 gerekçesindeki açıklama.

aynı nitelikteki genel işlem şartı kullanmalarını engellemek suçtur. Bu kimseler, hukuk davası açma hakkına sahip olanlardan birinin şikâyeti üzerine, iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır (TTK m. 62/1).

7) Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması

Dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları kullanmak, iki veya daha fazla özel hüküm (sorumluluk sebebi) kapsamına girebilir. Bu takdirde sorumluluk sebepleri, birbiri ile çatışmayacak, mağdur dilediği sorumluluk sebebini tercih edebilecek veya bunlara birlikte dayanabilecektir¹⁶⁴. Ancak birden fazla dava konusu olabilecek taleplerin, bir davada birleştirilmesi ve aynı dava dilekçesi ile ileri sürülmesi için sözkonusu taleplerin tamamının, aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır. Gerçekten davacı, “aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir” (HMK m. 110). Davacının, davalıya karşı, aralarında aslîlik–ferîlik gibi bir derecelendirme ilişkisi bulunmayan, birbirinden bağımsız ve birden fazla talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine, davaların yığılması denmektedir¹⁶⁵. Usul ekonomisi anlayışına dayanan bu dava çeşidinde, her bir talep, farklı edimlerin gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet ettiği için, aynı derecede öneme sahiptir. Taleplerin tümü hakkında, tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu olmadığından dava şartları, her bir talep bakımından, ayrı ayrı belirlenecektir¹⁶⁶.

Mağdur teşebbüs veya kişilerin, dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları sebebiyle durdurma, düzeltme (TTK m. 56/1.b-c) ve üç kat tazminat (RKHK m. 58/2) isteyebilmesi mümkündür. Aynı kişilerin, ayrıca sözkonusu rekabet ihlaline son verilmesi ve genel işlem şartı kullanan teşebbüslerin idari para cezalarıyla cezalandırılması için Rekabet Kurumu’na başvurmasına engel yoktur. Bu kişi tüketici ise ilave olarak, TKHK’den doğan haklarını da kullanabilecek ve sözkonusu teşebbüslerin idari para cezası ile cezalandırılmasını isteyebilecektir (m. 77/2).

Korunan menfaate ve genel işlem şartları kullanan teşebbüslerin durumuna göre (hâkim konumda olması, teşebbüslerin aralarında anlaşması),

¹⁶⁴ Bkz. UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, s. 414, 415.

¹⁶⁵ Bkz. MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2012, s. 145

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. MUŞUL, Medeni Usul Hukuku, s. 145 vd; AKSOY, Elif, “Objektif Dava Birleşmesi”, **TBB Dergisi**, 2015, S. 117, s. 201-232.

tüketiciler ve rakip olsun veya olmasın teşebbüsler; TKHK, RKHK, TBK ve İHRÖK hükümlerinin getirdiği koruma yollarına, tazminat hakkı dışında, birlikte veya ayrı ayrı başvurabilecektir¹⁶⁷. Zira mağdurun, *aynı zararı*, farklı hukuki sebeplere dayanarak tazmin ettirmesi ve bu yolla zenginleşmesi düşünülemez. Örneğin mağdur teşebbüs, hâkim durumdaki yabancı teşebbüse karşı, dumpingli veya sübvanseli ürün ithalatı sebebiyle İHRÖK hükümlerinden hareketle telafi edici vergiler uygulanmasını, RKHK çerçevesinde ihlale son verilmesini ve maruz kaldığı zararların telafisini talep edebilecektir. Yine üye teşebbüslerin, bir teşebbüs birliği kararına dayanarak kullandıkları rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içeren ve aynı zamanda dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartları, hem RKHK hem de TTK hükümleri kapsamında muamele görecektir. Mağdur teşebbüs veya kişiler, ihlalin durdurulmasını [idari yoldan Rekabet Kurumu (RKHK m. 9); adli yoldan mahkemeler (TTK m. 56/1.b-c)] ve maruz kaldıkları zararın giderimini ya RKHK (m. 58) ya da TTK (m. 56/1.d-e) hükümleri marifetiyle isteyebilecektir. Bununla birlikte üç kat tazminat hakkı tanıyan RKHK hükümleri, TTK hükümlerine göre daha cazip görünmektedir. Ne var ki mahkemeler, üç kat tazminat dâhil RKHK'ya dayanan tazminat taleplerinde çekingen davranmaktadır.

Sorumluluk sebeplerinin yarıştığı durumlarda hâkim, aksi talep edilmiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, mağdur için en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir (TBK m. 60). Fakat üç kat tazminata hükmedilebilmesi, talep ve failin kast veya ağır ihmal derecesinde kusurlu olması şartlarına bağlandığından (RKHK m. 58/2) hâkimin, TBK m. 60 hükmü doğrultusunda kendiliğinden, üç kat tazminata karar vermesi beklenemeyecektir.

E. Sonuç

1) Bu gün ticari hayatın hemen hemen her alanındaki iş ve işlem yoğunluğu, profesyonel yaklaşım ihtiyacı genel işlem şartları kullanmayı zorunlu kılmaktadır. Kullananın (düzenleyen) menfaatlerini gözetmesi yönü bir yana, tecrübe, tedbir ve profesyonel bilgi ile kaleme alınmış genel işlem şartları; taraflarına zaman, yaşanmış veya yaşanabilecek sorunlara karşı ihtiyatlı yaklaşım alışkanlığı ve sözleşme öncesi düşünme (değerlendirme) fırsatı kazandırır.

¹⁶⁷ Ayrıca bkz. AYDOĞDU, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, s. 166.

2) Bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi düzenleyenin, genel işlem şartları ile çalışma hakkını dürüstlük ilkesine aykırı kullanmaması esastır. Genel işlem şartları ile tarafların üstlendikleri hak ve borç dağılımı, dürüstlük ilkesine uygun olduğu sürece herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir.

3) TKHK m. 5/9, tüketici işlemlerinde, karine olarak haksız sayılacak şartların yönetmelikle belirlenmesi anlayışını benimsemiştir. Kanunun kabul ettiği karine, aksi ispat edilemeyecek bir karinedir. HŞY’de liste halinde işaret edilen haller, başkaca bir şart aranmaksızın (per se) haksız şart olarak nitelendirilecektir.

TKHK m. 5/9 ve HŞY m. 5/4’te, listedeki şartların sınırlayıcı olmadığı, örnek kabilinden oldukları ifade edilmekle birlikte ispat hakkını kaldıran bir hükmün kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmamalıdır. Yönetmelik ekinde sayılan hallere benzeyen ve haksız oldukları iddia edilen kayıtlar, TKHK m. 5 şartları çerçevesinde muamele görecektir. İspat hakkını bertaraf eden karinenin, yönetmelik marifetiyle uygulamaya geçirilmesi yolunun isabeti, tartışmaya açıktır.

4) Tüketiciler istisna tutulduğunda, düzenleyen karşısındaki tarafın, çoğunlukla tacir sıfatını taşıyan gerçek veya tüzel kişilerden oluşacağı aşikârdır. Bu durumda TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin, tacirlere uygulanıp uygulanamayacağı sorunu tartışmaya açıktır.

Genel işlem şartları, hukuk sistemimizde farklı kaynaklarda düzenlenmiştir. Hüküm çeşitliliğine yol açan bu durumun, ticari iş – adi iş ayırımı, ticari hükümlerin ve tacir sıfatının arz ettiği önem sebebiyle açıklığa kavuşturulması şarttır. Aksi halde TBK’nın emredici nitelikteki hükümleri (m. 20-25) ile yine TTK’nın aynı kuvvetteki hükümleri arasındaki uygulama önceliğini, tartışmaya mahal bırakmaksızın ortaya koymak mümkün olmayacaktır.

5) Genel işlem şartlarının, ağırlıklı olarak, ticari işletmeler tarafından kullanıldığı ve taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili sözleşmelerin ticari iş sayıldığı kuşkusuzdur (TTK m. 3, 19). Bir teşebbüsün, genel işlem şartları ile kendi müşterilerine zarar vermesi, ne haksız rekabet hükümlerinin koruma amacına girer ne de haksız rekabet teşkil eder. Büyüklere karşı küçüklerin, güçlü veya hâkim durumdakilere karşı zayıf kişi ya da teşebbüslerin korunması; haksız rekabet hükümlerinin değil, RKHK’nın konusu ve kapsamına giren kaygılardır. Haksız rekabet engelini bertaraf etmek isteyen teşebbüsler, pekâlâ

yasak genel işlem şartlarını, ayrı ayrı müzakere ve kabul şerhiyle hatta bireysel sözleşmelerle aşabilecektir. Zira, basiretli hareket etme yükümlülüğüne tabi olan teşebbüsün, pazarlık gücü veya alternatif teşebbüslerle çalışma ihtimali olsa bilerek ve isteyerek, aleyhine yükümlülükler taşıyan kayıtları kabul etmesi düşünülemez. Genel işlem şartlarının yol açacağı rekabet ihlalleri ile mücadelenin merkezi, haksız rekabet hükümleri değil RKHK olmalıdır. Bu yüzden genel işlem şartları ile mücadelede RKHK'nın rolünün, haksız rekabet hükümlerine taşınması isabetli değildir. Ancak kanun koyucu abesle iştiğal etmeyeceği için genel işlem şartlarını, haksız rekabet sayılıp sayılmamasına göre iki kısma ayırarak değerlendirmek mümkündür.

Tacir, haksız rekabet kabul edilen genel işlem şartlarına karşı TTK m. 56-63 hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak basiretli hareket etme yükümlülüğü gereği, haksız rekabet olarak nitelendirilemeyecek genel işlem şartlarına karşı tacirin, TBK hükümlerinin (m. 20-25) bahsettiği imkânlardan yararlandırılması mümkün görünmemektedir. Bilindiği gibi tacirin iş ve işlemlerinde basiretli hareket etmesi gerektiği, bu sebeple sözkonusu şartların içeriğini bilmediği, bilmemesinin makul sayılması veya tecrübesizliği ihtimali karşılık bulmayacaktır. Fakat *RKHK m. 4, 6* ve *TTK m. 1530/1*'deki hallerde, karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi, bu işlemlerin hukuka aykırılığını engellemeyecektir.

6) Dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarının haksız rekabet sayılması, “dürüst ve bozulmamış rekabet” anlayışına hizmet etmekle birlikte rakip teşebbüsler için zarar veya zarar tehlikesi şartı; tüketiciler için TKHK m. 5 hükmü sebebiyle ya dava hakları kullanılamayacak ya da pratik olmayacaktır.

7) Dikey anlaşma ilişkisi çerçevesinde faaliyet gösteren tedarik edenlerin ve müşterilerin (üretici, acenta, tek satıcı vs), büyük teşebbüslere karşı korunmasında en elverişli yol Rekabet Kurumu'nun, genel işlem şartlarıyla ilgili muhtemel ve potansiyel rekabet ihlallerini, bir düzenleyici işlem ile tespit edip, açıklığa kavuşturmasıdır. Zira küçük ve pazarlık şansı bulunmayan zayıf teşebbüslerin, kendilerinden güçlü teşebbüslerle çalışma zorunluluğu karşısında haksız rekabet imkânlarını kullanarak genel işlem şartları ile mücadele etmesi, gerçekçi bir beklenti değildir. Aksi halde güçlü teşebbüsler ya birlikte çalışma teklifini kabul etmeyecek ya da devam eden ilişkilerini sürdürmeyecektir.

Teşebbüslerin aralarında anlaşarak veya teşebbüs birlikleri kararıyla rekabeti kısıtlamaları ya da hâkim durumdaki teşebbüsün gücünü kötüye

kullanması her halükarda yasaktır. Hâkim durumda olmasa bile güçlü teşebbüslerin, rekabet ihlali içeren genel işlem şartlarına karşı, Rekabet Kurumu'nun zayıf ve küçük teşebbüsleri koruyucu bir düzenleme yapması kaçınılmazdır. Bu anlamda dikey ilişkinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları ile dürüstlük ilkesine aykırı düşecek hak ve borç dağılımı öngören genel işlem şartları rekabet ihlali, dolayısıyla muafiyet engeli olarak kabul edilmelidir.

8) Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları (TBK m. 21/2) bakımından, zımni veya global kabulden söz edilemeyeceği için sözkonusu şartlar yoklukla maluldür. Karşı tarafın tacir olup olmamasına bakılmaksızın herkes bu durumu ileri sürebilecektir.

9) Genel işlem şartlarının yol açtığı ihlaller, iki veya daha fazla düzenlemenin kapsamına girebilir. Bu durumda TBK, TKHK, TTK, RKHK veya İHRÖK hükümlerinin tanıdığı imkânlardan, tazminat hakkı dışında, ayrı ayrı yararlanılabilecektir.

10) Dürüstlük ilkesine aykırı genel işlem şartlarının doğurduğu sonuçlar, değişik sorumluluk sebepleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Genel işlem şartlarının yol açtığı ihlalin tarafları ve koruma amacına göre farklı hükümlerin tanıdığı haklar, ayrı ayrı veya birlikte kullanılabilir (HMK m. 110).

BİBLİYOGRAFYA

AKÇAAL, Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 49-69.

AKSOY, Mehmet Ali, “**Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti**”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2011.

AKSOY, Elif, “Objektif Dava Birleşmesi”, **TBB Dergisi**, 2015, S. 117, s. 201-232.

AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, İstanbul 2012.

ALTOP, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul 2012, s. 27-44.

ALTOP, Atilla, “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 11-21.

ANTALYA, O. Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 2013.

ARKAN, Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, Ankara 2015.

ARKAN, Sabih, “Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar”, **BATİDER**, C. XXII, S. 4, 2004, s. 5-20.

ARKAN, Sabih, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler”, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler - Tartışmalar**, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 43-60.

ARIKAN, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2012, s. 67-72.

ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, Bursa 2015.

ASLAN, İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama**, Bursa 2004.

AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara 2000.

ATAMER, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul 2001.

ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, BTHAE Yayını, Ankara 2012, s. 9-73.

ATAMER, Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 103-137.

ATAMER, Yeşim M., **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yayınları**, İstanbul 2001.

AYDEMİR, İbrahim, **Elektronik Ticaret Alanındaki Rekabet Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004.

AYDOĞDU, Murat, **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014.

AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2011, s. 1-50.

AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, 2013, s. 571-621.

AYHAN, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 13-64.

AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2015.

BAŞPINAR, Veysel, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na İlişkin Genel Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2012, s. 21-31.

BAŞPINAR, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998.

BİLGİLİ, Fatih; DEMİRKAPI, Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Bursa 2014.

BİLGİN YÜCE, Melek, “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, 2013, s. 3191-3237.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, **TAAD**, Yıl:5, S. 18, 2014, s. 79-112.

BOZTOSUN, N. Ayşe; ÜNAL, Akın, “Türk Ticaret Kanunu

Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, Y. 2005, s. 383-412.

BULUT, Uğur, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/2, s. 321-346.

BURCUOĞLU, Haluk, “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 33-34.

ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku**, Adana 2013.

ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009.

DERYAL, Yahya, “Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 58-67.

DİRİKKAN, Hanife, **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler**, İzmir 1996.

EKDİ, Barış, **Gümrük Birliği çerçevesinde Damping ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

ERDEM, Hasan Cihan, “Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 119-141.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2015.

EROL, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Ankara 2000.

FINGER, Manuela; SCHMIEDER, Sandra, “The New Law Against Unfair Competition: An Assessment”, **German Law Journal**, V: 6, N: 1, 2005, s. 210-216.

GERMEYAN, Rüştü, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri”, **İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, 2014, S. 1, s. 129-142.

GÖRGEÇ, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, **MÜHF – HAD**, C. 19, S. 1, s. 403-440.

GÜVEN, Şirin, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara 2012.

HATEMİ, Hüseyin; GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011.

İNAL, H. Tamer, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 33-56.

KARA, Mustafa Sencer, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 723-742.

KARADAĞ, Özgür, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Ankara 2014.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 2013.

KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3 S. 1, 2012, s. 415-429.

KAYA, Talat, “Dünya Ticaret Örgütü Kuralları ve Rekabet Hukuku İlişkisi”, **Prof. Dr. Tuğrul ARAT’a Armağan**, Ankara 2012, s. 703-720.

KAYAR, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alamatleri Üzerindeki Haklar”, **Yaşar Üniversitesi E – Dergisi Özel Sayı (Armağan)**, Vol: 8, 2013, s. 1585-1636.

MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2012.

NARBAY, Şafak; KESİCİ, Buğra, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 207-262.

OĞUZMAN, M. Kemal; ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 2013.

ÖZDEN, Mehmet, **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004.

PATTERSON, Mark R., “Standardization of Standard - Form Contracts: Competition and Contract Implications”, **William and Mary Law Review**, V. 52, N. 2, 2010, s. 327-414.

PEKDİNÇER, Tamer “Türk Borçlar Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2012, s. 73-84.

POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2012.

SİRMEN, A. Lâle, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, 2013, s. 2465-2475.

ŞAHİN, Turan; KİZİR, Mahmut, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2014, S. 89, s. 68-79.

ŞEKER, Muzaffer, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul 2015.

TOPÇUOĞLU, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu** (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 5-59.

TOPÇUOĞLU, Metin, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001.

TOPÇUOĞLU, Metin, Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku, **BATİDER**, C. XXII, S.1, 2003, s. 113-154.

TOPÇUOĞLU, Metin, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Ankara 2006.

ULUSAN, M. İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1-2, 2004, s. 27-47.

UZUNALLI, Sevilay, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. 71, S. 2 (2013), s. 383-420.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2015.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan, 2013, s. 3057-3098.

YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, **TBB Dergisi**, 2013, S. 107, s. 75-96.

YILMAZ, Müslüm, **Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Açısından Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbir Soruşturması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2004.

YOKET, Yasemin; GÜLER, Selin, “Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 231-252.

YÜCE, Aydın Alber, “Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, **TAAD**, Y. 3, S. 10, 2012, s. 183-204.

YÜRÜK, Ayşe Tülin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı**, 2013, C. 13, s. 45-51.

**ANONİM ŞİRKETLERDE TEK PAY SAHİBİNİN
GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YETKİSİ
(TTK m. 410/II)**

Özge KARAEĞE*

ÖZET

TTK m. 410 hükmünde genel kurulu toplantıya çağrı hususunda yetkinin kural olarak yönetim kurulunda olduğunu düzenlemektedir. Yönetim kurulunun görev süresi dolsa da genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi vardır. Ayrıca görevleri ile ilgili konularda tasfiye memurlarının da çağrı hususunda yetkisi bulunmaktadır. Hükmün ikinci fıkrası yönetim kurulunun devamlı toplanamaması, toplantı yetersayısının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması hallerinde tek pay sahibine genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi tanımıştır. Bu yetki, mahkeme izni ile kullanılabilir. Böylelikle kanun koyucu yönetim kurulunun seçilmesini sağlayıcı ve organ eksikliğini önleyici bir olanağa yer vermiştir. Ancak belirtilmelidir ki bu düzenleme uygulamada pek çok sorunu ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Zira tek pay sahibi toplantıya davet yetkisi aldıktan sonra bu toplantının yapılması ile ilgili bir dizi hazırlık faaliyetine girişmesi gerekecektir. Bunun için de elinde bilgi ve belgelerin bulunması gerekecektir. Bu bilgi ve belgeleri elde etmesi konusunda ise sıkıntı yaşanması muhtemeldir.

***Anahtar Kelimeler:** Anonim şirket, yönetim kurulu, pay sahibi, azlık, genel kurul.*

**THE AUTHORITY OF A SHAREHOLDER TO SUMMON THE GENERAL
BOARD IN JOINT STOCK COMPANIES (TURKISH COMMERCIAL CODE
ART. 410/II)**

ABSTRACT

In Turkish Commercial Code Art. 410 it is regulated that management board is the authority in principle to summon the general board. That is its authority even if its duration of duty comes to an end. Furthermore liquidators are authorized to summon relative to their duties. Second part of the article regulates the circumstances in which the shareholder uses his authority to summon. These circumstances consist of lack of constant assemble of management board, impossibility of constitution a quorum or nonexistence of management board. The authority should be used with the permission of the court. In this way law maker features the possibility to elect the management board and to prevent the organ lack. But it should be stated that

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İİBF, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, ozge.karaege@ikc.edu.tr

this regulation seems to constitute many problems in practice. After getting the court permission shareholder should start numerous preparations to summon. In order to do this he should have information and documents. But there will be difficulty in acquiring these documents and information.

Keywords: Joint stock company, management board, shareholder, minority, general board.

Giriş

TTK¹ m. 410 hükmü ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile kural olarak genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili organın yönetim kurulu olduğu belirtildikten sonra tasfiye memurlarının da görevleri ile ilgili konularda çağrıya yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Hükmün tasfiye memurlarının ilavesi dışında ETTK² m. 365'ten farkı denetimle ilgili benimsenen yeni sistem nedeni ile denetçinin çağrıya yetkili kişiler arasında sayılmamış olmasıdır. Yine aynı düzenlemede görev süresi sona erse de yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi yer almaktadır.

Hükmün ikinci fıkrasında ise Adalet komisyonu aşamasında maddeye eklenen bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı yeter sayısının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması hallerinde, tek pay sahibi mahkemenin vereceği izin ile genel kurulu toplantıya çağırabilecektir. Mahkemenin kararı kesindir.

Çalışmamızda TTK m. 410/II düzenlemesi incelenecektir. Bu amaçla öncelikle şirketin organlarından olan genel kurul hakkında bilgi verilecek ve bu bağlamda genel kurulu toplantıya çağrı konusunda yetkili olanlar belirtilecektir. Daha sonra affectio societatis unsuru ile tek pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi arasındaki bağ incelenerek bu yetkinin nasıl kullanılacağı açıklanacaktır. Bu anlatımları takiben tek pay sahibinin bu yetkisinin TTK m. 530 bağlamında organ eksikliğini nasıl engelleyeceğine dair açıklamalarda bulunulacaktır. Çalışma sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

¹ Çalışmamızda TTK ile kastımız, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur (RG. T. 14.02.2011, S. 27846).

² Çalışmamızda ETTK ile kastımız, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur (RG. T. 9.7.1956, S. 9353).

I. GENEL OLARAK

Anonim şirkette genel kurul pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını kullanma imkânına sahip oldukları bir platform niteliğindedir³. Bu çerçevede genel kurulda alınan kararlar bütün pay sahiplerini bağlayacağı gibi (TTK m. 423) diğer organları da bağlayacaktır (TTK m. 553).

TTK ile getirilen yeni düzenlemeyle birlikte tek kişilik anonim şirket mümkün hale geldiğinden (TTK m. 338/I) pay sahibinin tek başına genel kurulu oluşturması mümkündür⁴. Bu konuda mehaz “Tek Kişilik Sınırlı Sorumlu Şirketlere İlişkin 89/667 sayılı Onikinci Yönergenin 4. Maddesidir⁵. Yönerge m. 4/I tek pay sahibinin genel kurala ilişkin yetkileri kullanacağını düzenlemekte iken; 2. fıkra tek pay sahibinin kararları tutanağa geçirmek suretiyle veya yazılı olarak alabileceğini düzenlemektedir⁶. TTK m. 408/ III hükmü tek pay sahipli anonim şirketlerde bu kişinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğunu belirterek tek pay sahibinin alacağı kararların geçerliliği için yazılılık şartının aranması gerektiğini düzenlemektedir. Bu doğrultuda TTK hükmü mehaz hükümle paralellik göstermektedir.

II. GENEL KURULUN TANIMI

TTK m. 407/I’de “*Pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Kanuni istisnalar saklıdır*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu hüküm genel kurulun şirket işlerine ilişkin kararların alındığı bir iç organ olduğunu diğer taraftan şirketin iradesini oluşturmada aracı olan pay sahipliği haklarının kural olarak bu organda kullanıldığını düzenlemektedir⁷. Genel kurul, kanundan ve şirket esas sözleşmesinden kaynaklanan yetkilerini kendisini oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin oyları ile oluşan kararları ile kullanır⁸.

³ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 298; ERDEM, Yenilikler, s. 30.

⁴ Tek kişilik şirket, tek bir ortağı olan şirkettir. Ortaya çıkış şekline göre, baştan itibaren tek ortaklı kurulması veya birden fazla ortaklı kurulan şirketin kuruluş sonrası tek ortaklı hale gelmesi söz konusu olabilir(tek kişilik şirketler hakkında detaylı bilgi için bkz., ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 165).

⁵ Twelfth Council Company Law Directive on Single Member Private Limited-liability Companies 89/667/EEC of 21 December 1989, OJ L 395, 30.12.1989. Bu yönergenin yerine 2009/102 sayılı Yönerge çıkarılmıştır (Directive 2009/102 EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single member private limited liability companies (codified version), OJ L 268/20, 1.10.2009).

⁶ Yönerge hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 185 vd.

⁷ Bkz., m. 407 gerekçesi.

⁸ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 7.

Anonim şirket genel kurulu, usulüne uygun çağrı üzerine pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bir araya gelmesinden oluşan ve şirket işlerine ilişkin hakların kullanılıp karar alındığı bir irade ve karar organıdır⁹. Bu noktada TTK m. 416 hükmünde düzenlenen çağrı merasimine uyulmaksızın yapılabilen “çağrısız genel kurul”un da yapılabileceği unutulmamalıdır.

Tek kişilik anonim şirketlerde çağrılı genel kurulun yapılması mümkündür¹⁰. Tek kişilik anonim şirketlerde bu durum bazı payların üzerinde intifa hakkının bulunması veya rehin alacaklısına oy hakkının tanınması hallerinde ortaya çıkabilir¹¹.

III.GENEL KURULUN NİTELİKLERİ

Genel kurul zorunlu organdır¹². Gerçi TTK’da zorunlu organların tek bir hüküm altında açıkça düzenlendiği görülmemektedir¹³. Bununla birlikte genel kurulun kanunda düzenleme sistemi ile TTK m. 530 hükmü karşısında genel kurulun toplanamamasının şirketin feshi sonucunu doğurması genel kurulun zorunlu organ olduğunu göstermektedir¹⁴. Doktrindeki bir diğer görüş, TTK’daki düzenlemelere ilaveten genel kurulun oluşum biçiminin de bu organın zorunlu organ olduğu sonucunu doğurduğunu belirtmektedir¹⁵. Zira tüm pay sahipleri genel kurulun doğal üyesi olup pek çok pay sahipliği hakkının kullanım yeri olması genel kurulun zorunlu organ olması sonucunu doğurmaktadır¹⁶.

⁹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 297-298; ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 2; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 405, No. 664; Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 698, No. 59.; PULAŞLI, C.I, s. 709; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 191; von BÜREN/STOFFEL/WEBER, s. 103.

¹⁰ Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 59.

¹¹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 303. Burada oy hakkının geçmesinden değil, iradi temsile bağlı olarak pay sahibinin oy hakkının rehin alacaklısı tarafından kullanılmasından söz edilebileceği ilişkin bkz., BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 274.

¹² Doktrinde zorunlu organ ile kanuni organ kavramı birbirinin yerine kullanılmaktadır. Her iki kavram da aynı amaca hizmet etmektedir. Örneğin Öztan, eserinin bir bölümünde zorunlu organ kavramını kapsayacak şekilde kanuni organ kavramını kullanmışken bir başka bölümde aynı anlama gelmek üzere zorunlu organ kavramını kullanmıştır (bkz., ÖZTAN, s. 31, 96). Yine doktrinde Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, kanuni organ – zorunlu organ kavramlarını birbiri yerine kullanmaktadır (bkz., AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 550-551).

¹³ MİMAROĞLU, Hukuki Mesuliyet, s. 1.

¹⁴ MİMAROĞLU, Hukuki Mesuliyet, s. 1-2; ANSAY, s. 94; İZMİRLİ, s. 26-27.

¹⁵ SOYKAN, s. 20.

¹⁶ SOYKAN, s. 20.

Genel kurul ortaklığın karar organıdır¹⁷. Bu doğrultuda şirketin iç işlerine ilişkin kararları alan organdır¹⁸. Genel kurul kararları anonim şirketin irade beyanı olarak bütün pay sahiplerini (TTK m. 423) ve diğer organları bağlar (TTK m. 553).

Genel kurul bir iç organdır¹⁹. Bu doğrultuda ortaklığın iç işlerini gören, ortaklığı dışa karşı temsil edemeyen ve üçüncü kişilerle ilişkiye giremeyen bir organdır²⁰. Bu noktada doktrinde mevcut olan tartışmaya değinmemiz yerinde olacaktır. Şöyle ki, doktrinde bir görüş organların seçimi ile organ sıfatının re'sen genel kurul kararı ile kazanıldığından bahisle genel kurulun şirketi temsilen hareket ettiğini belirtmektedir²¹. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, organların seçimine yönelik genel kurul kararlarının dışa yönelik kabul edilemeyeceğini, böyle bir yetkinin kanundan kaynaklandığını ve içe yönelik olduğunu ifade etmektedir²².

TTK'da açıkça anonim ortaklığın yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil edileceği düzenlenmiştir (TTK m. 365). Temsil organı olarak yönetim kurulu dışında genel kurulun da görev yapacağına ilişkin bir düzenlemeye kanunda rastlanmamaktadır. Yine, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin seçimine ilişkin (TTK m. 359, 399) genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin azline yönelik (TTK m. 364, 408/II c) genel kurul kararı açıkça kanunda düzenlenmiş hususlar olup genel kurulun bu yetkileri kanundan doğmaktadır²³. Dolayısıyla genel kurulun iç organ olmasının gereği olarak gerek seçim gerek azle ilişkin genel kurul kararları iç ilişkide hukuki sonuç doğurmaya yönelik kararlardır.

¹⁷ ÖZTAN, s. 95; PULAŞLI, C. I, s. 709; İMREGÜN, AO, s. 99; ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 2; MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 8.

¹⁸ ÖZTAN, s. 95; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 267; DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

¹⁹ von BÜREN/STOFFEL/WEBER, s. 103; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 191; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 405, No. 664; PULAŞLI, C. I, s. 710; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 297; İZMİRLİ, 27.

²⁰ ÖZTAN, s. 103; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 267; DURAL/ÖĞÜZ, s. 255.

²¹ ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 2.

²² PULAŞLI, C. I, s. 710; POROYTEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 407, No. 666.

²³ Moroğlu, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin seçimlerine ilişkin genel kurul kararları ile azillerine ilişkin kararların dış ilişkide doğrudan etkili olduğunu belirtmektedir (bkz., MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 8; dn. 9).

Kanun yönetim kurulu tarafından bazı işlemlerin yapılabilmesi için genel kurulun onayını arayabilmektedir. Bu gibi durumlarda genel kurul kararları yönetim kurulu tarafından uygulanmak suretiyle dış ilişkide doğrudan etkisini doğuracaktır²⁴. Çünkü yönetim kurulu anonim şirketin temsil (TTK m. 365) ve yürütme organıdır²⁵. Yönetim kurulu genel kurul kararı olmaksızın bu tür işlemleri yapamayacağı gibi aksine bir durumda yapılan işlemle şirket bağlı olmayacaktır²⁶. Bu gibi hallere örnek olarak gösterilebilecek düzenlemeler şunlardır: TTK m. 356 gereği işletme veya aynın devralınmasına ilişkin sözleşmeler genel kurul tarafından onaylanmadıkça geçerli olamaz. Yine TTK m. 538/II gereği tasfiye halinde önemli miktarda aktifin satılabilmesi için genel kurul kararı gereklidir.

Genel kurul daimi organ niteliğinde değildir. Bu durum organın mahiyet ve bünyesinden kaynaklanmaktadır²⁷. Bu doğrultuda anonim şirket genel kurulu yılda en az bir defa olağan ve olağanüstü nedenlerin bulunması halinde olağanüstü toplanır (TTK m. 409).

IV. GENEL KURUL TOPLANTI ZAMANI

Anonim şirket olağan toplantısı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır (TTK m. 409/I). Olağan toplantı kavramı, bu toplantının her yıl yapılmasından ve TTK m. 409'da öngörülen asgari unsurların müzakere edilip karara bağlanmasından ortaya çıkmaktadır²⁸. Olağan genel kurul toplantısının yapılmasına ilişkin süre hükmü düzen kuralı olduğundan toplantının daha sonra yapılması alınan kararların geçerliliğini etkilemez; ancak genel kurul toplantıya çağırarak asli yetkili yönetim kurulu olduğundan koşulların bulunması kaydıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması muhtemeldir²⁹.

²⁴ Doktrinde *Moroğlu*, genel kurul kararlarının kural olarak şirket içi ilişkilerde etkili olduğunu; ancak kanunla veya esas sözleşme ile öngörülmüş olmak kaydıyla bazı genel kurul kararlarının dış ilişkide doğrudan etkili olabilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (bkz., *MOROĞLU*, *Hükümsüzlük*, s. 8). *Tekinalp* de genel kurulun iç organ olduğunu belirttikten sonra bazı istisnalar dışında genel kurulun dış ilişkide doğrudan etkili olabilen kararlar alamayacağını belirtmektedir (bkz., *TEKİNALP*, *Sermaye Ortaklıkları 2015*, s. 297).

²⁵ ÖZTAN, s. 95; ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 5; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 407, No.666.

²⁶ ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 2; MOROĞLU, *Hükümsüzlük*, s. 8; PULAŞLI, C. I, s. 711; *TEKİNALP*, *Sermaye Ortaklıkları 2015*, s. 297.

²⁷ MİMAROĞLU, *Hukuki Mesuliyet*, s. 3; *Zürcher Komm.-OR/TANNER*, Art. 699, No. 1.

²⁸ *TEKİNALP*, *Sermaye Ortaklıkları 2015*, s. 303.

²⁹ *KARAHAN/HUYSAL*, s. 520; *ERDEM*, *Yenilikler*, s. 34. İsviçre hukukunda bu süre altı aydır. Federal mahkeme süreye ilişkin düzenlemenin emredici olduğunu; sürenin uzatılmasına

Olağan toplantılarda, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, karın kullanım şekline, dağıtılacak kar ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara yönelik müzakereler yürütülür ve kararlar alınır (TTK m. 409/I). Benzer bir düzenleme Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 5/I (a) hükmünde yer almaktadır³⁰. Kanunda yer alan asgari unsurların olağan genel kurul toplantı gündeminde yer alması gerekir.

Anonim şirket olağanüstü genel kurul toplantıları gerektiği takdirde yapılır (TTK m. 409/II). Bu doğrultuda Genel Kurul Yönetmeliği m. 5/I (b) hükmü olağanüstü genel kurul toplantısını tanımlamıştır. Buna göre olağanüstü genel kurul, şirket için lüzumu halinde veya zorunlu ve ivedi sebepler çıktığında yapılan ve gündemini toplantı yapılmasını gerektiren sebeplerin oluşturduğu toplantılardır. Olağanüstü genel kurulun zamanı ve konusu niteliği gereği belirlenemez³¹. Bu toplantının gündemini, toplantı yapılmasını gerektiren konular oluşturacaktır³².

V. GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRIYA YETKİLİ OLANLAR

Anonim şirket genel kurulunu toplantıya çağrıya yetkili olanlar esas itibariyle TTK m. 410-412 arasında düzenlenmiştir³³. Bu düzenlemeler göz önüne alındığında genel kurulu toplantıya çağırabilecekler iki kategoride belirlenmiştir. İlk kategoride genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili ve görevli organlar (TTK m. 410) yer alırken; diğer kategoride ise azlık (TTK m. 411-412) yer almaktadır³⁴. TTK m. 410 kenar başlığı “Yetkili ve Görevli Organlar” şeklinde yer almaktadır. Dolayısıyla organların çağrı yetkileri aynı zamanda bir görev niteliğindedir³⁵.

ilişkin sözleşme hükmünün yazılmamış sayılacağına hükmetmiştir (BGE 107 II, s. 248 vd). Buna karşılık doktrinde süreye ilişkin hükmün niteliğinin düzen hükmü olduğu kabul edilir. (bkz., BÜRGI, Art.699 No.36; HONSELL/VOGT/WATTER (DUBS/TRUFFER), Art.699, No.22; KRNETA, Art. 716a, No. 1371; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 208; BÖCKLI, s. 1369).

³⁰ RG. 28.11.2012, S. 28481. Çalışmamızda ilgili yönetmelik “Genel Kurul Yönetmeliği” şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

³¹ KARAHAN/HUYSAL, s. 520; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 303.

³² ANSAY, s. 170; İMREGÜN, AO, s.109; KARAHAN/HUYSAL, s. 531; ŞENER, s. 457.

³³ Bununla birlikte özel durumlar için diğer kanunlarda da çağrı yapabilecekler belirtilmiştir (TMK m. 427/IV; İİK m. 226).

³⁴ NARBAY, s. 169.

³⁵ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 207; NARBAY, s. 169. İsviçre hukukunda da genel kurulu

Adalet komisyonu aşamasında maddeye ikinci fıkra eklenmiş ve belirli hallerde tek pay sahibine de genel kurulu toplantıya çağırma hakkı tanınmıştır. Genel kurulu toplantıya çağırarak asli yetkili yönetim kuruludur pay sahibinin buradaki yetkisi ikincil niteliktedir³⁶. Zira yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmadığı için pay sahibi bu yetkiyi kullanmaktadır. Pay sahibinin bu yetkiyi kullanmamasını onun sorumluluğuna yol açacak bir neden olarak görülmemelidir³⁷. Ayrıca hükmü TTK m. 480/I’de düzenlenen “tek borç ilkesi” açısından da değerlendirmek mümkündür³⁸. TTK yeni düzenleme ile birlikte tek borç ilkesini daha açık hale getirmiştir³⁹. Buna göre pay sahibinin tek ve münhasır borcu taahhüt ettiği sermayeyi ödemektir⁴⁰. Kanunda öngörülen istisnalar dışında esas sözleşme ile pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez⁴¹. Bu itibarla pay sahibine genel kurulu toplantıya çağırma yetkisini aynı zamanda bir borç olarak kabul etmek m.410/II’nin getiriliş amacına uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla TTK m. 410 kenar başlığı ile maddenin içeriği arasında bir uyumsuzluğun bulunduğunu belirtmek kanımızca yerinde olacaktır.

Toplantıya davet, toplantıya katılmaya yetkili olanlar, toplantının yapılması ve diğer konularda olağan ve olağanüstü genel kurul toplantısı aynı kurallara tabidir⁴². Bu nedenle öncelikle genel kurulu toplantıya çağrı hususunda yetkili olanlar belirlenecek daha sonra bu iki tür toplantı hakkında açıklamalar yapılacaktır.

toplantıya çağırma organlar için hem bir görev hem de yetkidir (İsvBK. m. 699).

³⁶ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 304.

³⁷ Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 25.

³⁸ TTK m. 480/I hükmündeki düzenleme; “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez*” şeklindedir.

³⁹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 384.

⁴⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 384; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 604, No. 1019. ETTK m. 405 ile ilgili olarak getirilen düzenlemenin esasen pay sahibinin sınırlı sorumluluğunu pekiştirmek için öngörüldüğü yönünde bkz., NOMER, s.68. Ayrıca bkz., OKUTAN NILSSON, Pay Sahipleri Sözleşmeleri, s. 15 vd.

⁴¹ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 109; PULAŞLI, C. II, s. 1523.

⁴² ERDEM, Yenilikler, s. 34; SCHUCANY, Art. 699, No. 4; BÜRGI, Art.699, No. 35 vd.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 201. ETTK döneminde olağanüstü toplantıya davet hususunda yetkili olan azlığın olağan genel kurul toplantısına davet hususunda da yetkili sayılabilmesi ve gereğinde mahkemece yetkili kılınması konusunda bkz., DOMANIÇ, s. 805. Yeni TTK ile birlikte kanunkoyucu genel kurul ibaresine yer vermek suretiyle olağan-olağanüstü genel kurul ayrımını isabetli bir şekilde ortadan kaldırmıştır (bkz., BAHTIYAR/HAMACIOĞLU, s. 44).

Genel kurul kendisine kanunen yetki verilen organ ve kişiler tarafından toplantıya davet edilebilir. Bu doğrultuda TTK m. 410 vd. hükümlerinde genel kurulu toplantıya çağrı hususunda yetkili olanlar gösterilmiştir. Aynı zamanda Genel Kurul Yönetmeliği'nde de bu hususta düzenleme getirilmektedir. Buna göre genel kurul; yönetim kurulu (TTK m. 410/I; Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/I), tasfiye memurları (TTK m. 410/I; Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/VI), tek bir pay sahibi (TTK m. 410/II; Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/II) ve azlık (TTK m. 411; Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/III-IV) tarafından toplantıya davet edilebilir.

Genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin esasen yönetim kurulunda olduğunu belirten TTK m. 410/I düzenlemesi ETTK m. 365'ten farklı olarak denetçiye böyle bir yetki tanınamış ayrıca görevleri ile ilgili konular için tasfiye memurları da yetkili kılınmıştır⁴³. Bu fıkrada ayrıca süreleri dolmuş olsa bile yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabileceği düzenlenmiştir⁴⁴.

Genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili olanların kanunda belirtilenlerle sınırlı olup olmadığı hususunda doktrinde tartışma mevcuttur. Doktrinde bir görüş, genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili kişilerin kanunda sınırlı olarak gösterildiğini belirtmektedir⁴⁵. Buna karşılık diğer bir görüş, anonim şirket genel kurulunun kendisine kanunen veya ortaklık esas sözleşmesi ile yetki verilen organ ve kişilerin toplantıya çağırabileceğini ifade eder⁴⁶. Son görüş bu

⁴³ TTK gerekçesinde TTK m. 410/I ile ilgili olarak yeni sistemin gereği olarak denetçiye çağrı yetkisinin verilmediği, tasfiye memurlarının yalnızca görevleri ile ilgili konulara ilişkin olarak genel kurulu toplantıya çağırabileceği belirtilmektedir (bkz. TTK m. 410 gerekçesi).

⁴⁴ ETTK döneminde bu konuda bir düzenleme yer almadığından konu doktrinde tartışmalıydı. Yargıtay kararlarında da konu bir istikrar kazanmamıştı (doktrindeki görüşler ve ilgili Yargıtay kararları için bkz., SOYKAN, s. 121 vd.). Madde gerekçesinde, uygulamada tartışmalı olan bu sorunun düzenleme ile çözüme kavuşturulduğu belirtilmektedir (bkz. TTK m. 410 gerekçesi). Doktrinde yönetim kurulunun burada sözü edilen yetkisi açısından bir ayırımın yapılması gereği üzerinde durulmaktadır (bkz., ERDEM, Yenilikler, s. 35). Buna göre, kanunda yönetim kurulunun genel kurulu hangi amaçla çağıracağına ilişkin bir açıklık bulunmadığı, görev süresi sona eren yönetim kurulunun sadece yeni bir yönetim kurulu oluşturmak amacıyla genel kurulu toplantıya çağırabileceği ifade edilmektedir (ERDEM, Yenilikler, s. 35). Yönetim kuruluna tanınan bu yetkinin istisnai bir nitelik taşıdığına ilişkin bkz., TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 233; ŞENER, s. 358; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 40. Hükmün açık lafzının da bu istisnanın sadece genel kurulu toplantıya çağrı ile sınırlı olarak uygulanmasının gerektirdiği yönünde bkz. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 40; TEOMAN, Yönetim Kurulu, s. 9.

⁴⁵ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 304; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 409, No.670; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 238; DOMANIÇ, s. 813; BİLGİLİ-DEMİRKAPI, s. 280.

⁴⁶ ŞENER, s. 458.

sonuca TTK m. 339/II h hükmündeki düzenlemeden yola çıkarak varmaktadır. Zira bu maddede genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacağına şirket esas sözleşmesinde düzenlenebileceği belirtildiğinden çağrıyı yapabilecek olanların da bu kapsamda değerlendirilmesi ihtimal dâhilindedir⁴⁷. Genel kurulu toplantıya çağrı konusunda yetkili olanlar esas olarak TTK'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte esas sözleşme ile diğer kimselere genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin verilmesi TTK m. 340 hükmünü de göz önünde bulundurmaya gerektirir⁴⁸. Zira TTK m. 340/I gereği esas sözleşme anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak kanun buna açıkça izin vermişse sapabilir. Bu doğrultuda kanımızca esas sözleşme ile kanunda öngörülenler dışında kimseye çağrı yetkisi tanınmaz⁴⁹.

Kanunda belirtilenler dışında anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin ölümü, istifası veya ehliyetini yitirmesi nedeniyle organsız kalması ve yönetim kurulu yerine şirketin idaresi mahkeme tarafından bir kayyım bırakılmışsa bu halde kayyımın da genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili kişilerden sayılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰. Kayyımın genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili olduğu aynı zamanda TTK m. 412/I hükmü gereği de ortaya çıkmaktadır⁵¹. Aynı zamanda Genel Kurul Yönetmeliği m.9/V'te de bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, azlık yönetim kurulundan yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacaksa karara

⁴⁷ ŞENER, s. 461. Yazarın bu görüşüne karşılık doktrinde TTK m. 339/II h'da yer alan ifadenin toplantıya davet konusunda yetkili olanları değil toplantıya davet usulünü kapsar bir ifade olduğu belirtilmektedir (bkz., BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 38). *Moroğlu*, çalışmasında TTK'da bazı kimselere şirketin idare ve/veya temsil yetkisinin bırakılması (TTK m. 367, 370) veya belli kimselerin belli bir işle görevlendirilebilmeleri imkânının mevcut olmasından (TTK m. 536) yola çıkarak kendilerine bu yetkilerin tevdi edilmiş olduğu kişilere esas sözleşme ile genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin verilmesinin de mümkün olduğunu belirtmektedir (Bkz., MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 89). *Çevik* de çalışmasında, esas sözleşme ile hangi hallerde olacağını da belirtilerek bazı mercilerin genel kurulu toplantıya davete yetkili olduğuna dair düzenlemelerin getirilebileceğini belirtmektedir (bkz., ÇEVİK, s. 592).

⁴⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., KARASU, s. 48 vd.

⁴⁹ Aksi görüş için bkz., ŞENER, s. 461. Yazar eserinde denetçilere de böyle bir yetkinin esas sözleşme ile verilebileceğini belirtmektedir (bkz., ŞENER, s. 462). *Pulaşlı*, genel kurulun toplantıya çağrılması hususunda TTK m. 410 vd. emredici hükümlere aykırı olmamak üzere esas sözleşmeye bazı şartların konulabileceğini belirtmektedir (bkz., PULAŞLI, C.I, s. 658).

⁵⁰ PULAŞLI, C. I, s. 762; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 237.

⁵¹ ERDEM, Yenilikler, s. 36. Doktrinde ayrıca Yargıtay'ın ticaret şirketlerine kayyım atanmasına yönelik vermiş olduğu kararlar da göz önünde bulundurularak kayyımın çağrıya yetkili olduğu kabul edilmektedir (bkz., ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 245-246).

bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilir. Bu talep yönetim kurulu tarafından reddedilirse veya talebe yedi işgünü içinde olumlu cevap verilmezse genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi tarafından karar verilebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse gündemi düzenlemek ve çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar ve kararda kayyımın görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir⁵².

Anonim şirketin zorunlu organlarından birinin mevcut olmaması bu organların toplanamaması veya karar alamaması ve bu eksikliklerin başka suretle giderilememesi durumunda şirkete TTK m.1 atfı doğrultusunda TMK m. 427/I, b. 4 hükmü gereğince mahkeme tarafından yönetim kayyımı atanır⁵³. Mahkemece atanan kayyım işlevini üstlenmiş olduğu organa ait olan çağrı yetkisini kullanacaktır⁵⁴. Bu organ yönetim kuruludur⁵⁵.

TTK m. 410 vd hükümlerinde iflas idaresinin genel kurulu toplantıya çağırabileceği hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak anonim şirketin iflas yolu ile tasfiyesi halinde İİK m. 226 gereğince müflis şirketin yasal temsilcisi iflas idaresi olduğundan genel kurulu toplantıya çağırarak olan da iflas idaresi olacaktır. Dolayısıyla genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili makamlar arasında iflas idaresinin de belirtilmesi gereklidir⁵⁶.

Diğer mevzuata göre genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili olanlar arasında yeddi adiller” de gösterilmektedir⁵⁷. Buna göre HMK m.391 vd hükümlerine göre şirketin idare ve temsil yetkisinin mahkemece ihtiyati tedbir olarak yeddi adile bırakılması halinde yeddi adil genel kurulu olağan ve olağanüstü toplantıya çağırabilecektir⁵⁸.

⁵² Konuyla ilgili olarak kanun tasarısı aşamasında genel kurulu toplantıya çağrı ve yetkileri olanların düzenlendiği m. 410 hükmünde kayyımın yer almaması eksiklik olarak değerlendirilmekteydi. Bu husustaki eksikliğin tamamlanması için düzenlemeye kayyımın da eklenmesinin yerinde olacağı belirtilmekteydi (bkz., MOROĞLU, Tasarı, s. 206-207; NARBAY, s. 181). Aynı eleştirilerin TTK m. 410 açısından da geçerli olduğunu söylememiz yerinde olacaktır.

⁵³ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 91; NARBAY, s. 180.

⁵⁴ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 92.

⁵⁵ Anonim şirkette yalnızca yönetim için gerekli organın yokluğu halinde kayyım atanabileceğine dair bkz., GÜMÜŞ, s. 108.

⁵⁶ İMREGÜN, AO, s. 112; NARBAY, s. 180; MOROĞLU, Tasarı, s. 206-207; YİĞİT, s. 93.

⁵⁷ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 90.

⁵⁸ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 90; YİĞİT, s. 93.

VI. AFFECTIO SOCIETATİS UNSURU VE TEK PAY SAHİBİNİN GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YETKİSİ

Affectio societatis kavramı Roma hukuku kökenli olup Fransız hukukunda da yer almaktadır. Türk hukukuna da oradan aktarılmıştır⁵⁹. Bu kavramla kast edilen ortakların şirket amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak eşit durumda şirket faaliyetlerine katılmaları ve bu yolda diğer ortaklarla aktif işbirliği içinde bulunarak birlikte çaba sarf etmeyi üstlenmeleridir⁶⁰.

Doktrinde ortaklar arasındaki eşitliğin mutlak anlamda eşitlik olarak yorumlanmamasının gerektiği; zira bu eşitliğin herkesin sermayesi oranında kar ve zarara katılması anlamına geldiği ifade edilmektedir⁶¹. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, adi şirketlere ilişkin prensiplerden hareket ederek şirket sözleşmesi ile kar ve zarara eşit olarak iştirak etme esasından ayrılmanın mümkün olduğunu (TBK. m. 623), ortaklıktan doğan diğer haklarda da eşitlik ilkesinin mutlak olmadığını belirterek eşitliği şirket akdinin asli unsuru olarak görmemektedir⁶². Aktif işbirliğinin de şirketin esaslı bir unsuru olmadığı görüşü mevcuttur⁶³. Bu görüşe göre, taraflar arasında işbirliği olmayan hallerde şirket akdi mutlaka yoktur denemez⁶⁴.

Affectio societatis unsuru çerçevesinde ortakların her biri müşterek amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunmalı ve bu amaca aykırı eylem ve işlemlerden kaçınmalıdır⁶⁵. Bu doğrultuda affectio societatis şirket akdinin zorunlu unsuru kabul edilmektedir⁶⁶.

⁵⁹ BARLAS, s. 38.

⁶⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 25, No. 60; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 35, No.60; BARLAS, s.38; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 60; ŞENER, s. 8; DOĞANAY, s. 53. Affectio societatis kavramı ile ilgili olarak farklı tanımlar için bkz., MİMAROĞLU, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, s. 57; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II, s. 61; DOMANIÇ, s. 28-29.

⁶¹ MİMAROĞLU, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, s. 57.

⁶² KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II, s. 62.

⁶³ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II, s. 62.

⁶⁴ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II, s. 62.

⁶⁵ ŞENER, s. 9. Benzer yönde bkz., PULAŞLI, C. I, s. 31; DOMANIÇ, s. 27-28.

⁶⁶ DOĞANAY, s. 53; ŞENER, s. 9; DOMANIÇ, s. 29. *Barlas* da eserinde birlikte çaba yükümlülüğünün asli edim yükümü olduğunu belirtmektedir (bkz., BARLAS, s. 41). Doktrinde bu unsurun şirket akdinin zorunlu unsuru olmadığına ilişkin bkz., KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II, s. 62. Diğer görüşler için bkz., DOMANIÇ, s. 28-29'da anılan yazarlar.

Affectio societatis kavramı doğası gereği birden fazla kişinin bir arada bulunmasını gerektirmektedir⁶⁷. Bilindiği gibi yeni TTK ile anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulmasına olanak tanınmıştır. TTK m. 338 ile anonim şirketler bakımından bir veya daha fazla pay sahibi olan kurucunun varlığı aranmakta iken; limited şirketler bakımından TTK m. 573 hükmünde bir veya daha fazla kişi ile kurulabileceği düzenlenmiştir. Tek kişilik şirket kavramının affectio societatis unsuru ile tam olarak bağdaşmadığı kabul edilmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda anılan şirketlerde bu unsurun tek ortağın şirket kuruluşuna yönelik tek taraflı irade beyanı ile klasik bir şirket ortağı olarak davranma ve şahsi malvarlığı ile şirket malvarlığı arasındaki ayrıma saygı gösterme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁶⁹.

Affectio societatis unsuru kişisel özelliklerin ağır bastığı kişi ortaklıklarında kuvvetli bir şekilde kendini hissettiren sermaye ortaklıklarında ve özellikle çok sayıda ortağı bulunan anonim şirketlerde ise bu unsurun zayıfladığı fakat tamamen yok olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Bu doğrultuda bu tür şirketlerde bulunan kamuyu aydınlatma ilkesinin⁷¹ pay sahibine müşterek gaye için kendisine düşen özeni gösterme imkânının sağlanması fikrine dayandığı kabul edilmektedir⁷².

Anonim şirketlerde pay sahiplerini birbirine ve anonim şirkete bağlayan tek bağ maddi menfaattir⁷³. Bu bağlamda pay sahiplerinin şirkete katılmalarındaki temel amaçları getirdikleri sermaye karşılığında kazanç elde etmektir⁷⁴. Bu kazanç, şirketin faaliyette bulunduğu dönemde kar payı,

⁶⁷ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 61.

⁶⁸ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 176.

⁶⁹ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 176.

⁷⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 26, No. 60; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 35, No.60; PULAŞLI, C. I, s. 31; DURAL, s. 58.

⁷¹ Kamuyu aydınlatma ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz., ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 198 vd.

⁷² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 35, No. 60; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 26, No. 60.

⁷³ İMREGÜN, Menfaat İhlalleri, s. 2.

⁷⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 255; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 207. Anonim şirketlerin amaç ve konusunun ortaklara iktisadi menfaat sağlamak olduğuna ilişkin bkz., ANSAY, s. 18; İMREGÜN, AO, s. 24, PULAŞLI, C. I, s. 640. Doktrinde anonim şirketlerin kanunen yasaklanmamış her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilmesinden ötürü (TTK m. 331) bunların konunun iktisadi olması halinde kazanç sağlamak ve ortaklara dağıtmak amacı dışındaki amaçlarla kurulabilmesinin imkan dahilinde olduğu da ileri sürülmektedir (bu görüş için bkz., POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 243, No. 436). *Tekil* de çalışmasında anonim şirketlerin her çeşit amaç ve konu için kurulabileceğinden söz

şirketin sona ermesi aşamasında tasfiye payı olarak belirlemektedir⁷⁵. Bu amaç bakımından şirketin ekonomik durumu pay sahipleri için oldukça önemlidir. Bu nedenle, pay sahiplerinin şirketin mali durumu ve bununla ilgili her tür faaliyete yönelik söz sahibi olabildikleri haller affectio societatis unsurunun anonim şirketler hukukunda bir yansıması olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Bu bağlamda çalışma konumuz olan tek pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi (TTK m. 410/II) pay sahiplerinin müşterek amacın gerçekleştirilmesine aktif olarak katkıda bulunmalarını sağlayan düzenlemelerden bir tanesidir⁷⁷.

VII. TEK PAY SAHİBİNİN GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI YETKİSİ

A. VAZGEÇİLMEZ HAKLAR VE TEK PAY SAHİBİNİN ÇAĞRI YETKİSİ

TTK m. 410/I'e göre, "Genel kurul, süresi dolmuş olsa bile, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılabilir. Tasfiye memurları da, görevleri ile ilgili konular için, genel kurulu toplantıya çağırabilirler". Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir. Mahkemenin kararı kesindir".

Pay sahibinin vazgeçilmez hakları söz konusudur. Bu haklar kanun tarafından tanınmakta olup esas sözleşme ile yaratılamazlar⁷⁸. Bu durum TTK m. 447/I (a) düzenlemesinden anlaşılmaktadır. Yine aynı düzenlemede vazgeçilmez haklardan bazıları sayılmıştır⁷⁹. Bu doğrultuda pay sahibinin sadece menfaatlerinin korunması için değil aynı zamanda anonim şirketin temel yapısının bozulmadan korunması hususunda hakları bulunmaktadır⁸⁰.

etmektedir (bkz., TEKİL, s. 97).

⁷⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 255.

⁷⁶ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 62.

⁷⁷ Anonim şirketlerde affectio societatis unsurunun bir yansıması olarak görülebilecek diğer düzenlemelerden bazıları ise pay sahibinin genel kurula katılma hakkı (TTK m. 425), bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 437), özel denetim isteme hakkı (TTK m. 438), genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkı (TTK m. 446), yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açma hakkı (TTK m. 553), denetçiler aleyhine sorumluluk davası açma hakkından (TTK m. 554) oluşmaktadır (bkz., ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 62).

⁷⁸ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 347; KARAHAN/BOZGEYİK, s. 634.

⁷⁹ Pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan hakları sayılan haklardandır.

⁸⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 347; ŞENER, s. 542; ERDEM N., s. 31; FORS-

Vazgeçilmez hakları pay sahibinin rızası olsa dahi elinden alınması söz konusu olamaz⁸¹. Bu hakların genel kurul veya yönetim kurulu kararlarına tabi olması söz konusu değildir⁸². Bu haklar arasında, pay sahibinin iptal davası açma hakkı, sorumluluk veya haklı sebeple fesih davası açma hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim isteme hakkı, azlık hakları sayılmaktadır⁸³. TTK ile getirilen yeni düzenleme doğrultusunda bu hakların arasında bundan böyle m. 410/II hükmünde yer alan pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağrı hakkı da sayılmalıdır.

B. ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA DURUM

Tek pay sahibinin genel kurulu çağrı yetkisi ile ilgili olarak ne Alm. POK.'da ne de İsviçre hukukunda kanuni bir düzenlemeye rastlanmaktadır⁸⁴. Bununla birlikte esas sözleşme ile böyle bir yetkinin pay sahibine tanınıp tanınmayacağına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi konusunda her iki hukuk sistemi açısından açıklamaların yapılması yerinde olacaktır. Çalışmamızda öncelikle bahsi geçen yabancı hukuk sistemlerinde genel kurulun toplantıya çağrılması hususundaki düzenlemelere değinilecek daha sonra Türk hukukundaki hüküm detaylı bir şekilde incelenecektir.

Alman hukukunda anonim şirket genel kurulunun toplantıya çağrılması Alm. POK §§ 121-128 arasında düzenlenmektedir. Bu doğrultuda Alm. POK.'da çağrı sebepleri (§ 121/I), yetkili kişiler tarafından toplantıya çağrı (§ 121/II), çağrının içeriği (§ 121/III), usulü (§ 121/IV, IVa) ve toplantının yeri (§ 121/V) düzenlenmektedir.

Genel kurulun kanunda belirlenen hallerde toplantıya davet edilebileceği (§ 121/I) ve bu açıdan yönetim kurulunun hem yetkili hem de görevli olduğu belirtilmektedir⁸⁵. Yine genel kurul esas sözleşmede belirlenen hallerde olduğu

TMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 460.

⁸¹ ŞENER, s. 543; PULAŞLI, C. II, s. 1555; KARAHAN/BOZGEYİK, s. 634; ERDEM, N., s. 31; MEIER, s. 170.

⁸² PULAŞLI, C. II, s. 1555.

⁸³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 521, No. 870 c; ŞENER, s. 543; PULAŞLI, s. 1555; MEIER, s. 170.

⁸⁴ Borsa anonim şirketler için öngörölmüş olan 2007/36 sayılı Yönerge'de tek pay sahibinin olağan genel kurul gündemine görüşülmesini istediği hususları ilave etmesi ve genel kurulu olağanüstü toplantıya çağrı hususunda yetkili olduğunu düzenlemektedir (m. 6), (Directive 2007/36 EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Exercise of Certain Rights of Shareholders in Listed Companies, OJ L 184/17, 14.07.2007).

⁸⁵ HÜFFER, s. 671; Münc. Komm. AktG/KUBIS, § 121, No. 5 vd.; Münc. Hdb. AktG./SEMLER, § 35, No. 6.

gibi şirketin menfaatinin gerektirdiği hallerde de toplantıya davet edilebilir (§ 121/I).

Genel kurulu toplantıya davet konusunda yetkili olanlar arasında öncelikle yönetim kurulu yer almaktadır (§ 121/II). Yönetim kurulu organ olarak basit çoğunlukla vereceği kararla genel kurulu toplantıya davet edebilir. Ayrıca ticaret siciline tescil edilmiş yönetim kurulu üyeleri de genel kurulu toplantıya davete yetkilidir (§ 121/II). Bu son durum hukuk güvenliğine hizmet etmesi açısından kanunda yer almaktadır⁸⁶.

İlgili düzenlemede yukarıda sayılanlardan başka, kanun gereği veyahut sözleşme ile yetki verilen diğer kimselerin de davetinden bahsedilmektedir. Kanun gereği kendisine çağrı yetkisi tanınan diğer kimseler arasında şirketin menfaatinin gerektirmesi halinde gözetim kurulu (§ 111/III), mahkemece yetki tanınmış olan azlık (§ 122/III) ve nihayet tasfiye memurları (§ 268/II) yer almaktadır⁸⁷.

Alman hukukunda esas sözleşme ile de bazı kimselere genel kurulu davet yetkisinin tanınabileceği kabul edilmektedir (§ 121/II). Bu durumda kanunen tanınan genel kurulu davet yetkisi esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ancak genişletilmesi mümkündür⁸⁸. Dolayısıyla kanun gereği toplantıya çağrı yetkisi olanların bu yetkisine dokunulması mümkün değildir⁸⁹. Bu doğrultuda yönetim kurulu veya gözetim kurulu üyelerinden her birine, belirli pay sahiplerine veya pay sahibi gruplarına, üçüncü kişilere davet yetkisinin verilmesi mümkündür⁹⁰.

İsviçre hukukunda genel kurulu toplantıya çağrı yetki ve görevi birincil olarak yönetim kurulundadır. Bununla birlikte gerektiği hallerde (ikincil olarak) denetim kurulunun da genel kurulu toplantıya çağrı yetki ve görevi bulunmakta (İsv. BK. m. 699/I); yine tasfiye aşamasında belirli hallerde tasfiye memurlarının çağrı yetki ve görevi bulunmaktadır (İsv. BK. m. 699/I)⁹¹.

⁸⁶ HÜFFER, s. 672.

⁸⁷ HÜFFER, s. 672; Münc. Hdb. AktG/SEMLER, § 35, No. 9 vd.; Münc. Komm. AktG/KUBIS, § 121, No. 15 vd.

⁸⁸ BÜRGER/KÖRBER (REGER, § 121, No. 9).

⁸⁹ HÜFFER, § 121, No.8.

⁹⁰ HÜFFER, s. 672; BÜRGER/KÖRBER (REGER, § 121, No. 9); Münc. Hdb. AktG./SEMLER, § 35, No. 11; Münc. Komm. AktG/KUBIS, § 121, No. 26.

⁹¹ Bu hususlarda detaylı bilgi için bkz., Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 23 vd.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 204 vd.; BÜRGI, Art. 699, No. 6 vd.; HONSELL/VOGT/WATTER (DUBS/TRUFFER), Art.699, No. 2 vd.

Ayrıca azlığın da genel kurulu toplantıya çağrı hakkı bulunmaktadır (İsv. BK. m. 699/III).

İsviçre hukukunda pay sahiplerine esas sözleşme ile genel kurulu toplantıya davet yetkisinin verilir verilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Kanunda pay sahiplerine genel kurulu toplantıya davet yetkisi azlık hakkı olarak tanınmıştır. Buna karşılık bireysel bir hak olarak düzenlenmemiştir. Ancak tek pay sahibi azlık hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan paya sahip olduğu takdirde azlık hakkı olarak davet yetkisini kullanabilir⁹².

Doktrinde bir görüş genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin hükümlerin pay sahipleri yararına öngörülmesinden dolayı tek taraflı olarak emredici nitelikte olduğunu belirterek esas sözleşme ile ilgili hükümleri ağırlaştırıcı düzenlemeler yapılamayacağını; buna karşılık hafifletici düzenlemelerin yapılmasının imkân dâhilinde olduğunu savunmaktadır⁹³. Bu doğrultuda esas sözleşme ile pay sahiplerine genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin verilmek suretiyle bireysel hakkın yaratılması mümkündür⁹⁴.

Diğer görüş ise, genel kurulu toplantıya doğrudan çağrının yönetim kurulunun devredilemez yetki ve görevlerinden olduğunu belirtmektedir. Zira İsv. BK. m. 716a/I, bent 6 hükmünde genel kurul toplantılarını hazırlama görevi yönetim kuruluna verilmiştir ve bu görev yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında sayılmaktadır⁹⁵. Dolayısıyla pay sahiplerine münferiden genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin verilmesi kabul edilmemektedir.

⁹² HONSELL/VOGT/WATTER (DUBS/TRUFFER), Art.699, No. 12. İsviçre hukukunda sermayenin en az yüzde onuna sahip tek bir pay sahibi veya birden fazla pay sahibi azlık hakkı olarak genel kurulu davet yetkisini kullanabilmektedir (İsv. BK.. m. 699/III). Ayrıca Türk hukuku bakımından bkz., ANSAY, s. 255; DOMANİÇ, s. 811; ARSLANLI, AŞ, C. I, s. 238; PULAŞLI, C. I, s. 759; ŞENER, s. 464.

⁹³ Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 207; HONSELL/VOGT/WATTER (DUBS/TRUFFER), Art.699, No. 12.

⁹⁴ FUNK, Art.699 No.1; HONSELL/VOGT/WATTER (DUBS/TRUFFER), Art.699, No. 12; Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 20. Ancak yazar bu durumda pay sahibinin doğrudan çağrı yetkisinin esas sözleşme ile düzenlenemeyeceğini belirtmektedir (Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 45).

⁹⁵ Zürcher Komm.-OR/TANNER, Art. 699, No. 44. *Homburger* de yönetim kurulunun genel kurul toplantılarını hazırlama görevinin esasen İsv. BK. m. 698 vd. hükümlerine ilişkin olduğunu belirtmektedir (bkz. Zürcher Komm.-OR/HOMBURGER, Art. 716a, No.599). *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* de münferiden pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırılmayacağını; zira kanunda bu yetkinin azlığa tanındığını belirtmektedir (bkz., s. 204).

C. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

TTK m. 410/II'ye göre, “Yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir. Mahkemenin kararı kesindir”.

TTK m. 410/II genel kurulun mahkeme izni ile tek pay sahibi tarafından toplantıya davet edilmesini düzenler. Münferit pay sahibi genel kurulu doğrudan toplantıya davet edemez. Pay sahibinin davet yetkisi yönetim kurulunun toplanması hususundaki sorunların mevcudiyetinden kaynaklanmaktadır⁹⁶.

TTK m. 410 hükmüne bu fıkra Adalet komisyonu aşamasında eklenmiştir. Eklenen bu fıkra hükmü genel kurulun bazı olağanüstü durumlarda toplantıya çağrılabilmesini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Düzenleme ile azlık oluşturmayan tek bir pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırabilmesi olanağı getirilmiştir⁹⁷. Uygulamada çeşitli sebeplerden ötürü yönetim kurulunun toplanamaması, toplantı nisabının gerçekleşmemesi veya mevcut olmaması gibi durumların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu hallerde tek pay sahibine genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi tanınmaktadır⁹⁸. Bir kimsenin sahip olması gereken asgari pay birdir⁹⁹. Bir payın birden fazla sahibi bulunuyorsa bunların birlikte hareket ederek toplantı çağrısını yapmaları gerekecektir¹⁰⁰.

⁹⁶ KARAHAN/BOZGEYİK, s. 663; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 304.

⁹⁷ ERDEM, Yenilikler, s. 37.

⁹⁸ Bkz., TTK m. 410/II gerekçesi. Gerekçede, bu düzenlemenin TTK m. 530 bağlamında organ yokluğuna da engel olabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, uygulamada ortaya çıkan yönetim kurulunun toplanamaması, toplantı nisabının gerçekleşmemesi veya mevcut olmaması gibi hallerde şirketin kilitlenmesinin söz konusu olabileceği ve bu doğrultuda genel kurulun toplanmasının gerekeceği vurgulanmaktadır. Yine Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın uygulamasının tüm pay sahiplerinin noterde beyanda bulunmak suretiyle genel kurulu toplantıya çağırılmaları olduğu ancak bu durumun her zaman gerçekleşmesinin güç olduğunu dolayısıyla ikinci fıkranın bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir (Bu son uygulamanın yerinde olmadığı yönünde doktrindeki görüş için bkz., HELVACI, s.34-35). Yazar bu duruma yönelik çağrısız genel kurulun yapılmasının imkân dâhilinde olması ve davet yetkisi gibi emredici türden bir hükmün yönetmelikle getirilmesinin mümkün olamayacağı gerekçelerini ileri sürmektedir (s. 34).

⁹⁹ KARAHAN/BOZGEYİK, s. 663.

¹⁰⁰ KARAHAN/BOZGEYİK, s. 663. Payın birden fazla sahibi varsa anonim şirkete karşı haklar müşterek mümessil aracılığı ile kullanılabilir (bkz., POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar Hukuku, s. 468, No. 771).

Aynı doğrultuda bir düzenleme Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/II'de de mevcuttur. Bu hükme göre; “Yönetim kurulunun mevcut olmaması veya devamlı olarak toplanamaması yahut toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması halinde, Kanunun 410 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, mahkemeden izin alan pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir”.

Pay sahibine getirilen bu hak, mahkemenin vereceği izin kararıyla kullanılabilir¹⁰¹. İzin kararı, kötüye kullanmalara engel olmak için getirilmiştir¹⁰². Doktrinde ilk toplantı bakımından yetkilendirilen pay sahibinin ikinci toplantı çağrısını da aynı anda yapması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰³. Gerçekten de bu düzenlemenin getiriliş amacı dikkate alındığında şirketin organsız kalmasının engellenmesi amaçlanmaktadır ve yorumun da bu doğrultuda yapılması gerekmektedir¹⁰⁴.

İşin niteliği gereği mahkemenin kararı kesindir¹⁰⁵. Kanun hükmünde, izin kararının mahkeme tarafından dosya üzerinden mi yoksa duruşmalı mı vereceği yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konunun gerekçede somut olayın özelliklerinin dikkate alınabilmesi için mahkemenin takdirine bırakıldığı belirtilmektedir¹⁰⁶. Pay sahibi mahkemeye başvurduğunda gündem taslağını da vermelidir. Zira TTK m. 413/I ve Genel Kurul Yönetmeliği m. 13/VI hükmüne göre, gündemi toplantıya çağırana belirler.

TTK m. 410/II anonim şirketin organsız kalma tehlikesine karşı getirilmiş bir hükümdür¹⁰⁷. Doktrinde tek pay sahibinin bu yetkisi ile adeta yönetim kurulu yerine geçtiği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Doktrindeki diğer görüş, pay sahibinin mahkeme kararı olmaksızın bu yetkisini kullanmadığından

¹⁰¹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 311.

¹⁰² Bkz., TTK m. 410/II gerekçesi.

¹⁰³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 282.

¹⁰⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 282.

¹⁰⁵ Yargıtay TTK m. 410/II çerçevesinde davalı anonim şirketin genel kurulunun toplantıya çağırılmasına izin istemine ilişkin davada mahkemece verilen kararın kesin olduğuna ve karar düzeltme isteminin reddine karar vermiştir (bkz., Y. 11. HD., 1.7.2014 T., E. 2014/8014, K. 2014/12619; İsbD. 2014, C. 88, S. 6, s. 711-712).

¹⁰⁶ Bkz., TTK m. 410/II gerekçesi.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz., Erdem, Yenilikler, s. 37.

¹⁰⁸ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2013, s. 261. Yazarın aynı eserinin dördüncü basısında bu konuya yönelik bir açıklaması bulunmamaktadır. Yazar, her pay sahibinin TTK m. 410/II kapsamında yönetim kurulunun seçimi için genel kurulun toplantıya çağırılması bakımından kendisine izin verilmesini mahkemeden talep edebileceğini belirtmektedir (bkz., TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 304)

ilk görüşü benimsememektedir¹⁰⁹. Öncelikle belirtilmelidir ki pay sahibinin buradaki yetkiyi kullanabilmesi yönetim kurulunun kendisinden beklenen genel kurulu davet yetki ve görevini yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca pay sahibinin bu yetkiyi yönetim kurulu gibi doğrudan kullanması mümkün değildir. Bu hususta mahkemenin kararı gerekir. Gerçekten de kanun gerekçesine baktığımızda pay sahibinin bu daveti kötüye kullanımlara engel olmak amacıyla mahkeme kararıyla yapabilmesi gerekmektedir. Tüm bu nedenlerle doktrindeki ikinci görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz.

TTK m. 410/II hükmünün tek pay sahipli anonim şirketler açısından önemi vardır. Özellikle profesyonel yönetim kurulundan oluşan anonim şirketlerde yönetim kurulunun üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde pay sahibi bu düzenlemeye dayanmak suretiyle genel kurulu toplantıya davet edebilir¹¹⁰. Bu ihtiyacın tek ortağın vakıf, üniversite veya dernek olduğu hallerde daha sık ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir¹¹¹.

Bu hükümle pay sahibi yönetim kurulunun yönetim görevini ifa etmemesi/edememesi nedeniyle mahkeme kararı aracılığı ile yetkisini kullanabilecektir. Bu yetki genel kurulu toplantıya davete yöneliktir. Böylelikle kanun koyucu yönetim kurulunun seçilmesini sağlayıcı bir olanağa yer vermiştir. Münferit pay sahibinin yetkisi sadece yönetim kurulunun seçilebilmesi haline özgüdür¹¹².

Tek pay sahibinin genel kurulu davet hususunda yetkilendirilmesi uygulama açısından pek çok sorunu da beraberinde getirecek gibi gözükmektedir. Zira tek pay sahibinin mahkeme tarafından davet konusunda yetkilendirilmesi toplantıyla ilgili gerekli hazırlıkları yapması sonucunu doğuracaktır¹¹³. Pay sahibinin genel kurulu toplantıya davet edebilmesi için elinde bilgi ve belgelerin bulunması gereklidir. Zira TTK m. 414/I hükmüne göre (Genel Kurul Yönetmeliği m. 10/I) genel kurul toplantıya esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin (varsa) internet sitesinde ve Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Ayrıca pay defterinde yazılı pay

¹⁰⁹ Erdem, Yenilikler, s. 37.

¹¹⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2013, s. 261; Erdem, Yenilikler, s. 37.

¹¹¹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2013, s. 261.

¹¹² Pay sahibine tanınan bu yetkinin yapılmamış olağan genel kurullar, esas sözleşme değişiklikleri, olağanüstü çağrılar için kullanılmayacağı; zira pay sahibinin ne finansal tabloları ne de esas sözleşme değişikliği tasarisını hazırlamaya yetkili olduğu hususunda bkz., TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 303, 304.

¹¹³ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 311.

sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine de toplantı günü ile gündem ve ilan çıkacağı veya çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektupla bildirilir. Bu bağlamda pay sahibi mahkeme ilamına dayanarak yönetim kuruluna başvurarak genel kurul davetinin yapılabilmesi için gerekli bilgi ve belgelerin verilmesini talep edecektir. Yönetim kurulu bu bilgi ve belgeleri verdiği takdirde herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak yönetim kurulu bu bilgi ve belgeleri verecek durumda değilse¹¹⁴ veya vermekten kaçınıyorsa¹¹⁵ pay sahibinin genel kurul davet etmesinde sıkıntılar yaşayacağı muhakkaktır. Bu nedenle doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, burada da TTK m. 412’de öngörüldüğü şekilde toplantının yapılmasını sağlamak için bir kayyımın görevlendirilmesi yolunun tercih edilmesi daha yerinde bir tercih kabul edilebilirdi¹¹⁶.

VIII. TTK m. 410 ile TTK m. 530 ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

TTK m. 410/II düzenlemesini madde gerekçesinde de belirtildiği üzere TTK m. 530 anlamında organ eksikliği ile bağlantılı olarak incelemek gerekmektedir. Zira pay sahibine tanınmış olan böyle bir yetki TTK m. 530 kapsamında ortaya çıkabilecek organ eksikliği sorununu ortadan kaldıracak niteliktedir.

TTK m. 530/I uyarınca “*Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir*”.

¹¹⁴ Yönetim kurulu üyelerinin toptan kaza geçirmesi veya ölmesi gibi.

¹¹⁵ Bu durumda da yönetim kurulunun mahkeme ilamına uyarak pay sahibine genel kurul davetini gerçekleştirilmesi için kolaylık göstermesi gerekir (Azlığın genel kurul davetine ilişkin olarak ETTK döneminde bu yönde açıklamalar için bkz., YASAMAN, s. 453).

¹¹⁶ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 311. Doktrinde TTK m. 412 hükmünden örnekleme yolu ile yararlanılabileceği ve pay sahibinin mahkemeye başvurusunda öncelikle çağrı hakkının varlığını kanıtlamasının, ayrıca gündemi ve gerekçelerini belirtmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, kayyım atamaya re’sen yetkili olan mahkemenin TMK m. 426/III ve m. 427/IV gereğince genel kurul toplantısını icra ile görevli bir temsil kayyımı atamasının mümkün olacağı belirtilmektedir (bkz., POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 486, No. 678).

Kanun koyucu bu düzenleme ile uzun süreden beri şirketin organ eksikliğini ve genel kurulun toplanamamasını fesih sebebi olarak öngörmüştür¹¹⁷. Kanunen gerekli olan organlar teriminin anlamı doktrine bırakılmıştır¹¹⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki anonim şirketin denetim sistemi yeni TTK ile değiştirilmiştir. Denetçi organ olmaktan çıkarılmıştır¹¹⁹. Yeni düzenin getirilmesi ile denetçi anonim şirketin kurumsal yapısının bir parçası değil, bir hizmet birimi haline getirilmiştir¹²⁰. Anonim şirketten bağımsız olup görevi sadece denetlemedir¹²¹. Bu bağlamda, anonim şirketin zorunlu kanuni organları yönetim kurulu ile genel kuruldan oluşmaktadır¹²².

TTK m. 530 anlamında organ eksikliği kanuni ve daimi organ olan yönetim kurulunun bulunmamasıdır. Zira kanun koyucu da bu hususa düzenlemede işaret etmiş bu doğrultuda daimi organ olmayan genel kurulun toplanamamasını fesih sebebi olarak öngörmüştür¹²³. Dolayısıyla bizde çalışmamızda konumuzun içeriği doğrultusunda organ eksikliği ile ilgili açıklamalarımızı yönetim kurulu temelinde yapacağız¹²⁴.

TTK m. 530/I gerekçesine baktığımızda gerekli organın mevcut olmaması ile kast edilenin bu organın gerçekten bulunmaması olduğu belirtilmektedir¹²⁵. Gerekçede devamında yönetim kurulunun süresi sona ermiş olmasına rağmen yeni bir yönetim kurulunun seçilememiş olması veya yönetim kurulu üyelerinin istifaları ile kurulun boşaldığı ve yerlerini doldurma imkânının bulunmadığı haller yönetim kurulunun mevcut olmadığı hallerde örnek olarak gösterilmiştir¹²⁶. Yalnız ifade etmeliyiz ki TTK m. 530/I kapsamına sadece şekli anlamda organ eksikliği girmemektedir. Organ eksikliği başlığı altında yapacağımız açıklamalarda da belirteceğimiz üzere geniş anlamda organ eksikliği hali de TTK m. 530/I kapsamında değerlendirilir. Bu bağlamda gerekçede yönetim kurulunun mevcut olmasına rağmen hiç veya gereği gibi toplanamaması halinin de bu madde kapsamında

¹¹⁷ ŞENER, s. 624.

¹¹⁸ Bkz., TTK m. 530 gerekçesi.

¹¹⁹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 214.

¹²⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 214.

¹²¹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 214.

¹²² TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 214.

¹²³ İMREGÜN, AO, s. 479; ŞENER, s. 624.

¹²⁴ Genel kurulun yokluğu ile ilgili açıklamalar için bkz., SOYKAN, s. 216 vd.

¹²⁵ Bkz., TTK m. 530 gerekçesi.

¹²⁶ Bkz., TTK m. 530 gerekçesi.

değerlendirebileceği ifade edilmiştir. İşte bu gibi durumların ortaya çıkması halinde TTK m. 410/II hükmündeki düzenlemenin işletilebilme imkânı ortaya çıkmaktadır. Böylelikle organ eksikliğinin sonucu olan şirketin feshi TTK m. 410/II'nin uygulanması suretiyle engellenebilecektir.

TTK m. 530 bağlamında şirketin feshine karar verilebilmesi için organ eksikliğinin devamlılık göstermesi, mahkemece şirkete durumunu kanuna uygun hale getirmesi için süre vermesi ve bu süre içinde durumun düzeltilmemesi gerekir.

Devamlılık ile ne kadar bir sürenin anlaşılması gerektiği hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Kanunda devamlılık “uzun süreden beri” ibaresi ile ifade edilmektedir. Hâkim somut olayın şartlarına göre bu süreyi belirleyecektir. Süre konulması halinde kötünietli kişilerin hem sürenin varlığını hem de mahkeme sürecini dikkate alarak haksız uygulamalar içine girebilecekleri düşünülmüştür¹²⁷. Kanımızca da süre bakımından somut bir zaman aralığının verilmemesi yerinde olmuştur. Zira bu sürenin organ eksikliğinin türüne göre ve somut olayın koşulları çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekecektir.

Dava açıldıktan sonra mahkeme yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için bir süre belirler¹²⁸. Verilecek sürenin şirket açısından fayda sağlamayacağı ve sonucu değiştirmeyeceği anlaşılrsa bile şirkete bu sürenin tanınması gerekir¹²⁹. Zira kanun koyucunun amacı doğrudan şirketin feshini sağlamak değil ona fırsat tanımak suretiyle faaliyetlerine devam etmesini sağlamaktır¹³⁰. Süre belirlenirken organ eksikliğinin konumuz açısından yönetim kurulu eksikliğinin tamamlanması

¹²⁷ Bkz., TTK m. 530 gerekçesi. Doktrinde kanun hükmünde geçen ve devamlılığı kast eden “uzun süreden beri” ibaresinin uygulamada geniş yorumlanması ve organ eksikliği gerekçesiyle açılan davaların sırf bu nedenle reddedilmesi ihtimalinin yüksek olacağı, yine mahkeme tarafından şirketin feshine karar vermeden evvel şirkete durumunu kanuna uygun hale getirmesi için mutlaka bir süre vereceğine göre, organ eksikliğinin ne kadar süre ile devam ettiğinin pratik bir önemi olmayacağı belirtilmektedir (bkz., KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 433).

¹²⁸ TTK m. 530 ETTK m. 435'ten farklı olarak uygun bir süre ibaresi yerine “bir süre” ibaresini içermektedir. Bu durumun hükmün uygulanması bakımından pratik bir etkisinin olmayacağı bakımından bkz., KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 434.

¹²⁹ Anca Y. 11.HD., 14.03.1986 T., E.1986/418, K.1986/1457 kararında Yargıtay, kooperatife ilişkin olarak mahkemece verilecek sürenin fayda sağlamayacağı ve sonucu değiştirmeyeceği anlaşılırsa süre vermeden fesih kararı verilmesi gerekir şeklinde hükme varmıştır (bu karar için bkz., BAŞBUĞOĞLU, s. 654).

¹³⁰ ŞENER, s. 626.

için gerekli olan asgari zamanı göz önünde bulundurmak gerekir¹³¹. Bu yapılırken de somut olayın şartları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda genel kurulun toplanması ve yönetim kurulunun seçilmesi söz konusu ise, davet merasiminin, toplantı ve karar alma sürecinin uzunluğu ve genel kurula katılacak olanların nerede ikamet ettikleri gibi hususlar dikkate alınmalıdır¹³². Bu noktada çeşitli durumların ortaya çıkması muhtemeldir. İlk olarak fesih davası devam ederken pay sahibinin yönetim kurulu eksikliğini gidermesi için TTK m. 410/II çerçevesinde genel kurulu toplantıya davet yetkisini kullanmış ve yeni yönetim kurulu seçilmiş olabilir. Mahkeme bu durumda fesih davasının koşullarının ortadan kalkmış olmasından dolayı davayı reddetmelidir. Bir diğer durumda fesih davası devam ederken pay sahibi TTK m. 410/II kapsamında genel kurulu toplantıya davet yetkisini almış olabilir; ancak henüz bu yetkisini kullanmamıştır. Mahkeme bu halde pay sahibinin bu yetkisini kullanabileceği süreyi yukarıda belirttiğimiz kriterleri de göz önüne alarak belirlemelidir¹³³.

TTK m. 410/II çerçevesinde pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırabilmesi için yönetim kurulunun eksikliği halinin ortaya çıkması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle organ eksikliği kavramı ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra yönetim kurulu açısından eksiklik hallerinin ne şekilde ortaya çıkabileceği açıklanacaktır.

B. ORGAN EKSİKLİĞİ KAVRAMI

Organ eksikliği kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır¹³⁴. Biz bu konuda sonuca varırken özellikle inceleme konumuz olan TTK m. 410/II hükmünde sözü edilen “yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması” durumlarını göz önünde bulunduracağız.

1. Organ Eksikliğinin Dar Anlamda Yorumlanması

Doktrinde bir görüş organ eksikliğini organın gerçek anlamda mevcut olmama durumu ile açıklamaktadır. Organın gerçek anlamda mevcut olmaması

¹³¹ ŞENER, s. 626; SOYKAN, s. 303.

¹³² ŞENER, s. 626.

¹³³ Belirtilen bu olasılıkta, mahkemenin açılmış olan fesih davası kapsamında talep edilmiş olsa dahi şirkete derhal kayyım atamaması yerinde olacaktır.

¹³⁴ Doktrinde organ eksikliği yerine organ yokluğu kavramı kullanıldığı gibi (bkz., ÖZTAN, s. 26; SOYKAN, s. 61 vd., ÇEVİK, s. 1058; PULAŞLI, C. II, s. 1944) organ boşluğu kavramının da kullanıldığı görülmektedir (bkz. TÜRKOĞLU, s. 127 vd.). Biz çalışmamızda TTK m. 530 üst başlığına uygun olarak organ eksikliği kavramını kullanmayı tercih ettik.

organın üyelerinin kanunda veya esas sözleşmede aranan nitelik ve şartları kaybetmesi, görev sürelerinin dolması ve seçilmelerine ilişkin genel kurul kararının yokluğu, butlanı veya iptali hallerinde ortaya çıkmaktadır¹³⁵.

Kayım tayini açısından sorunu irdeleyen bir diğer görüş, bu yola organın gerçek yokluğu ve tayininin imkânsızlığı halinde başvurulabileceğini belirtmektedir¹³⁶. Yine bu yolun organı meydana getiren şahısların sayısındaki azalma, menfaat çatışmaları veya tasfiye halinde yararlanılacak bir imkân olmadığını ilave etmektedir¹³⁷. Bu belirtilenler dışında organ eksikliğini gerçek

¹³⁵ SOYKAN, s. 63-64.

¹³⁶ ÖZTAN, s. 26.

¹³⁷ ÖZTAN, s. 26. Yazar, açıklamalarında genel kurulun gerekli organı tayin edebilecek durumda olmasına rağmen ihmali, kastı yüzünden tayin etmemesi halinde bu durumun şirkete kayıyım tayini talep hakkını vermeyeceğini ileri sürmektedir (bkz., s. 26). Bu görüşe göre, yönetim kurulunun kasten veya ihmalen ya da genel kuruldaki menfaat çatışmaları nedeniyle seçilememesi kayıyım tayinine yol açamayacaktır. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira konu ile ilgili açıklamalarımız aşağıda paragraflar halinde yer almaktadır.

TMK m. 427/I, b.4 hükmüne göre; bir tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yollardan sağlanamamışsa tüzel kişiliğe yönetim kayıyım atanması söz konusu olur. Kanun koyucunun buradaki amacı tüzel kişiliğin yönetiminin sağlanamaması halinde tüzel kişiliğe kayıyım atanmasına imkân sağlamaktır (bu hususta bkz., DURAL, s. 139; GÜMÜŞ, s. 112). Bu bağlamda doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere açılan üyeliklerin yerinin doldurulamaması veya doldurulmaması suretiyle organın oluşumuna engel olunması TTK m. 530 (ETTK m. 435) kapsamında bir fesih sebebidir (bkz., POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 840, No.1556). Yargıtay da anonim şirkete kayıyım atanmasını TTK m. 530 ile ilintili olarak incelemektedir ve bu bağlamda kayıyım atanması m. 530/II bakımından bir önlem niteliğindedir. Bu durumla ilgili olarak Yargıtay 11. HD., 14.12.2009 T., E.2009/9660 ve K. 2009/12841 sayılı kararında, yönetim ve denetim kurullarının görev sürelerinin dolduğu, organsız kalan davalı şirkete ETTK m. 435 (TTK m. 530) hükmüne uygun işlem yapmak üzere kayıyım atandığı, kayıyımın genel kurulu toplamasına rağmen yönetim kurulu ile denetim kurulu seçilmesi için yeterli karar nisabının oluşmadığı, şirkette organ boşluğunun giderilemediği gerekçesiyle davalı şirketin feshi doğrultusunda karar vermiştir (karar için bkz., <http://kazanci.com/>, 19.02.2015).

Tüzel kişilere kayıyım tayin edilmesinin nedeni, tüzel kişinin mameleki ilişkilerinin devamını sağlamaktır (ÖZTAN, s. 25). Böylelikle hukuki işlemleri doğrudan doğruya yapamayan kimselerin korunması mümkün olur. Bu doğrultuda anonim şirketin faaliyetlerine devam etmesinde pay sahiplerinin, şirket çalışanlarının, alacaklıların ve devletin menfaati bulunmaktadır (bkz., ANSAY, s. 17 vd., İZMİRLİ, s. 133).

TTK m. 530 kapsamında açılmış fesih davası dışında kayıyım atanması durumunun da ortaya çıkması muhtemeldir. Bu doğrultuda yönetim organının eksikliği nedeniyle kayıyım tayini talebi mümkündür. Ancak Yargıtay böyle bir talebi aynı zamanda TTK m. 530 gereğince fesih talebi olarak kabul etmektedir (Y. 11.HD., 6.4.2009T., E.2007/15194, K. 2009/4144, bu karar için bkz., www.kazanci.com, 19.02.2015). Ancak biz, Yargıtay'ın bu görüşüne öncelikle taleple bağlılık ilkesine ve yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gerekçelere dayanarak katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Anonim şirkete kayıyım tayini için (gerek TTK m. 530 bağlamında tedbir niteliğinde gerek genel olarak kayıyım atanması) şirket yönetiminin başka bir yoldan sağlanamamış olması gerekir (TMK m. 427/b.4). Bu bağlamda yönetim kurulundaki eksikliği tamamlamaya

anlamda mevcut olmama durumu ile açıklayan yazarlar bulunduğu gibi¹³⁸ verdiği örneklerin gerçek anlamda mevcut olmama durumu ile uyduğu yazarlar da bulunmaktadır¹³⁹.

2. Organ Eksikliğinin Geniş Anlamda Yorumlanması

Doktrinde diğer görüş, organ eksikliğini yalnızca gerçekten mevcut olmama haliyle sınırlı olarak anlamamakta, bu kavramı geniş yorumlamaktadır. Bu doğrultuda geniş yorumun kapsamını doktrindeki görüşler çerçevesinde belirleyeceğiz.

Doktrinde *Arslanlı* eserinde, şirketin zorunlu organlarından birinin bulunmaması ile kast edilenin bunların oluşturulamaması ve faaliyet gösterememesi olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁰. Yazar açıklamalarının yönetim organının oluşturulamama haline yönelik örnek olarak yönetim kurulunun gereken sayıda üyeye sahip olmaması ve açılan üyeliklere seçimin yapılamamasını veyahut tüm üyelerin istifa edip genel kurulda bu üyelikleri doldurmak için seçim yapılamamasını göstermektedir. Dolayısıyla bu hallerin gerçekleşmesi ile zorunlu organ olan yönetim kurulunun mevcut olmaması hali gerçekleşmektedir.

Moroğlu da, ETTK m. 435 çerçevesinde yapmış olduğu açıklamalarında, yönetim kuruluna ilişkin olarak organ eksikliğinin yönetim kurulu üyelerinin seçilememeleri veya seçilmiş olsalar bile toplanıp çalışamamaları şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹⁴¹.

yönelik olarak tek pay sahibinin mahkemeden izin alması suretiyle genel kurulu toplantıya çağrı yetkisini kullanması söz konusu ise kayyım atanmasına gerek olmayacaktır.

¹³⁸ İZMİRLİ, s. 55 vd.

¹³⁹ İMREGÜN, AO, s. 479-480; TÜRKOĞLU, s. 131. Son yazar çalışmasında yönetim kurulu bakımından organ eksikliğine ilişkin örnekleri şu şekilde sıralamıştır: yönetim kurulunun seçilememesi, sürenin dolmuş olmasına rağmen yeni bir yönetim kurulunun seçilememesi, bir araya gelememesi, ölüm, istifa gibi nedenlerle üyeliklerin açılmasına rağmen bu boşlukların doldurulamaması, yönetim kurulunun kanun veya esas sözleşmede öngörülen sayısal çoğunluğu kaybetmesi, üyelerin çeşitli sebeplerle bu görevlerini yerine getirememeleri, yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren kanuni sebeplerin mevcudiyetine rağmen göreve devam etmek suretiyle yönetim kurulunu hukuken ortadan kaldırma halleri (bkz., s. 131). Kanımızca örnekler arasında “yönetim kurulunun bir araya gelememesi” durumunun sayılması yazarın geniş anlamda organ eksikliğine işaret ettiğini belirtmemiz mümkündür. Ancak, yazar çalışmasında organ eksikliği bakımından böyle bir ayırım yapmamıştır.

¹⁴⁰ ARSLANLI, AŞ, C. IV-V, s. 190.

¹⁴¹ MOROĞLU, Azınlık, s. 96, dn. 18.

Tekinalp eserinde organ eksikliğinin geniş anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmektedir¹⁴². Bu doğrultuda yazar tarafından organın şeklen mevcut olmamasına yönelik yönetim kurulunun seçilememesi, açılan üyeliklere atama yapılamaması veya yapılmaması gibi örnekler verildiği gibi, nisap yokluğu nedeniyle organın devamlı surette çalışmaması gibi organın şeklen mevcut olmasına rağmen devamlı olarak faaliyette bulunamamasına yönelik örnekler de verilmektedir.

Pulaşlı, organ eksikliğinin geniş anlaşılması gerektiğini ifade eder¹⁴³. Bu doğrultuda yönetim kurulunda ortaya çıkan üye eksikliğine yönelik atama yapılmaması, tek kişiden oluşan yönetim kurulunda bu üyeliğin boşalması halinde yerine genel kurulca atama yapılamaması örnek kabilinden gösterilmektedir¹⁴⁴. Yazar tarafından verilmiş bu örnekler yönetim kurulunun şeklen mevcut olmadığına dair örneklerdir.

Dural da çalışmasında organ eksikliğini geniş şekilde yorumlamaktadır. Yazara göre ortada şeklen mevcut bir yönetim kurulu bulunsa dahi bu kurul fiilen çalışmamakta ise kendisine düşen yönetme görevini ifa edememektedir¹⁴⁵. Böyle bir durumun ortaya çıkması da yönetim kurulunun mevcut olmaması durumunu ortaya çıkarmaktadır.

Meseleye tüzel kişiye kayyım tayini koşullarını incelemek suretiyle değinen bir başka yazar, organ eksikliğini, gerekli organların var olmaması hali ve yönetim organının hukuken var olup da tüzel kişi malvarlığını yönetmede yetersiz kaldığı halleri de kapsayacak şekilde anlamaktadır¹⁴⁶. Yazar açıklamalarının devamında yönetim organının tamamen ortadan kalktığı haller ile yönetim organının faaliyette bulunabilmek için kanunda ve tüzel kişiliğin statüsünde belirlenen sayısal çoğunluğu sağlayamaması hallerinde organ yokluğu nedeniyle kayyımlık tesisinin mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁴⁷.

3. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre’de organ eksikliği ile ilgili olarak İsv.BK. m. 731b hükmünde yer alan şirketteki organizasyon eksikliği düzenlemesi yer almaktadır. Bu

¹⁴² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 840, No. 1556.

¹⁴³ PULAŞLI, C. II, s. 1944.

¹⁴⁴ PULAŞLI, C. II, s. 1944.

¹⁴⁵ DURAL, s. 141.

¹⁴⁶ GÜMÜŞ, s. 109.

¹⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 109.

hüküm 1 Ocak 2008 yılından beri yürürlüktedir¹⁴⁸. Hükümün amacı işlem güvenliğini ve şirketin fiil ehliyetini sağlamaktır¹⁴⁹.

Düzenlemeye göre organizasyon eksikliği, ya kanunen öngörölmüş olan organlardan birinin eksikliği veya organın kanuna uygun olarak bir araya gelememesi şeklinde ortaya çıkabilir. Doktrinde organ ile zorunlu organın anlaşılması gerektiği belirtilir¹⁵⁰.

Organ eksikliği, yönetim kurulunun tüm üyelerinin veya tek üyeli olması halinde bu üyenin istifası, ölmesi veya görev süresinin sona ermesine rağmen tekrar seçimin yapılamaması nedeniyle mevcut olmaması veya denetim kurulunun mevcut olmaması şeklinde ortaya çıkabilir¹⁵¹. Bu haller, dar anlamda organ eksikliğinin örnekleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Organizasyon eksikliğine yönelik düzenlenmiş bulunan ikinci hal "organın kanuna uygun olarak toplanamaması"dır. Bu duruma örnek haller gerekçede belirtilmiş olup doktrinde gerek yönetim kurulu gerek denetim kurulu açısından gerçekleşmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹⁵². Buna göre yönetim kurulunun kanuna uygun olarak toplanamaması; yönetim kurulu başkanının mevcut olmaması, şirketin kurulda yer alan üyelerinden en az birinin İsviçre'de yerleşim yerinin bulunmaması nedeniyle temsil edilememesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi denetim kurulunun toplanamaması; kurulun bağımsızlığına ilişkin koşulları yitirmesi şeklinde ortaya çıkabilecektir. Ayrıca özellikle tek kişilik organın varlığı halinde tek kişi organ üyesinin fiil ehliyetini yitirmesi de sayılan örnekler arasındadır. Doktrinde kanunda düzenlenmiş bulunan bu ikinci durumun sadece bahsedilen bu örneklerle sınırlandırılmaması gerektiği kanun gerekçesinde de ifade edildiği gibi devamlı bir şekilde ortaya çıkan kilitlenme durumunun¹⁵³ da

¹⁴⁸ GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht (AS 2007 4791; BB1 2002 3148, 2004 3969).

¹⁴⁹ PLÜSS, s. 212.

¹⁵⁰ LEHMANN, s. 422; TRAUTMANN/von der CRONE s. 465; HONSELL/VOGT/WATTER (WATTER/WIESER), Art.731b, No. 5. Kanun gerekçesinde de bu durum açıkça belirtilmiştir (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19 .12.2001, BB1 2002, s. 3231).

¹⁵¹ PLÜSS, s. 214; LEHMANN, s. 422; TRAUTMANN/von der CRONE, s. 466; KRNETA, s. 64.

¹⁵² PLÜSS, s. 214; LEHMANN, s. 422. Ayrıca gerekçe için bkz., Botschaft GmbH-Revision, s. 3148 vd.

¹⁵³ Kanun gerekçesinde yönetim kurulunun kilitlenmesine yol açacak bir durum olarak sürekli-lik gösteren pat durumundan bahsedilmektedir. Pat durumu ile ilgili detaylı açıklamalarımız

bu kapsamda kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁴. Bu bağlamda organ eksikliği geniş anlamda anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde yönetim kurulunun kanunen veya esas sözleşme ile üzerine düşen görevi yerine getirmesinin objektif olarak mümkün olmaması gerektiği belirtilir¹⁵⁵. Bu bağlamda yönetim kurulunun karar alamaması suretiyle kilitlenmesi objektif olarak kurulun işlevini yerine getirmediği anlamına gelmemektedir. Zira üyeler karar alabilir ve şirketi temsil etme görevlerine devam edebilirlerdi. Ancak bunu tercih etmemektedirler. Böyle bir durumda İsvBK. m. 731b hükmünü işletmek ise doğru olmayacaktır¹⁵⁶. Bu görüş, kilitlenme durumunun özellikle genel kurulda ortaya çıktığını belirtir¹⁵⁷. Böyle bir durumun ise ortaklar arasında şirketin amacına ulaşma niyetini ortadan kaldırdığını ve şirketin haklı sebeple feshi nedenini oluşturduğunu ifade etmektedir¹⁵⁸. Diğer görüş ise, genel kurulda ortaya çıkan kilitlenmenin organ eksikliğine yol açabileceğini, bu durumun ayrıca denetim kurulu veya yönetim kurulu üyelerinin seçilememesi sonucunu doğuracağından bu bakımdan da organ eksikliğinin söz konusu olacağını belirtir¹⁵⁹.

4. TTK m. 410/II Bağlamında Organ Eksikliği

Organ eksikliğinden ne anlaşılması gerektiğinin TTK m. 410/II açısından ayrı bir önemi vardır. Zira bu hükme göre, yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumları pay sahibinin mahkeme izni ile genel kurulu toplantıya davet yetkisini kullanması sonucunu doğurur.

TTK m. 365 gereğince anonim şirket kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Bu hükümle hem anonim şirketin işletme konusunun elde edilmesi görevi hem de teşkilatın yönetilmesi kast edilmektedir¹⁶⁰. Bu doğrultuda doktrinde ifade edildiği gibi yönetim kelimesi iki anlamda kullanılmaktadır¹⁶¹. İlki, görev ve yetkiyi bir

VIII, B, 4, c başlığı altında yer almaktadır.

¹⁵⁴ LEHMANN, s. 422; HONSELL/VOGT/WATTER (WATTER/WIESER), No. Art 731b, No.6.

¹⁵⁵ PLÜSS, s. 214.

¹⁵⁶ PLÜSS, s. 215.

¹⁵⁷ PLÜSS, s. 215.

¹⁵⁸ PLÜSS, s. 215.

¹⁵⁹ TRAUTMANN/von der CRONE, s. 469

¹⁶⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 239.

¹⁶¹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 239; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAV-

diğer ifadeyle işlevi ifade etmektedir. Bu işlevi en iyi açıklayan hüküm de TTK m. 374/I'dir¹⁶². Bu hükme göre; “Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim; kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir”. Bu bağlamda inceleme konumuz ile bağlantılı olarak yönetim kurulu toplanamıyorsa veya mevcut değilse ya da toplanıyor ancak genel kurulu toplantıya çağırarak kararı alamıyorsa böyle bir yetkiyi pay sahibi kullanabilir¹⁶³. İkinci anlamıyla yönetim, anonim şirkette yönetim işlevini yerine getiren örgütün adıdır¹⁶⁴.

Doktrinde ETTK m. 330 (TTK m. 390) hükmünde ve esas sözleşmede belirlenen şartların oluşmaması halinde karar alma prosedürünün tıkanması ve bu durumun yönetim kurulunun yönetim işlevini yerine getirememesi sonucunu doğurması hali için “kilitlenme” kavramı kullanılmaktadır¹⁶⁵.

Bir diğer görüş, organın şeklen mevcut olmasına ve kanun veya esas sözleşmede aranan şartları taşımasına rağmen çeşitli nedenlerle çalışamaz hale gelmesi durumu için “kilitlenme” ve “işlevsizlik” kavramlarını kullanmaktadır¹⁶⁶. Buna göre, kilitlenme halinde toplanabilen ancak çeşitli sebeplerle işlev göremeyen organlar; işlevsizlik halinde ise toplanma yeteneğinden de yoksun organlar söz konusu olmaktadır¹⁶⁷.

Kanımızca TTK m. 410/II bağlamında pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırabilmesi için organ eksikliğinin, çalışmamız açısından yönetim kurulunun eksikliğinin, geniş anlamda anlaşılması gerekmektedir. Zira yönetim kurulunun gerçek anlamda yokluğu halinde genel kurulun

GAT), s. 527.

¹⁶² KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 527.

¹⁶³ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2013, s. 261. Doktrinde işlevsel anlamıyla yönetimin yalnızca karar almaktan ibaret olmadığı alınan bu kararların şirket içinde ve/veya üçüncü kişilerle hukuki işlem yapmak şeklinde dış ilişkide icra edilmesinin de kavramın kapsamına girdiği kabul edilmektedir (bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 527-528).

¹⁶⁴ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 239; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 528.

¹⁶⁵ DURAL, s. 31. Yazar, Fransız hukukunda bu hal için “felç olma, kötürüm kalma” terimlerinin kullanıldığını belirtmektedir (bkz., s. 31). *Tekil*, çalışmada yönetim kurulunun oylarda eşitlik nedeniyle karar alamaması durumunu kilitlenme olarak nitelendirmektedir (TEKİL, s. 198). Türk hukukunda yönetim kurulu toplantı yetersayısının oluşmaması nedeniyle karar alınamaması yönetim kurulunun kötürüm hale gelmesi olarak yorumlayan görüş için bkz., İMREGÜN, AO, s. 212; İMREGÜN, Yönetim Kurulu Kararları, s. 283.

¹⁶⁶ SOYKAN, s. 74.

¹⁶⁷ SOYKAN, s. 75.

toplantıya davet kararının alınması toplantı nisabının veya yönetim kurulunun mevcut olmaması nedeniyle mümkün olamayacağı gibi bu organın geniş anlamda yokluğu halinde de herhangi bir kararın alınabilmesi söz konusu olamayacaktır. Her iki durumda da yönetim kurulunun kendisinden beklenen yönetim görev ve yetkisini yerine getirmesi mümkün olmamaktadır.

Pay sahibinin çağrı yetkisi, istisnai bir yetkidir ve sınırlı durumlarda mahkeme izni ile kullanılabilir¹⁶⁸. TTK m. 410/II anlamında söz konusu olan yönetim kurulunun eksikliğidir. Bu eksikliğin hangi hallerde ortaya çıkabileceğinin açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle yönetim eksikliğinin görünüm şekilleri alt başlıklar halinde ortaya konmaya çalışılacaktır.

a. Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısının Gerçekleşmesine İmkân Bulunmaması Durumu

Yönetim kurulu çağrı yetkisine kurul olarak sahiptir. Bu doğrultuda yönetim kurulunun çağrı hususunda kurul olarak karar alması gerekir¹⁶⁹. Yönetim kurulu toplantı yetersayısının oluşmaması nedeniyle kurul olarak toplanamıyor ve bu yüzden genel kurulu çağrı yetki ve görevini de yerine getiremiyorsa TTK m. 410/II hükmünün uygulanması ortaya çıkarabilir.

TTK m. 359/I hükmüne göre; “*Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur*”. Dolayısıyla yeni kanunla birlikte tek kişilik yönetim kurulu mümkün hale getirilmiştir¹⁷⁰. Toplantı yetersayısının oluşmasına imkân bulunmama halinin ortaya çıkabilmesi içinse yönetim kurulunda birden fazla üyenin bulunması gerekir.

TTK m. 410/II hükmünde belirtilen “toplantı yetersayısının oluşmasına imkân bulunmama” hali yönetim kurulunun gerçek anlamda eksikliğinin bir görünümüdür. Böyle bir durumun üye eksikliği nedeniyle toplantı yetersayısının gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkması mümkündür.

TTK m.339/II-g hükmüne göre yönetim kurulu üye sayısı şirket esas sözleşmesinde belirtilmelidir¹⁷¹. Bu hüküm gereğince esas sözleşmede sabit

¹⁶⁸ ERDEM, Yenilikler, s. 37.

¹⁶⁹ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 78.

¹⁷⁰ Tek kişi ile kurul kavramı arasında herhangi bir çelişki bulunmadığı yönünde bkz., TEKİ-NALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 227-228; TTK m. 359 gerekçesi.

¹⁷¹ Eğer esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısı gösterilmemişse, bu sözleşmenin tescil edilmesi mümkün değildir. Tescil edilmişse bu durumda TTK m. 353 hükmünde düzenlenen fesih davasına ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti söz konusu olabilecektir.

bir rakamın veyahut alternatifli bir rakamın belirlenmesinin mümkün olup olmayacağını bu konudaki kaynak hükümlere bakarak karar vermek gerekir¹⁷². 25.10.2012 tarihli 2012/30 sayılı Yönerge m. 2/I-e hükmüne göre, yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve atanmasına ilişkin usulün şirket esas sözleşmesinde yer alması gerektiğinden söz etmektedir. Alman hukukunda Alm. POK. § 23/III-6 hükmüne göre şirket esas sözleşmesi yönetim kurulu sayısına veya sayının saptanmasına dair usule ilişkin düzenlemeyi içermelidir¹⁷³. İsviçre hukukunda (İsv. BK. m. 707) yönetim kurulu üyelerinin bir veya daha fazla sayıda üyeden oluşacağı düzenlenmektedir¹⁷⁴.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında TTK bakımından esas sözleşmede üye sayısı bakımından sabit bir rakam verilebileceği gibi seçeneklere imkân tanyacak şekilde düzenlemeler de bulunabilir¹⁷⁵. Buna karşılık doktrinde esas sözleşmeye alt ve üst sınırın belirlenip sayının genel kurulun takdirine bırakılmasına yönelik bir düzenlemenin getirilemeyeceği; zira TTK m. 340 kapsamında söz konusu olan “emredici hükümler ilkesi” gereği TTK m. 339/II-g hükmünden sapmaya olanak bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁷⁶. Bunun dışında doktrinde asgari sayının öngörüldüğü ve üst sınırın belirsiz olduğu hallerde esas sözleşme hükmünün kanuna aykırı olduğu ifade edilir¹⁷⁷. Ancak bizim katıldığımız diğer görüş uyarınca, üst sınırın belirlenmesi noktasında

Eğer bu şartların oluşmadığı kanaati söz konusu ise TTK m. 33 hükmünün işletilebilmesi mümkün olabilecektir (bu hususta bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 398).

¹⁷² Esasen kanun gerekçesinde hükmün mehzazı hakkında herhangi bir açıklama yoktur. Ancak kanun genel gerekçesinde belirtildiği üzere AB müktesabati ve AB'nin ticaret hukukuna ilişkin düzenlemeleri Türkiye'nin gelecekteki hukuku olduğundan bu düzenleme açısından özellikle ilgili AB Yönergesi ve Alman hukukundaki ilgili hüküm dikkate alınmalıdır.

¹⁷³ Alman doktrininde bu hükmeye uygun olarak esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının sabit bir rakam olarak belirlenmesinin veyahut alt ve üst sınırın verilmesinin ve bu sayının gözetim kurulu veya genel kurul tarafından tespitinin de mümkün olabileceği belirtilmektedir bkz., HÜFFER, § 23, No. 31; Münc. Hdb. AktG./WIESNER, § 19, No. 35; Münc. Komm. AktG./SPINDLER, § 76, No. 97. Bununla birlikte sabit bir rakamın belirlenmesi doktrinde önerilmemektedir. Zira her sayı değişiminde bir sözleşme değişikliğinin yapılması gerektirir (Münc. Hdb. AktG./WIESNER, § 19, No. 35).

¹⁷⁴ İsviçre hukukunda yönetim kurulu üye sayısı bakımından herhangi bir alt veya üst sınır çizilmemiştir. Bu doğrultuda şirket esas sözleşmesinde alt ve üst sınır belirlenmek suretiyle düzenlemelerin yapılması uygun görülmektedir (HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art. 707, No. 5; BÜRGI, Art.708, No. 33; BÖCKLI, s. 1558). Yine doktrinde belirtildiği üzere, kanunda yer alan düzenlemenin (İsv. BK. m. 707/I) esas sözleşmeye konulması da mümkün olabilmelidir (KRNETA, s. 6).

¹⁷⁵ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 400; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 227.

¹⁷⁶ AKDAĞ GÜNEY, s. 13.

¹⁷⁷ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 227.

genel kurul takdir hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdır¹⁷⁸. Son olarak esas sözleşmede yalnızca üst sınırın belirtilmesi de mümkündür¹⁷⁹.

Yönetim kurulu üyeliği TTK m. 363/II uyarınca iflas, ehliyetin kısıtlanması, kanuni veya esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybı ile kendiliğinden sona erer¹⁸⁰. Böyle bir durumda üyelik boşalması nedeniyle yönetim kurulunun m. 363/I gereğince seçim yapma yetkisi doğar. TTK m. 363/I hükmüne göre üyeliğin boşalması halinde yönetim kurulu kanuni şartlara sahip (veya esas sözleşmede öngörülen şartlara sahip (TTK m. 363/II) birini geçici olarak seçip ilk genel kurulun onayına sunar¹⁸¹. Bu durumda doktrinde

¹⁷⁸ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 400.

¹⁷⁹ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 227; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 400.

¹⁸⁰ İstifa suretiyle yönetim kurulu üyeliğinin sona ereceğine dair bir düzenlemeye TTK'da rastlanmamakla beraber yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki akdin vekalet akdi olarak nitelendirilmesi halinde BK m. 512 doğrultusunda istifa ile vekaletin ve dolayısıyla yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi söz konusu olacaktır (ŞENER, 364. Ayrıca yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusundaki görüşler hakkında bkz., KARAEĞE, s. 91 vd.). Doktrinde isabetli şekilde TTK m. 363/I'ın uygulama alanına yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının görev süresinin dolması veya genel kurul tarafından görevden alınması halleri, yine bir veya birkaç üyenin seçimine ilişkin kararın mahkemece iptali veya geçersizliğinin tespiti ve bu kararın kesinleşmesi sonrasında açılan üyeliklerin de girdiği belirtilmektedir (SOYKAN, s. 104, dn. 86).

¹⁸¹ TTK m. 363/I (ETTK m. 315/I) hükmünün niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Eski TTK döneminde m. 315 hükmünün niteliği bakımından bir görüş hükmün emredici olduğunu ve yönetim kurulu için bir yükümlülük getirdiğini savunurken (bu doğrultuda *Arslanlı*, üyeliklerde açılma durumunda bunun yönetim kurulu tarafından en kısa zamanda doldurulması gerektiğini (bkz., ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 105); *Yıldız*, kanun ya da esas sözleşmenin belirttiği üye sayısının eksilmesi halinde boşalan yerlerin yönetim kurulu tarafından doldurulması gerektiğini, bunun kanuni bir borç teşkil ettiğini (bkz., YILDIZ, s. 95) belirtir); diğer görüş bu hükmün yönetim kuruluna sadece bir imkân tanıdığını ve emredici olmadığını bu doğrultuda *Çamoğlu*, yönetim kuruluna verilen böyle bir yetkinin emredici nitelikte olmadığını esas sözleşme ile bu yetkinin alınmasının mümkün olduğunu, esas sözleşmede herhangi bir düzenleme yoksa boşalan üyeliklerin seçilmesi yönetim kurulu için bir yükümlülük teşkil ettiğini (bkz., POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 321, No. 547; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 354, No. 547); *İzmirli* de bu hükmün emredici nitelikte olmadığını, esas sözleşme ile başka bir çözümün belirlenebileceğini, aksi halde yönetim kurulu için bir yükümlülüğün doğacağını (bkz., s. 45) ifade etmektedir. Yine doktrinde bu düzenlemenin sadece yetki veren bir düzenleme olduğu yönünde bkz., TEOMAN, Sicil Memuru, s. 299-300; KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 287.

Yeni TTK döneminde TTK m. 363/I hükmüne değinen *Teoman*, hükmün emredici nitelikteki ifadesine rağmen yönetim kurulunun uygun birisini bulmaması halinde bu boşluğu mutlaka doldurmakla yükümlü olduğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir; zira yönetim kurulunun seçeceği kişiler bakımından gerekli özeni göstermekle yükümlülüğü söz konusudur (TEOMAN, Yönetim Kurulu, s. 8). Kanımızca bu hüküm yönetim kuruluna üyeliğin boşalması halinde yerine bir başka kişinin seçilmesi hususunda bir yükümlülük getirmemektedir. TTK m. 340 hükmü de bu konuda bir çekince yaratmamalıdır. Zira TTK m.

ortada herhangi bir organ eksikliğinden bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla kayyım tayini gereğinden söz etmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁸².

Yönetim kurulunun toplantı nisabı hakkında TTK m. 390/I hükmü yeni bir düzenleme içermektedir. Buna göre, esas sözleşmede ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu

340 gerekçesinde belirtildiği üzere “hakkaniyet ilkesi veya menfaatler dengesi” göz önünde bulundurularak esas sözleşme ile hükmün aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu doğrultuda esas sözleşme ile bu yetkinin kullanılması sınırlandırılabilmesi gibi yönetim kurulundan tamamen alınması da mümkündür (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 354; No. 547; PULAŞLI, C. I, s. 1003). Dolayısıyla bu yetkinin yönetim kurulundan alınıp genel kurula verilmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte bir üçüncü kişiye verilmesi ise TTK m. 340’a aykırı olacaktır. Zira yönetim kurulu üyelerini seçme konusunda asli yetkili organ genel kuruldur (KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 424). Bu noktada doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi yönetim kurulunda meydana gelen boşalmaların sayı ne olursa olsun tamamlanması gerektiği ileri sürülmektedir; çünkü bu durum bir organ eksikliği oluşturmaktadır (SOYKAN, s. 103). Organ eksikliğinin söz konusu olabilmesi bakımından üye sayısının gerek esas sözleşmede yer alması gerek genel kurul tarafından tespit edilmesi açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Üye sayısının esas sözleşmede veya genel kurul kararında belirlenen sayıdan aşağı düşmesi halinde bu durumun organ eksikliği sayılmamasının doğuracağı bazı sakıncalar vardır. Örneğin TTK m. 360 gereği seçilen üyelikte boşalma olursa yönetim kurulunun boşalan üyelik için seçim yapmaması ve toplantı yetersayısı mevcut olduğu müddetçe görevine devam etmesi durumunda geri kalan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğacaktır. Yine organ eksikliği ortaya çıkmış olmasına rağmen toplantı yetersayısı olduğu için önlemi alınmamış ve sonradan devam eden üye açılmaları ile toplantı nisabı sağlanamayacak hale gelebilecektir (örnekler için bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 423). Bununla birlikte yazar TTK m. 363/I’deki yetkinin somut olaya göre kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir (bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 423).

Şirket esas sözleşmesi özellikle iç ilişkileri düzenleyen kuralları nedeniyle düzenleme işlevine sahiptir. Şirket organları bakımından esas sözleşme hükümleri uyulması zorunlu temel düzen oluşturmaktadır (bkz., BAHTİYAR, s. 13). Bu doğrultuda TTK m. 340 hükmü de göz önünde bulundurularak kanunun düzenleme yapılmasına imkân verdiği hususlarda ve bu bağlamda esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin belirli bir sayıda olması düzenlenmişse yönetim kurulunun bu sayı ile faaliyetine devam etmesi gerekir (SOYKAN, s. 91). Aynı durum esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının genel kurul tarafından takdir edilmesine yönelik düzenleme bakımından da geçerlidir. Genel kurulca tayin edilmiş yönetim kurulu üye sayısında boşluk oluştuğunda bu boşluğun tamamlanması gerekir. Zira yönetim kurulu süresi dolana dek faaliyetlerine genel kurulun takdir etmiş olduğu sayıda üye ile devam etmelidir.

Esas sözleşmedeki veyahut genel kurulca tespit edilmiş olan üye sayısının boşalması durumunda yönetim kurulunun kalan üyeleri bu eksikliği tamamlamazlarsa, genel kurulun toplanması sağlanmalıdır. Eski TTK açısından doktrinde genel kurulun denetçi/denetçiler tarafından toplantıya daveti sağlanarak üye boşluğunun doldurulması gerektiği belirtilmekteydi (SOYKAN, s. 94). TTK açısından ise artık denetçilerin genel kurul toplantıya çağrı yetkisi kalktığından böyle bir durumda TTK m. 410/II hükmünün işletilmesi düşünülebilir. Zira bu hükmün getiriliş sebeplerinden biri de organ eksikliğine çözüm getirmesidir.

¹⁸² Kayyım tayinine gerek olmadığı yönünde bkz., ŞENER, s. 351; GÜMÜŞ, s. 110.

ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile alır. Dolayısıyla yönetim kurulunun boşalan üyeliği doldurabilmesi için boşalan üyeliğin veya üyeliklerin de dâhil olduğu üye tam sayısı esas alınacaktır¹⁸³. Bu durumda, yönetim kurulunun toplantı yetersayısının oluşmasına imkân yoksa TTK m. 410/II hükmünün uygulanma olanağı bulacağı şüphesizdir. Hükmün uygulama alanı özellikle tek kişilik yönetim kurullarında üye boşalmasının yaşanması durumunda ortaya çıkacaktır. Yine iki kişilik yönetim kurullarında da üye boşalması durumunda TTK m. 363/I'e başvurulamayacağından TTK m. 410/II gereği tek pay sahibi mahkeme izni ile genel kurulu toplantıya çağırabilecektir¹⁸⁴.

b. Yönetim Kurulunun Mevcut Olmaması

TTK m. 410 gerekçesine baktığımızda, yönetim kurulu üyelerinin toptan istifası veya kaza gibi nedenlerle yönetim kurulunun mevcut olmaması hallerinin söz konusu olduğu, bu durumda şirketin faaliyetine devam edebilmesi için genel kurulun toplantıya çağrılabilmesinin sağlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁵. Yönetim kurulunun mevcut olmaması yönetim kurulu üyelerinin sürelerinin sona ermesi halinde de söz konusu olabilecektir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin farklı süreler için seçilmesi de mümkündür¹⁸⁶. Üyelerin dönem dönem yenilenmesi de tercih edilebilir¹⁸⁷. Son durumun tercih edilme sebebi olarak yalnızca yönetim kurulunun sürekliliğini sağlamak değil aynı zamanda düşmanca ele geçirmelere karşı da bir koruma sağlanması gösterilmektedir¹⁸⁸. Somut olayda bu durumlardan biri ile karşılaşılması halinde bir başka ifadeyle farklı görev süreleri bulunan yönetim kurulu üyelerinden süresi sona erenler bulunduğu veya üyelerin belli bir oranının yenilenmesi durumu ortaya çıktığında öncelikle tespit edilmesi gereken yönetim kurulunun toplantı nisabını sağlayıp sağlamadığıdır. Zira toplantı nisabı sağlanıyor ve TTK m. 363/I uygulanıyorsa organ eksikliğinden

¹⁸³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 322, No.548; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 355, No. 547 b; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 421; ŞENER, s. 351.

¹⁸⁴ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 421.

¹⁸⁵ Bkz., m. 410 gerekçesi.

¹⁸⁶ ARSLANLI, AŞ., C.II-III, s. 107; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 320, No. 544

¹⁸⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 320, No. 544; BÖCKLI, s. 1559; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 283; KRNETA, s. 82.

¹⁸⁸ KRNETA, s. 82; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 283.

söz edilmeyecektir. Buna karşılık toplantı nisabı sağlanamıyorsa bu durumda organ eksikliğinden söz edilecek ve TTK m. 410/II'nin uygulanması yoluna gidilebilecektir.

TTK m. 362/I hükmüne göre yönetim kurulu en fazla üç yıl için görev yapmak üzere seçilir¹⁸⁹. Esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmuyorsa aynı kişinin yeniden üyeliğe seçilmesi mümkündür. ETTK döneminde üzerinde en çok tartışılan meselelerden bir tanesi de sürenin sona ermesi ile yönetim kurulu üyeliğinin boşalıp boşalmayacağı ile ilgili idi¹⁹⁰. Biz çalışmamızda bu görüşleri detaylı olarak açıklamayıp daha çok TTK açısından getirilen yeni düzenlemeler karşısında meselenin TTK m. 410/II ile bağlantısını da göz önünde bulundurarak ne şekilde çözüme kavuşturulabileceği ile ilgileneceğiz.

Kanunda, esas sözleşmede veya genel kurul kararında belirlenen görev süreleri sona erdiğinde üyeliğin de kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek gerekir¹⁹¹. Bu durumda TTK m. 410/I hükmü gereği istisnaen süresi dolan yönetim kurulu genel kurulu toplantıya davet edebilir.

Doktrinde her ne kadar esas sözleşmede belirlenen sürenin dolmasına rağmen (ancak henüz kanunen öngörülen süre dolmamışsa) yönetim kurulunun görevine devam edeceği ve bu doğrultuda şirketin varlığını sürdürebilmesi için gerekli ve acil işleri yapmak imkânına sahip olduğu ve bu sonucun TBK m. 513/II'den doğduğu belirtilse de¹⁹² kanımızca esas sözleşmede veya genel kurul kararında öngörülen sürenin dolması halinde yönetim kurulu üyelerinin üyelik sıfatı sona erecektir¹⁹³. Öncelikle esas sözleşme daha önce belirttiğimiz üzere şirketin iç işleyişine ilişkin temel düzen kurallarını içermektedir. Şirket organları bakımından esas sözleşme hükümleri uyulması

¹⁸⁹ Hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde bkz., ARSLANLI, AŞ, C. II-III, s. 107; DOMANIÇ, s. 482; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 324, No.549 a; ŞENER, s. 357.

¹⁹⁰ Bu konuda doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay kararları bakımından detaylı bilgi için bkz., SOYKAN, s. 120 vd.; MOROĞLU, Görev Süreleri, s. 389 vd.

¹⁹¹ MOROĞLU, Görev Süreleri, s. 400; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 470; SOYKAN, s. 143; AKDAĞ GÜNEY, s. 36. Buna karşılık doktrinde üyenin azami süre veya daha az süre için seçilmesine göre ayırımın yapılmasına ilişkin bkz.,POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 325, No. 549 a; DOMANIÇ, s. 482; İZMİRLİ, s. 94; ŞENER, s. 357.

¹⁹² DOMANIÇ, s. 483; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 324, No. 549 a; ŞENER, s. 358.

¹⁹³ Doktrinde TTK'da görev süresinin bitmesi halinde yönetim kurulunun görevinin biteceğine ilişkin bir hükmün yer alması gerektiği ileri sürülmektedir (TEOMAN, Yönetim Kurulu, s. 8-9).

gereken düzenlemelerdir. Bu düzenlemelere aykırı olarak organlarca alınan kararlar ve gerçekleştirilen faaliyetler istenilen hukuki sonuçları doğurmaya yetmeyecektir¹⁹⁴. Esas sözleşmeye aykırı olarak görev süresinin devam ettiğini kabul etmek esas sözleşmeyi hazırlayan kurucuların da iradesine aykırılık teşkil edecektir¹⁹⁵. Bunun dışında yönetim kurulu üyelerinin seçimi genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir (TTK m. 408/II b). Yine aynı düzenlemede yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerini tayin de genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin genel kurul kararı hilafına uzatılması aynı zamanda genel kurul, bir diğer ifadeyle pay sahiplerinin iradesine aykırı olacaktır¹⁹⁶.

Yönetim kurulu esas sözleşme veya genel kurul kararında belirlenen sürenin sona ermesi halinde TTK m. 410/I hükmüne göre genel kurulu toplantıya çağırabilecektir¹⁹⁷. Buna karşılık süresi sona eren yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmadığı takdirde TTK m. 410/II gereği tek pay sahibi de mahkeme izni ile genel kurulu toplantıya çağırabilecektir. Bu son imkân organ eksikliğini gidermeye yönelik TTK ile getirilmiştir. Dolayısıyla doktrinde belirtilen yönetim kurulunun tüm üyelerinin görev süresinin dolması ile yönetim kurulunun tüm üyelerinin aynı anda istifası veya ölümü arasında bir fark bulunmadığı ve tüm bu hallerde şirketin kendiliğinden organsız kalmasının söz konusu olmadığı yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz¹⁹⁸. Zira tüm bu hallerde şekli bakımdan organ eksikliği söz konusudur ve

¹⁹⁴ BAHTİYAR, s. 13.

¹⁹⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 324, No. 549 a.

¹⁹⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, s. 324, No. 549 a; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 471; AKDAĞ GÜNEY, s.36.

¹⁹⁷ Doktrinde bu hükümden hareketle kanun koyucunun görev süresi dolan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davet dışında yeni yönetim kurulu seçilene kadar görevlerine devam edemeyeceğini üstü kapalı olarak kabul ettiği belirtilerek bu durumun aynı zamanda Yargıtay'ın tutumunda bir değişiklik beklentisini oluşturduğu savunulmaktadır (AKDAĞ GÜNEY, s. 36). Yargıtay son dönemde verdiği kararlarda, yönetim kurulunun görev süresinin sona ermesi halinde şirketin organsız kaldığını kabul etmekte; buna karşılık süresi sona eren yönetim kurulunun görev sürelerinin yeni yönetim kurulunun göreve başlayıncaya kadar devam edecek olmasının sadece şirketin gecikmesinde sakınca bulunan işlerinin görülmesine ilişkin olduğunu belirtmektedir (Y.11.HD., 18.01.2010 T., E.2008/9158, K. 2010/428, bu karar için bkz. www.kazanci.com 28.02.2015). Yargıtay bir başka kararında, süresi sona eren yönetim kurulunun şirketin varlığını devam ettirmek için gerekli ve zorunlu işleri yapma yükümlülüğünde bulunduğu; ancak bu durumun şirketin organsız kaldığı sonucunu değiştirmeyeceğine hükmetmiştir (Y. 11.HD., 20.09.2011, E. 2009/12668, K. 2011/10598, bu karar için bkz. www.kazanci.com 28.02.2015).

¹⁹⁸ AKDAĞ GÜNEY, s. 36.

bu durum aynı zamanda yönetim kurulunun mevcut olmaması halini oluşturur. Kanun koyucu bu eksikliği giderme yollarını göstermektedir (TTK m. 410/I,II; TTK m. 363/I; TTK m. 530). Yine yönetim kurulunun seçimine ilişkin genel kurul kararının mahkeme tarafından yokluğunun, butlanının tespit edilmesi veya iptal edilmesi ve bu kararların kesinleşmesi (TTK m. 450) ile birlikte şirketin yönetim kurulunun varlığından söz etmek mümkün değildir¹⁹⁹. Ancak bu durumda dikkat edilmesi gereken mahkeme kararının eski yönetim kurulu üyelerinin göreve dönmelerini sağlamamış olmasıdır. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin azledilip yerine yenilerinin seçimini konu edinen bir genel kurul kararının sakatlığı tespit edilir ve karar kesinleşirse, mahkeme kararının kesinleşmesi ile görev süresi dolmamış olmak kaydıyla eski yönetim kurulu üyelerinin görevine devam etmeleri mümkündür ve bu durumda herhangi bir organ eksikliğinden de söz edilemeyecektir²⁰⁰.

İsviçre’de yönetim kurulu üyelerinin görev süresi İsv. BK. m. 710’da düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri üç yıllığına seçilirler. Esas sözleşme ile aksini kararlaştırmak mümkündür. Ancak bu süre altı yılı aşamaz. Üyelerin tekrar seçilmeleri mümkündür.

Doktrinde kanun maddesi, yönetim kurulunun görev süresinin açık bir şekilde düzenlenmemesinden dolayı eleştirilmektedir. Bununla birlikte uygulamada varılan sonuç ve doktrindeki ağırlıklı görüş üyelerin görev süresinin genel kurul kararıyla seçildikleri tarihten başlayıp bir sonraki olağan genel kurula kadar devam ettiği yönündedir²⁰¹. *Krmeta* bu konuda üyelerin görev sürelerinin bir sonraki olağan genel kurula kadar devam etmesi yönünde açık bir ifadenin kanunda yer almasının tavsiye edilebilir olduğunu belirtmektedir²⁰². Bununla birlikte sözleşme ile farklı bir esasın belirlenebilmesi mümkündür. Bu doğrultuda üç yıldan daha az bir süre belirlenebileceği gibi daha fazla bir süre de kararlaştırılabilir; ancak bu süre altı yılı aşamaz²⁰³. Eğer yönetim kurulu üyelerinin seçiminin yapılacağı genel kurul toplanamazsa bu durumda

¹⁹⁹ DOMANIÇ, s. 473; SOYKAN, s.161. Seçimlerine ilişkin karar kesinleşmiş mahkeme kararıyla hükümsüz kalan yönetim kurulunun ticaret siciline tescil edilmiş olmasının davet için yetkili sayılmasını gerektirmediği yönünde bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 81.

²⁰⁰ Örnek için bkz., SOYKAN, s. 150, dn. 162.

²⁰¹ HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art. 710, No. 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 283-284; BÜRGI, Art.708, No. 36; SCHUCANY, Art. 708, No. 2; KRNETA, s. 81; FUNK, Art. 708, No. 2; BGE 86 II, s. 178.

²⁰² KRNETA, s. 82.

²⁰³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 283; FUNK, Art. 708, No. 2; BÜRGI, Art. 708, No. 36 vd.

bir görüş üyelerin süresinin zımni olarak uzayacağını kabul etmekte²⁰⁴; buna karşılık bir diğer görüş ise kurulun süresinin yapılması gereken olağan genel kurul toplantı süresinin sonunda sona ereceğini toplantının yapılmamasının buna engel olmayacağını belirtir²⁰⁵.

c. Yönetim Kurulunun Devamlı Olarak Toplanamaması

TTK m. 410/II'ye göre yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması da pay sahibine mahkeme izni ile genel kurulu toplantıya çağrı yetkisini veren hallerden biridir. Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Biz de bu başlık altında hangi nedenlerin bu duruma yol açabileceği üzerinde duracağız.

TTK m. 410/II hükmü, yönetim kurulunun mevcut üyelerle karar alamadığı durumlarda yönetim kurulunun seçilmesini sağlayıcı bir olanağı getirmektedir²⁰⁶. Genel kurulu toplantıya çağrıya ilişkin kurul kararı alması gereken yönetim kurulu çeşitli nedenlerle bu kararı alamamaktadır. Bu durumda yönetim kurulu şeklen mevcuttur; ancak bazı sebepler nedeniyle ya toplanamamaktadır veya toplanmasına rağmen karar alamamaktadır. Her iki durumda da yönetim kurulu üzerine düşen yönetim görev ve yetkisini yerine getirememektedir²⁰⁷. Kanun koyucu ilgili düzenlemede yalnızca yönetim kurulunun “devamlı olarak toplanamaması”ndan söz etmekle birlikte kanımızca bu durum geniş yorumlanmak suretiyle yönetim kurulunun toplanmasına rağmen sürekli bir şekilde karar alamaması veya ret kararı alması da bu kapsamda değerlendirilmelidir²⁰⁸. Zira tüm bu hallerde yönetim kurulu karar alamamak suretiyle genel kurulu toplantıya davet edememektedir. Bu bağlamda karar mekanizması işlememekte ve kurul faaliyet gösterememektedir²⁰⁹. Doktrinde haklı olarak vurgulandığı üzere bu gibi durumlarda, ilgili organ üyelerinin (yönetim kurulu üyelerinin) hiç toplantı yapamaması veya yapmaması yahut toplanmalarına rağmen hiçbir konuda

²⁰⁴ HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art. 710, No. 3.

²⁰⁵ BÖCKLI, s. 1563; TRAUTMANN/von der CRONE, s. 465.

²⁰⁶ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, 2015, s. 304.

²⁰⁷ Yönetim kurulunun yönetim yetki ve görevi yanında temsil yetki ve görevi de olduğu kuşkusuzdur. Ancak konumuz açısından önem arz eden husus yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davet yetkisi ve görevidir. Bu husus da, şirketle pay sahibi arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun hükümlerinin yönetim kuruluna yüklediği görevler arasında yer almaktadır dolayısıyla yönetim görevi kapsamında değerlendirilmesi gerekir (İMREGÜN, AO, s. 207).

²⁰⁸ LEHMANN, s. 422; TRAUTMANN/von der CRONE, s. 468.

²⁰⁹ DURAL, s. 65.

karar alamamaları veya sürekli şekilde ret kararı üretmeleri söz konusudur²¹⁰. Bu gibi hallerde, şirket olağan ve gündelik işlemlerini dahi yerine getiremez hale gelmektedir²¹¹.

Kanun koyucunun burada belirttiği “yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması” halini TTK m. 530 bağlamında uzun süreden beri toplanamama şeklinde anlamak gerekir. Zira TTK m. 530 gerekçesinde devamlılıkla kastın uzun süre olduğu ifade edilmiştir. Uzun sürenin tayininde organ eksikliği türlerini dikkate almak gerekir. Bu bağlamda, gerçek anlamda organ eksikliğinde uzun süredir bu durumun devamını tespit kolaydır²¹². Ancak geniş anlamda organ eksikliğinde aynı kanaate varmak her zaman kolay olmamaktadır. Nitekim doktrinde yönetim kurulunun gerektiğinde toplandığı, murahhas üye ve müdürlere tanınan yetkiler dolayısıyla yönetim kurulunun sık toplanmasını gerekli olmaktan çıkardığı belirtilmektedir²¹³. Dolayısıyla böyle bir durumda organ eksikliğinden bahsedilemeyecektir. Buna mukabil böyle bir durumun bulunmadığı başka bir şirkette ise yönetim kurulunun toplanmaması organ eksikliği sonucunu doğurabilecektir. Bu bağlamda geniş anlamda organ eksikliğinin tespitinde somut olayın koşulları dikkatlice incelenmelidir.

Yeni TTK açısından göz önünde bulundurmanız gereken bir durum da tek üyeli yönetim kurulunun düzenleme altına alınmış olmasıdır (TTK m. 359/I). Bu doğrultuda tek kişilik yönetim kurulu hiçbir surette karar almaya yanaşmıyorsa ve bu bağlamda genel kurulu davet konusunda herhangi bir karar almak üzere üzerine düşeni yerine getirmiyorsa TTK m. 410/II'nin uygulanma olanağı ortaya çıkacaktır. Zira bu durumda tek kişilik yönetim kurulu genel kurulu davete ilişkin karar almaya yanaşmamaktadır ve yönetim kurulu olarak görev ve yetkilerini yerine getirmemektedir. Ancak şunu da ifade etmeliyiz ki tek kişilik anonim şirkette pay sahibi aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise TTK m. 410/II'nin uygulama alanı bulmayacağı ortadadır.

Yönetim kurulunun toplanamaması nedenlerinden biri üye veya üyelerin toplantıya davet edilmemesi olabilir. Bu durumun kanunda açıkça ifade edildiği üzere “devamlılık” arz etmesi gerekir. TTK m. 392/VII hükmüne göre her yönetim kurulu üyesi başkandan yönetim kurulunu toplantıya davet etmesini isteyebilir. Bu bağlamda yönetim kurulu toplantısına davet başkan

²¹⁰ SOYKAN, s. 295.

²¹¹ DURAL, s. 145.

²¹² SOYKAN, s. 290.

²¹³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku 1976, s. 122; SOYKAN, s. 290.

tarafından veya onun yokluğunda başkan vekili tarafından yapılır²¹⁴. Bunun dışında yönetim kurulu üyesi de başkandan yönetim kurulunu toplantıya davet etmesini yazılı olarak talep edebilir. TTK'da bu hüküm dışında toplantıya davet hususunda herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır²¹⁵. Bu noktada devamlılığın gerek davet edilmeme nedeniyle toplantı yetersayısının oluşmamasında gerek yönetim kurulunun hiç davet edilmemesi halinde ortaya çıkması mümkündür. Tüm bu hallerde yönetim kurulu faaliyette bulunmamaktadır²¹⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin toplanamamasına yol açan diğer bir neden toplantı yetersayısının oluşturulamaması veya toplantı yetersayısının toplantı devamı sırasında bozulması şeklinde ortaya çıkabilir²¹⁷. TTK m. 390/I'e göre, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak kanun gerekçesinde ETTK m. 330/I'de yer alan ve pek çok güçlüğe

²¹⁴ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 483; AKDAĞ GÜNEY, s. 151. Toplantıya davetin başkan veya onun yokluğunda başkan vekili tarafından yapılacağına ilişkin hükmün emredici olduğu ifade edilmektedir. (bkz., TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 266; AKDAĞ GÜNEY, s. 152). *Kırca*, çalışmada esas sözleşmeye davet usulü ile ilgili düzenlemelerin getirilmesi halinde bunun organlar arasındaki işlev ayrılığı ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Buna karşılık iç yönergede herhangi bir üyeye toplantıya davet yetkisinin verilmesi ile ilgili bir maddenin yer almasının mümkün olması gerektiğini ve bu durumun şirketin çıkarına olmasından ötürü TTK m. 340'a aykırı olmadığını belirtmektedir (bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 483). Bir başka görüş, TTK m. 340 nedeniyle herhangi bir üyeye esas sözleşme ile toplantıya davet yetkisinin tanınmasının mümkün olmayacağını belirtir (AKDAĞ GÜNEY, s. 152). İsviçre'de esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesine toplantıya davet konusunda yetkinin verilebileceği kabul edilmektedir. Böylelikle yönetim kurulunun işleyişi bakımından etkinliğin artacağı ifade edilmektedir (HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art.715, No.6). Kanımızca esas sözleşme ile getirilecek düzenlemelerin işlevler ayrılığı ilkesi çerçevesi bakımından incelenmesi yerinde olacaktır. Bunun dışında iç yönerge ile yönetim kurulunun toplantı düzeni hakkında düzenlemelerin getirilmesi mümkün olmalıdır. Bu durum TTK m. 340 gerekçesinde belirtildiği gibi menfaatler dengesini gözeterek ortaya çıkmaktadır. Zira böyle bir düzenleme yönetim kurulunun işleyişini kolaylaştıracaktır. Aynı zamanda başkan tarafından üyenin talebinin reddi halinde üye bu tür düzenlemelere dayanmak suretiyle bizzat yönetim kurulunu toplantıya çağırabilecektir.

²¹⁵ Doktrinde toplantı zamanı, davet usulü gibi mevzuların esas sözleşmede veya iç yönergede düzenlenebileceği belirtilmektedir (KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 482; AKDAĞ GÜNEY, s. 152).

²¹⁶ Bu hallerin fesih sebebi olduğuna dair bkz., SOYKAN, s. 173-174.

²¹⁷ Toplantı yetersayısının gündemdeki her bir madde için ayrı ayrı oluşması yönünde bkz., DURAL, s. 100. Buna karşılık üyenin toplantıya katıldıktan sonra toplantıyı terki halinde toplantı yetersayısının bozulmadığı yönünde bkz., İMREGÜN, Yönetim Kurulu Kararları, s. 287.

ve istenmeyen sonuçlara yol açan, ağırlaştırılmış toplantı nisabına ilişkin hükmün değiştirilerek yeni hali ile hüküm altına alındığı belirtilmektedir²¹⁸.

Üye tam sayısının hesaplanmasında esas sözleşmede yer alan veya esas sözleşme ile üye sayısını belirleme genel kurulun takdirine bırakılmışsa genel kurulca seçilen üye sayısı esas alınacaktır. Dolayısıyla üye tam sayısının hesabında fiili durum göz önünde bulundurulmayacaktır²¹⁹.

Esas sözleşme ile toplantı ve karar yetersayılarının ağırlaştırılması mümkündür²²⁰. Gerekçede toplantı yetersayısının esas sözleşme ile hafifletilmesine izin verilmediği belirtilerek buna neden olarak da şu hususlar öne sürülmektedir; öncelikle yönetim kurulunun azlığı oluşturan sayıda üyenin varlığı ile toplanabilmesinin bir yandan kurul anlayışına aykırı olacağı, diğer yandan azlığı oluşturan üyelerle toplanabilen yönetim kurulunun içerdeki üyelerinin çoğunluğu ile karar alabilmesi genel kurul seçimi ile oluşan organ kavramı ile bağdaşmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir. İkinci olarak, bir önerinin imzalanması yoluyla ve elektronik ortamda yönetim kurulunun karar almasına olanak tanındığı ve bu olanaklar varken azınlıkta kalan üyelere yönetim kurulu olarak toplanma iznini vermenin tutarlı bir çözüm olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu yönden TTK m. 390/I düzenlemesi bakımından Alm.POK. § 77/I hükmü örnek alınmıştır²²¹.

Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, karar mekanizmasının hiçbir surette işlememesi ve kurul olarak hiçbir konuda bu bağlamda genel kurulu toplantıya davet konusunda karar alamaması sonucunu doğuracaktır²²². Bu durum yönetim kurulunda karar yetersayısının gerçekleşmemesi şeklinde ve bu bağlamda sürekli ret kararının alınması veya TTK m. 390/III çerçevesinde de ortaya çıkabilir. TTK m. 390/III hükmüne göre, oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. Şayet ikinci toplantıda da eşitlik olursa ilgili öneri reddedilmiş sayılır. TTK m. 410/II kapsamında yönetim kurulunun devamlı toplanamaması uzun vadede

²¹⁸ Bkz., TTK m. 390 gerekçesi. Böylelikle ETTK döneminde m. 330 çerçevesinde ortaya çıkan toplantı yetersayısına ilişkin tartışmalar ortadan kalkmıştır.

²¹⁹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 500-501.

²²⁰ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 267.

²²¹ Bkz., TTK m. 390 gerekçesi. Alm.POK § 77/I'e göre, azlığı oluşturan yönetim kurulu üye/üyelerinin esas sözleşme veya iç yönerge ile çoğunluğa rağmen herhangi bir karar almaları mümkün değildir (bu hususta bkz., Münch. Komm. AktG/SPINDLER, § 77, No. 16; HÜFFER, § 77, No. 16).

²²² DURAL, s. 64.

şirketin yönetilememesi ve temsil edilememesi sonucunu doğuracaktır²²³. Bu durum giderilmezse şirketin feshi gündeme gelebilecektir. Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması gruplar arasındaki uyuşmazlık ve çekişme dolayısıyla meydana gelebilir²²⁴. Zira pay sahiplerinin bekledikleri menfaatleri elde edebilmeleri için içinde yer almayı istedikleri veya kontrol altında tutmayı en fazla isteyecekleri organ yönetim kuruludur²²⁵.

Menfaat çatışması içinde bulunan pay sahiplerinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirketlerde, yönetim kurulunun toplanamaması pay sahiplerinin kendi davranışları neticesinde ortaya çıkmaktadır²²⁶. Oysa belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi durumunda somut olaya göre durumun değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, yönetim kurulu kararları açısından toplantı ve karar yetersayılarını nitelikli çoğunluğa bağlayan veya oybirliği arayan esas sözleşme hükümlerinin varlığı halinde, belirli pay grubunun temsilcisi yönetim kurulunun faaliyette bulunmasını engelleyebilir²²⁷. Bu durum doktrinde “dolaylı olarak veto imkânı veren sözleşme hükümleri” olarak adlandırılmaktadır²²⁸. Ancak bu durumun devamlı olarak gerçekleşmesi ve hiçbir kararın alınmaması neticesini doğurması gerekir. Aksi halde bazı konular açısından veto hakkının bulunması sadece o mevzular bakımından karar alınmaması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla yönetim kurulunun hiçbir şekilde faaliyette bulunmadığını söylemek imkânı olmayacaktır²²⁹. Zira

²²³ SOYKAN, s. 194.

²²⁴ Bkz., TTK m. 410 gerekçesi.

²²⁵ SOYKAN, s. 194-195. Pay sahiplerinin çıkarlarının farklılaşması şirkete katılım amaçlarının ve şirket içindeki konularının farklılaşmasından ortaya çıkar. Bu doğrultuda farklı pay sahibi türleri ortaya çıkmaktadır. Buna göre, işletmeci pay sahibi şirket yönetimine hâkim olmak isteyen pay sahiplerinden oluşurken; yatırımcı pay sahipleri şirket yönetimine katılmayıp yalnızca getiri kazanmayı amaçlar. Yatırımcı pay sahipleri, işletmeci pay sahiplerinin yanında veya karşısında yönetimi olumlu veya olumsuz etkileyebilir (bu hususta bkz., KARAYALÇIN, Kontrol Satışı, s. 357-358; (KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 256-257; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 38).

²²⁶ DURAL, s. 59.

²²⁷ Ağırlaştırılmış yetersayıların teknik hukuki anlamda bir azlık hakkı olmadığı bilakis bu ağırlaştırılmış yetersaya ulaşmak için gereken payların fiili bir azlık oluşturduğu ve bu doğrultuda bunların çoğunluk yanında oy kullanmadığı takdirde karar alınamayacağı yönünde bkz., ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 58. Yönetim kurulu toplantı yetersayısının hangi kararlar açısından artırılabilmesi veya belirli konulara ilişkin kararlarda toplantı yetersayısının oybirliği olarak belirlenmesinin mümkün olmayacağı hususunda bir sınırlandırmanın yapılmadığına ilişkin bkz. SOYKAN, s. 187, dn. 244. Doktrinde Dural bazı konular bakımından karar yetersayısını ağırlandıramayacağı görüşündedir (bkz., DURAL, s. 103).

²²⁸ DURAL, s. 107.

²²⁹ SOYKAN, s. 296; DURAL, s. 64-65.

kurul faaliyette bulunmaktadır; ancak belirli bazı pay sahipleri tarafından bazı kararların alınması engellenmektedir. Bu durum devamlılık arz etse dahi varılan sonuç bakımından bir değişiklik olmayacaktır. Bununla birlikte duruma sebep olan kurul üyesi/üyeleri açısından genel kurulun azil yetkisi gündeme gelebilir. Bunun dışında karar alınmamasına sebep olan üye/üyeler bakımından sorumluluk davasının gündeme gelmesi söz konusu olabilir²³⁰.

Anonim şirketler kural olarak çoğunluğun söz sahibi olduğu bir yönetim yapısına sahiptir. Çoğunluk ilkesi genel kurul kararlarının alınmasında geçerli olmakla birlikte yönetim kurulu kararlarının alınmasında da uygulama alanı bulur (TTK. m. 418, m. 390).

Kontrol kavramı, doktrinde şirket üzerindeki hâkimiyeti ifade etmektedir²³¹. Bununla kast edilen şirket yönetiminde mutlak şekilde etkin olmaktır²³².

Pay sahipliği ile yönetim kurulu üyeliği sıfatının birleştiği veya en azından pay sahiplerinin kendi istedikleri kişileri yönetim kuruluna seçtikleri anonim şirketlerde pay sahipleri ile yöneticiler arasında bir çıkar çatışmasından söz edilemeyecektir²³³. Ancak bu tür şirketlerde çoğunluk ile azlık arasında bir çıkar çatışmasının ortaya çıkması muhtemeldir²³⁴. Doktrinde şirket üzerinde belirleyici etkinin²³⁵ tek bir pay sahibi veya pay grubu tarafından sağlandığı bu kontrol tipine “tek başına kontrol” denmektedir²³⁶.

Pay sahiplerinin veya pay gruplarının ortak hareket etmek suretiyle şirket üzerinde belirleyici etki yarattığı kontrol tipine “ortak kontrol” adı verilmektedir²³⁷. Bu kontrol tipinde pay grupları şirketin faaliyette bulunabilmesi için birbirine bağımlıdır.

²³⁰ SOYKAN, s. 296, dn. 75; DURAL, s. 144.

²³¹ DURAL, s. 35.

²³² DURAL, s. 35.

²³³ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 254.

²³⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 254.

²³⁵ Rekabet hukuku bakımından belirleyici etki, bir teşebbüsün tek başına veya başka bir teşebbüsle ortaklaşa başka bir teşebbüsün ticari politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilme durumu şeklinde tanımlanmaktadır (bkz., ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 53; GÜNGÖRDÜ/KAYAR, s. 81).

²³⁶ DURAL, s. 36. Rekabet hukuku açısından tek başına kontrol, belirleyici etkinin tek bir teşebbüs tarafından uygulanması durumunda gerçekleşir (bkz., ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 55).

²³⁷ DURAL, s. 36. Rekabet hukuku açısından ortak kontrol, birden fazla teşebbüsün birlikte hareket ederek veya şirketler hukukunda olduğu gibi bir blok oluşturmak suretiyle diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etki yaratmaları durumunda gerçekleşir (bkz., ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 55).

Ortak kontrolün söz konusu olduğu yapılanmalara daha çok joint venture şeklinde faaliyette bulunan anonim şirketlerde rastlanmaktadır²³⁸. Doktrinde unsurlarını da bünyesinde bulunduran kapsamlı bir tarife göre joint venture “*hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri*” şeklinde tanımlanmaktadır²³⁹.

Joint venture’un türü olan “sermayeye katılmalı joint venture”da ilişkiye katılan taraflar önce bir joint venture sözleşmesi akdetmektedirler ve böylelikle adi ortaklık niteliğinde bir ortaklık ilişkisi oluştururlar²⁴⁰. Ardından tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi kurarlar veya zaten mevcut böyle bir şirkete katılırlar ve bu ortaklığı çeşitli özel sözleşmeler çerçevesinde sağladıkları katkılarla beslerler²⁴¹. Taraflar joint venture sözleşmesinde yavru ortaklıkta karar alma, icra ve temsil esaslarını belirler²⁴². Bu noktada taraflar özellikle yönetim haklarını düzenleyerek aralarındaki güç dengesinin oluşumunu sağlar. Joint venture sözleşmesinde yer alan bu kayıtlardan çoğu kurulacak olan şirket esas sözleşmesinde de yer alacaktır²⁴³.

İsviçre hukukunda yönetim kurulunda oylarda eşitlik nedeniyle karar yeter sayısının oluşmadığı hüllere “pat durumu” denmektedir²⁴⁴. Yönetim kurulunda pat durumunun ortaya çıkabileceği klasik hal şirkete %50 sermaye payı ile katılan iki pay grubu veya pay sahibinden oluşan joint venture şeklindeki yapılarda söz konusu olur²⁴⁵. Bu gibi durumlarda pay grupları yönetim kurulunda eşit olarak temsil edilmekteyse her iki tarafın rızası olmadan hiçbir şekilde karar alınamayacaktır²⁴⁶. İsviçre hukukunda Türk

²³⁸ KRNETA, s. 157; DURAL, s. 37.

²³⁹ BARLAS, s. 262-263. Doktrindeki diğer tanımlar için bkz., ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 71-72.

²⁴⁰ BARLAS, s. 272.

²⁴¹ BARLAS, s. 272.

²⁴² Joint venture sözleşmesinin içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz., BARLAS, s. 274; DAYINLARLI, s. 85 vd.

²⁴³ BARLAS, s. 275.

²⁴⁴ KRNETA, s.157 vd., TRAUTMANN/von der CRONE, s. 461 vd.; LEHMANN, s. 420; PLÜSS, s. 214; HONSELL/VOGT/WATTER (WATTER/WIESER), Art. 731 b, No.6.

²⁴⁵ KRNETA, s. 157; TRAUTMANN/von der CRONE, s. 461; DURAL, s. 37.

²⁴⁶ TRAUTMANN/von der CRONE, s. 461;KRNETA, s. 157-158; GÜNGÖRDÜ/KAYAR, s. 84.

hukukundan farklı olarak esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe oyların eşitliği durumunda yönetim kurulu başkanının üstün oya sahip olduğu kanunla düzenlenmiştir (İsv. BK. m. 713). Dolayısıyla yönetim kurulunda pat durumunun ortaya çıkabilmesi için bu hükmün esas sözleşme ile bertaraf edilmesi de aranmaktadır²⁴⁷.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere pat durumunun özellikle payların iki grupta toplandığı anonim şirketlerde de ortaya çıkabileceği belirtilmektedir²⁴⁸. Bu durumda iki grup arasındaki çekişmeden dolayı yönetim kurulu faaliyetini icra edemeyecektir. Böyle bir sonuç karar nisabının sağlanamaması bakımından ortaya çıkabilecektir. Esas olan yönetim kurulunun çalışması, şirketi yönetip temsil etmesidir. Ancak kurul, görevini yerine getiremiyorsa organ eksikliği ortaya çıkmış demektir²⁴⁹.

Sermaye yapısının eşit olarak dağılmadığı anonim şirketlerde ise farklı pay sahibi grupları arasındaki menfaat çatışmalarının önlenmesi yollarından biri de azlık veya münferit pay sahibi gruplarının şirket organlarında ve konumuz açısından yönetim kurulunda temsil edilmesine olanak tanınmasıdır²⁵⁰. Yine azlık oluşturan pay sahipleri bakımından olumsuz oy kullanmak suretiyle veya yönetim kuruluna katılmayarak yönetim kurulunda karar alınmasını engelleyen azlık haklarının (veto haklarının) varlığı bir diğer menfaat ihlalinin engelleme yolu olarak görülmektedir²⁵¹. Bu bağlamda yönetim kuruluna daha fazla üyenin katılımı sağlanarak gündemdeki konuların müzakeresi sağlanmaktadır. Bununla birlikte böyle bir durumda yönetim kurulunda toplantı ve karar yetersayısının oluşmasında güçlükler ortaya çıkabilecek yönetim kurulunun faaliyette bulunmasının engellenmesi mümkün olabilecektir.

Yeni TTK ile belli grupların yönetim kurulunda temsili m.360 hükmünde düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu madde ile ilgili detaylı bir inceleme yapmamakla birlikte konumuz ile bağlantılı noktalar üzerinde durup genel bir açıklama yapmakla yetineceğiz. Yeni olan bu madde ile belirli gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile

²⁴⁷ KRNETA, s. 158.

²⁴⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku 1976, s. 122.

²⁴⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku 1976, s. 122.

²⁵⁰ KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 182. Menfaat ihlallerinin nedeni hakkında bkz., KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 181-182.

²⁵¹ İMREGÜN, Menfaat İhlalleri, s. 48; ERDEM, Birleşme ve Devralmalar, s. 57; GÜNGÖRDÜ/KAYAR, s. 85.

esas sözleşmede öngörülmek kaydıyla belirli pay gruplarına, pay sahipleri gruplarına ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme imkânı getirilmektedir. Bu imkân aday önerme hakkı şeklinde olabileceği gibi belirli sayıda üyenin bu gruplara mensup pay sahipleri arasından seçilmesi şeklinde de olabilir²⁵². Genel kurul haklı bir sebep olmadıkça ya belirli grupların önerecekleri kişiyi ya da bunlar arasından birini seçmek zorundadır (TTK m. 360/I).

Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa²⁵³ yönetim kurulunda temsil edilme imkânı ilk kez bu düzenleme ile getirilmiştir²⁵⁴. Buna karşılık belirli pay grubuna bu imkânın getirilmesi ise ETTK döneminde tartışılmış ve Yargıtay tarafından imtiyazın pay grubuna tanınması kabul edilmiştir²⁵⁵. Belirli pay grubu Yargıtay tarafından kabul edilen grup imtiyazıdır²⁵⁶. Kanun hükmüne göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı pay kabul edilmiştir (TTK m. 360/II)²⁵⁷.

²⁵² KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 251; KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 426.

²⁵³ Burada azlık ile kast edilen dar ve teknik anlamda azlık dahil %50+1 oya sahip çoğunluk karşısında yer alan pay sahibi veya sahipleridir (bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 430).

²⁵⁴ Yeniliğin adeta payın sahibine tanınmasından kaynaklandığı yönünde bkz., KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 427. Aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin oluşturduğu grupların da pay grubu olduğuna ilişkin bkz., TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015, s. 231.

²⁵⁵ KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 426; KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 211-212. Yargıtay'ın sermayeye katılım oranına ve gruplara verilen kontenjana bakılmaksızın şirket organlarında ve bu bağlamda yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan bütün pay gruplarını imtiyazlı olarak nitelendirdiği ve bu noktada aday önerme hakkı ile üyenin belirli bir grup pay sahipleri arasından seçimine yönelik esas sözleşme hükümleri arasında herhangi bir ayırım yapmadığı hususunda, ayrıca bu konudaki Yargıtay kararları hakkında bkz., KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 231-233.

²⁵⁶ KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 427; KARAHAN, s. 126. Hükmün gerekçesinde Yargıtay'ın yerleşik içtihadının grup imtiyazını tanımaya yönelik olduğu böylelikle Yargıtay kararlarında yer alan ilkenin kanunlaştırıldığı belirtilmektedir (bkz., TTK m. 360 gerekçesi).

²⁵⁷ Doktrinde, burada temsil edilme hakkının paya değil gruba ve azlığa tanındığı belirtilmektedir (bkz., AKDAĞ GÜNEY, s. 34). Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, ayrı bir grup oluşturan paylara tanınan imtiyaz grup imtiyazıdır ve pay sahiplerinden ziyade payın kendisi önem taşımaktadır. Ancak sorun TTK m. 360 ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır (KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 427. Bu son durum imtiyazın paya tanınması ilkesini zedeler niteliktedir. *Kendigelen* ETTK dönemindeki çalışmasında temsil edilme hakkının kullanılmasında gruba dahil pay sahiplerinin birlikte hareket etmesi gereğinden hareketle bu durumu imtiyaz olarak değil grup hakkı olarak adlandırmaktadır (bkz., KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 212).

Getirilen yenilikle pay sahipleri ve azlığa tanınan bu hakkın uygulama alanı bulabilmesi için somut bir pay grubu ayırımının yapılması gerekir²⁵⁸. Aksi halde böyle bir durumda imtiyazlı olarak nitelendirilebilecek ayrı bir pay grubu olmayacaktır²⁵⁹. Bunun nedeni olarak da imtiyazın tabii olduğu şartların belirli olması ilkesi gösterilmektedir²⁶⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki imtiyaz olarak nitelendirilen şirket organlarında temsil edilme hakkı, azlık konumundaki bir pay grubunun şirket yönetiminde söz sahibi olmasına hizmet eder²⁶¹. Böylelikle çoğunluk iradesinin azlık yararına sınırlandırılması söz konusu olmaktadır²⁶². İşte böyle bir durumda azlık oluşturan grup yönetim kurulunda temsil edilme hakkını elde etmektedir. Yeni TTK ile getirilen böyle bir düzenlemenin öngörülme nedeni, temelde azlık oluşturan fakat çeşitli nedenlerle bir grup altında birleştirilmesi mümkün olan pay sahiplerinin korunması olduğu kabul edilmelidir²⁶³.

Yönetim kurulunun yönetim görevini ifa edememesi yönetim kuruluna seçilen temsilcinin toplantı yetersayısının oluşmasına engel olması veya toplantı yetersayısı sağlansa dahi karar yetersayısının oluşmasına engel olması şeklinde ortaya çıkabilir²⁶⁴. Bu hallerin devamlı olarak sürmesi ve

²⁵⁸ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 252 KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 431; KARAHAN, s. 20-24; ÇAMOĞLU, s.4; (HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art 709, No.23.

²⁵⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 252; KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 255. İmtiyaz tanınmasına ilişkin temel ilkeler hakkında bkz., KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 25 vd.

²⁶⁰ KIRCA (ŞEHİRALİ/ÇELİK), s. 428; KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 255.

²⁶¹ KENDİGELEN, s. 252. Yazar, ETTK dönemindeki çalışmasında, şirket organlarındaki temsil hakkını imtiyaz olarak değil ana sözleşmeye dayalı bir grup hakkı olarak görmektedir (bkz., KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 252) .

²⁶² KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 253.

²⁶³ KENDİGELEN, İsviçre Hukuku, s. 429. Benzer bir düzenleme İsv. BK. m. 709 hükmünde yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında azlığın veya münferit pay sahibi gruplarının yönetim kurulunda temsili düzenlenmiştir.

²⁶⁴ Yönetim kuruluna seçilen grup temsilcisinin sahip olduğu hak ve yükümlülükler bakımından diğer üyelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır (KRNETA, s. 73; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28, No.162-163; FUNK, Art.708, No.4; BÖCKLI, s. 1567). Bununla birlikte belirtilmelidir ki yönetim kurulunda yer alan temsilci öncelikle şirketin menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır. Buna ilaveten temsilci temsil ettiği grubun menfaatlerini de ihmal ve ihlal etmemelidir (FUNK, Art.708, No.4; BÜRGI, Art.708, No.58, KRNETA, s. 73; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §28, No. 163; BÖCKLI, s. 1567). Bunu da şirketin menfaatleri izin verdiği müddetçe temsil ettiği grubun menfaatlerini koruyarak yerine getirecektir (BÖCKLI, s. 1567) . Bu doğrultuda doktrinde eşit değerde çözümlerin söz konusu olduğu takdire dayalı meselelerde temsilcinin temsil ettiği grubun menfaatine olanı tercih etmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §28, No. 163; (HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art. 709, No. 18). Temsilci ile temsil edilme hakkı tanınan belli gruplar arasında seçimden önce herhangi

hiçbir şekilde karar alınamaması sonucunu doğurması halinde ise TTK m. 410/II'nin işletilebilmesi mümkün olabilecektir²⁶⁵.

TTK m. 434/IV ile halka açık olmayan anonim şirketlerde birikimli oy esasının benimsenebilmesi mümkün hale getirilmiştir²⁶⁶. Birikimli oy sistemi esas sözleşmede öngörüldüğü takdirde (Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Tebliği m. 5/I, a) azlığın yönetim kuruluna üye seçtirebilmesine olanak sağlar (Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Tebliği m. 1). Dolayısıyla böyle bir esasın benimsenmesi azlığın korunmasına hizmet etmektedir²⁶⁷. Anonim şirketin birikimli oy sistemini benimsemesi halinde azlığın kendi istediği bir adayı yönetim kuruluna seçtirebilmesi olanaklıdır. Zira bu sistemin amacı çoğunluğun gücünü sınırlamak ve azlığın yönetim kurulunda temsilini sağlamaktır²⁶⁸. Bu bağlamda yönetim kurulunun yönetim faaliyetini icra edememesi durumunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Bu durumun nasıl gerçekleşebileceğine ilişkin olarak tekrardan kaçınmak amacıyla azlığın yönetim kurunda temsili (TTK m. 360) hakkında yaptığımız açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

SONUÇ

Anonim şirket genel kurulunu toplantıya çağrı konusunda yetkili olanlar esasen TTK m. 410-412 arasında düzenlenmiştir. Bu sayılanlar dışında yetkili kişilerin esas sözleşme ile belirlenmesi hususu ise TTK m. 340 ile bağlantılı olarak incelenmelidir. Bunun dışında diğer mevzuata göre de genel kurulu toplantıya çağırabilecekler belirlenmiştir.

İnceleme konumuz çağrı konusunda yetkinin düzenlendiği maddelerden biri olan TTK m. 410/II (Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/II) hükmüdür. Bu

bir sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı buna karşılık temsilcinin seçim kararını kabulü ile birlikte vekâlet veya vekâlet benzeri bir ilişkinin kurulduğu doktrinde ifade edilmektedir (HONSELL/VOGT/WATTER (WERNLI), Art. 709, No. 18).

²⁶⁵ Ancak burada dn. 227'de belirttiğimiz şekilde veto hakkı bakımından teknik anlamda bir azlık hakkı değil fiili bir azlık durumunun bulunduğu unutulmamalıdır.

²⁶⁶ Bu hususta "Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" yayınlanmıştır (RG. 29.08.2012, S. 28396). Halka açık anonim şirketler açısından ise birikimli oy esasını, "Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"de düzenlenmiştir (Seri IV, No.29), RG. 18.02.2003, S. 25024.

²⁶⁷ OKUTAN NILSSON, Birikimli Oy, s. 563; ŞENER, s. 504.

²⁶⁸ OKUTAN NILSSON, Birikimli Oy, s. 563; AYHAN, s. 253. Seri IV, No. 29 sayılı Tebliğ m. 1'de birikimli oy sisteminin azlığın şirketin yönetim kuruluna temsilci seçtirmesine olanak verdiği belirtilmektedir.

düzenlemeye göre, tek pay sahibi yönetim kurulu ile ilgili belirli durumların ortaya çıkması halinde mahkeme izni ile genel kurulu toplantıya çağırabilir. Bu hakkın kullanılabilmesi için tek bir paya sahip olmak yeterlidir.

Tek pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin affectio societatis unsuru ile bağlantısı olduğu gibi böyle bir yetkinin düzenleme altına alınması pay sahibi açısından yeni bir vazgeçilmez hak ortaya çıkarmıştır. Bu hak ancak mahkeme kararı ile kullanılabilir. Pay sahibi mahkemeye gündem taslağını da vermelidir. Zira TTK m. 413/I (Genel Kurul Yönetmeliği m. 13/VI) gereği gündemi çağrısı yapan belirler.

TTK m. 410/II'nin getiriliş nedeni, yönetim kurulunun üzerine düşen yönetim görev ve yetkisini yerine getirmemesi/getirememesidir. Zira kanun hükmünde açıkça öngörüldüğü gibi, yönetim kurulunun devamlı surette toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında tek bir pay sahibi mahkeme kararı ile genel kurulu toplantıya çağırabilecektir. Böylelikle TTK m. 530 bağlamında organ eksikliğinin ortaya çıkması ve şirketin feshine kadar gidilebilecek sonucun engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulama açısından pay sahibinin mahkeme kararı ile çağrı yetkisini kullanabilmesi sıkıntı yaratabilecek niteliktedir. Zira genel kurulu toplantıya davet usulü TTK m. 414/I'de (Genel Kurul Yönetmeliği m. 10) düzenlenmiştir. Pay sahibinin de bu hükme riayet etmesi gerekmektedir. Ancak bunu yaparken bilgi ve belgelere sahip olması gerekir. Yönetim kurulu pay sahibine gerekli kolaylığı sağlamadığı takdirde ise çağrı konusunda sıkıntı yaşanması muhtemeldir. Bu nedenle genel kurul toplantısının yapılmasını sağlamak için TTK m. 412'de öngörüldüğü gibi bir kayyım atanmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

TTK m. 410/II bağlamında yönetim kurulunun eksikliği geniş anlaşılmalıdır. Kurulun toplantı nisabının gerçekleşmesine imkân bulunmaması hali üye eksikliği nedeniyle ortaya çıkabilir. Ancak bu durumda TTK m. 363/I'in uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte geriye kalan yönetim kurulu üyeleri bu maddeyi işletmedikleri takdirde veya toplantı nisabının oluşmaması halinde genel kurulun toplantıya daveti gereklidir. İşte bu noktada TTK m. 410/II'nin uygulama alanı bulması muhtemeldir. Zira esas sözleşmede veya genel kurul kararında belirtilen yönetim kurulu üye sayısında sonradan meydana gelen eksilmeler toplantı nisabı bundan etkilenmese dahi kurulun organ niteliğini etkiler. Yönetim kurulunun mevcut olmaması, kurul üyelerinin toptan istifası, kaza gibi nedenlerle ortaya çıkabileceği gibi

üyelerin görev sürelerinin sona ermesi, üye seçimine ilişkin genel kurul kararının yokluğunun, butlanının tespiti veya iptali ve kesinleşmesi ile ortaya çıkabilir. Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması hali geniş yorumlanmalıdır. Şöyle ki, yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması ile birlikte toplanmasına rağmen sürekli bir şekilde ve hiçbir surette karar alamaması bu kapsamda değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 1. Bası, İstanbul 2012.

AKİPEK, JALE/AKINTÜRK, TURGUT/ATEŞ KARAMAN, DERYA, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I, 10. Bası, İstanbul 2013.

ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982.

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960 (Anılış: ARSLANLI, AŞ, C. I).

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960 (Anılış: ARSLANLI, AŞ, C. II-III).

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler IV-V Anonim Şirketin Hesapları Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961 (Anılış: ARSLANLI, AŞ, C. IV-V).

AYHAN, Rıza, Birikimli Oy Hakkında, *Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan*, Ankara 2006, s. 237-260.

BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001.

BAHTİYAR, Mehmet/HAMACIOĞLU, Esra, Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, 1. Bası, İstanbul 2014.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, C. I, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013.

von BÜREN, Roland/STOFFEL, Walter A/WEBER, Rolf H, Grundriss des Aktienrechts, 3. Auf., Zurich 2011.

BÜRGERS, Tobias/KÖRBER, Torsten (Yayınlayanlar), Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auf., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011 (Anılış: BÜRGERS/KÖRBER (İlgili Bölümün Yazarı)).

BÖCKLI, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auf., Zurich-Basel_Genf 2009.

BÜRGI, F. Wolfhart, Das Obligationenrecht (Zürcher Kommentar), 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698-738, Zurich 1969.

ÇAMOĞLU, Ersin, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Halil Arslanlı Bilim Arşivi,(<http://arslanlibilimarsivi.com/>, 19.02.2015).

ÇEVİK, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 2002.

DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2007.

DOĞANAY, Y. Ümit, Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü), İstanbul 1968.

DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 2010.

DURAL, H. Ali, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2013.

ERDEM, Nuri, 6102 Sayılı Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep" (Kazanılmış) Hakları, *Regesta*, C. II, S. 1, 2012, 29-44.

ERDEM, H. Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve

Devralmalar, İstanbul 2003 (Anılış: ERDEM, Birleşme ve Devralmalar).

ERDEM, H. Ercüment, Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketler İçin Getirdiği Yenilikler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 117-118, Mayıs-Haziran 2014, s. 29-61.

FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FUNK, Frist, Kommentar des Obligationenrechtes, Zweiter Band: Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.

GÜNGÖRDÜ, Abdülgani/KAYAR, Mehmet Akif, AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi, *Rekabet Dergisi*, S. 11, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002 s. 83-104.

HELVACI, Mehmet, "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkındaki Yönetmelik" Gereği ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, 1. Bası, İstanbul 1997.

HOMBURGER, Eric, Zürcher Kommentar zu Art. 707-726 OR, Zurich 1997 (Anılış: Zürcher Komm.-OR/HOMBURGER).

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER , Georg (Yayınlayanlar), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Auf., Basel 2008 (Anılış: HONSELL/VOGT/WATTER (İlgili Bölümün Yazarı).

HÜFFER, Uwe, Beck'sche Kurz Kommentare, Aktiengesetz, 10. Auf., München 2012.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989 (Anılış: İMREGÜN, AO).

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararından Doğan Menfaat İhlalleri ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962 (Anılış: İMREGÜN, Menfaat İhlalleri).

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. I, İstanbul 2001, s. 277-292 (Anılış: İMREGÜN, Yönetim Kurulu Kararları).

İZMİRLİ, Yadigar, Anonim Şirketlerde YÖNETİM Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2001.

KARAEGE, Özge, Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364), *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 72, S. 2014/1, s. 71-110.

KARAHAN, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991.

KARAHAN, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya 2015 (Anılış: KARAHAN/İlgili Bölümün Yazarı).

KARASU, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973 (Anılış: KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku II).

KARAYALÇIN, Yaşar, Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) satışı ve Genel Alım Önerisi, *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan*, Ankara 1990, s. 351-398 (Anılış: KARAYALÇIN, Kontrol Satışı).

KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012 (Anılış: KENDİGELEN, İlk Tespitler).

KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999 (Anılış: KENDİGELEN, İmtiyaz).

KENDİGELEN, Abuzer, İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art.709), *Makalelerim*, İstanbul 2011, s. 388-451 (Anılış: KENDİGELEN, İsviçre Hukuku).

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.

KRNETA, Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Auf., Bern 2005.

LEHMANN, Peter, "Die Kleine Aktiensrechtsrevision" (Teil 2) – Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, *GesKR*, 2007, s. 420-428.

MEIER, Robert, Die Aktiengesellschaft, Zurich-Basel-Genf 2005.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, (Anılış: MİMAROĞLU, Hukuki Mesuliyet).

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, II. Cilt, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku (Ortaklıklar Hukukuna Giriş – Genel Hükümler – Kollektif ve Komadit Ortaklıklar), Ankara 1972 (Anılış: MİMAROĞLU, Ticaret Ortaklıkları Hukuku).

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih, *Makaleler I*, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 89-102 (Anılış: MOROĞLU, Azınlık).

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri, *Makaleler I*, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 389-400 (Anılış: MOROĞLU, Görev Süreleri).

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: MOROĞLU, Hükümsüzlük).

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006 (Anılış: MOROĞLU, Tasarı).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auf., München 2007 (Anılış: Münc. Hdb. AktG/İlgili Bölümün Yazarı).

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76-117, 4. Auf., München 2014 (Anılış: Münc. Komm-AktG./İlgili Bölümün Yazarı).

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3, §§ 118-178, 3. Auf., München 2013 (Anılış: Münc. Komm-AktG./İlgili Bölümün Yazarı).

NARBAY, Şafak, TTK Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, *HPD* 2006, s. 168-181.

NOMER, Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.

OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 13. Bası, İstanbul 2013.

OKUTAN NILSSON, Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 563-601 (Anılış: OKUTAN NILSSON, Birikimli Oy).

OKUTAN NILSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004 (Anılış: Pay Sahipleri Sözleşmeleri).

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

PLÜSS, Adrian, Können Richter Verwaltungsräte Absetzen?, *AJP* 2014, s. 211-216.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009 (Anılış: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku).

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I).

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku, C. II, 2. Bası, İstanbul 1976 (Anılış: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku 1976).

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Bası, Ankara 2014 (Anılış: PULAŞLI, C. I).

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, 2. Bası, Ankara 2014 (Anılış: PULAŞLI, C: II).

SCHUCANY, Emil, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Auf., Zurich 1960.

SOYKAN, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2012.

ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal, Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler, *Batider*, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 163-216.

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.

TANNER, Brigitte, Kommentar zu Art. 698-706 b OR, Die Generalversammlung, in: Zürcher Kommentar, Teilband V 5b, Zurich 2003 (Anılış: Zürcher Komm.-OR/TANNER).

TEKİL, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013 (Anılış: TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2013).

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015 (Anılış: TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları 2015).

TEOMAN, Ömer, Türk Hukukunun Güncel Sorunları I (Ticaret Sicili Memuru'nun TTK m. 315, f. 1 Uygulamasındaki Denetim Yetkisi-Nama Yazılı Hisse Senetlerinin Ciroşunda İmzanın Kaşe ile Atılabılıp Atılamayacağı Sorunu), *Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-* C. II 1982-2001, İstanbul 2001, s. 293-307 (Anılış: TEOMAN, Sicil Memuru).

TEOMAN, Ömer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi, *Batıder*, C.XXVI, S. 3, 2010, s. 5-16 (Anılış: TEOMAN, Yönetim Kurulu).

TRAUTMANN, Mathias/von der CRONE, Hans Caspar, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, *SZW*, 2012, s. 461-476.

TÜRKOĞLU, Ferah, Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu ve Ortaklığa Kayyım Atanması, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2010, s. 127-149.

ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Ankara 2013.

YASAMAN, Hamdi, Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması, *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 450-454.

YILDIZ, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar XVIII* 25 Haziran 2001, Ankara 2001, s. 67-104.

YİĞİT, İlhan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN KİRA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİNE GÖRE ÜRÜN KİRASININ SONA ERMESİ

Mustafa KOCA*

ÖZET

Ürün kirası; kiraya verenin, ürün veren bir şeyi ya da hakkı kullanmak ve semerelerinden yararlanmak üzere kiracıya devretmeyi veya ürünlerin toplanması (devşirilmesini) için kiracıya bırakmayı, buna karşılık da kiracının belirli ya da belirlenebilir olan kira bedelini ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Teknolojinin çok gelişmediği zamanlarda genellikle tarımsal taşınmazlar ürün kirasına konu olurken, teknoloji ve ekonominin gelişmesiyle orantılı olarak ürün kirasına konu olan mallar genişlemiştir. Sözleşmenin, kurulması ve taraflara faydalı biçimde devam etmesinin yanı sıra sona ermesi de önem arz etmektedir. Ürün kirası sözleşmesi her zaman beklendiği gibi sona ermeyebilir. Kimi zaman sözleşme, tarafların hiç beklemediği bir anda her ne kadar zararlarına da olsa sonlanmak durumunda kalabilir. Bu gibi sonlanmalar taraflar lehine yükümlülükler ve zararlar getirdiği için kimi durumlarda sözleşmenin sonlanmasına dair usulleri bilmek tarafların ekonomik olarak biraz rahatlamalarını sağlayabilir. Ürün kirası, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) ürün kirasını düzenleyen ayırmada yer alan ürün kirasına özgü sona erme sebeplerine göre sona erebileceği gibi TBK'nın genel hükümlerine ve TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine göre de sona erebilir. Çalışmamız da sonuncu olarak belirtilen sona erme sebebinin incelenmesine ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Ürün Kirası, Kira, Türk Borçlar Kanunu, Sona Erme, Ürün Kirasının Sona Ermesi

EXPIRATION OF USUFRUCTUARY LEASE ACCORDING TO BLANKET CLAUSES OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS CONCERNING RENTAL AGREEMENT

ABSTRACT

Usufructuary lease is a contract that the owner gives over a yielding thing or using the right of it and its fruits that the owner thinks to assign to the tenant who is required to pay some defined or definable rental as a provision to gather the products. Whereas immovable agricultural properties were the focus of usufructuary lease during the periods of undeveloped technology, the extent of these properties have been comparatively expanding with the development of technology and economy. Expiration of the contract is also important with its inception and endurance in an advantageous way for the both parties. Expiration of Usufructuary Lease always may not end as predicted. Sometimes, the agreement needs to be immediately concluded

* Öğr. Gör., Kara Harp Okulu Öğretim Görevlisi, mkoca@kho.edu.tr

in spite of its all negative results. Since these kind of conclusions may bring some sanctions and loss for both sides, to know the procedures to put an end to the agreement may provide the parties to a little relax. Not only may Usufructuary lease end according to the specific reasons of expiration in Turkish Code of Obligations, but also terminate concerning the blanket clauses of Turkish Code of Obligations and its rental agreement provisions. In this study, reasons of expiration were examined.

Keywords: *Usufructuary Lease, Lease, Turkish Code Of Obligations, Expiration, Expiration of Usufructuary Lease*

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kira sözleşmeleri: adi kira, konut ve çatılı işyeri kirası ile ürün kirasıdır.

Ürün kirası TBK'nın 357 ile 378 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ürün kirasına özgü sona erme sebepleri, 367-371 maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

Bir ürün kirası, TBK m. 367-371 arasında yer alan ürün kirasına özgü sona erme sebeplerine bağlı olarak sona erebileceği gibi TBK'nın genel hükümlerine ya da TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine göre de sona erebilir.

Ürün kirasının, TBK genel hükümlere göre sona erebileceği, kiranın bir sözleşme olmasından ileri gelmektedir. Ürün kirasına özgü sona erme ile sonlanacağı konusunda da kanun sistematığı çerçevesinde hiçbir şüphe yoktur. TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere göre sona ermesi de TBK m.358'de yer alan: *“Bu ayırımında ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır.”* hükmünden ileri gelmektedir. Bu maddeye göre, ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, ürün kirasıyla ilgili özel hükümler ve ürün kirasının özünü çelişmediği takdirde kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler ürün kirasına da uygulanacaktır.

Bu kapsamda ürün kirasına özgü olmayan ancak kira sözleşmesinin genel hükümlerinde yer alan sona erme sebepleri, şartlar varsa ürün kirası için de uygulanacaktır. Çalışmamız sadece, TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine göre ürün kirasının sona ermesi üzerine bir incelemedir.

I.Genel Olarak Ürün Kirası

Ürün kirası, TBK m.357'de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; “*Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.*”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere ürün kirası; kiraya verenin, ürün veren bir şeyi ya da hakkı kullanmak ve semerelerinden yararlanmak üzere kiracıya devretmeyi veya ürünlerin toplanması (devşirilmesini) için kiracıya bırakmayı, buna karşılık da kiracının belirli ya da belirlenebilir olan kira bedelini ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere ürün kirasında sözleşmenin kurulması için teslim şart olmayıp tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının varlığı yeterlidir¹. Açıklamalardan anlaşıldığı üzere ürün kirası rızâî bir sözleşmedir².

Sözleşmede yer alan borç ve haklar bakımından ürün kirasında birbirine zıt menfaatler söz konusudur³. Ürün kirasında kiracı bedel ödeme borcu altına girerken kiraya veren bu bedel karşılığında sözleşmeye konu olan malı kiracıya bırakma borcu altına girmektedir. Her iki taraf da borç altına girdiği için ürün kirası tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşmedir⁴.

Ürün kirası; kiracıya sözleşmeye konu olan malı kullanma, semerelerinden yararlanma, işletme hakkı veren kişisel ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir⁵. Sözleşmenin belirli süreli ya da belirsiz süreli olarak yapılması sürekli borç doğuran sözleşme çeşidinden olmasına engel değildir.

Ürün kirasında kiracının, sözleşme gereği üstlendiği borç kira bedelini ödemektir. Kiralanana karşılık kira bedeli ödendiğinden ürün kirası ivazlı sözleşmelerdendir⁶.

¹ Gülay ÖZTÜRK: **Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.50.

² Nihal URAL ÇINAR: **Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.18.

³ İpek SAĞLAM: “Ticarî İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, Sa. 1, s.144.

⁴ Hüseyin ALTAŞ: **Hasılat ve Ürün Kirası**, I. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2009, 75.

⁵ URAL ÇINAR, 2014, s.18.

⁶ Erol CANSEL: **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1953, s.2.

Ürün kirası TBK’da düzenlenen tipik bir sözleşme olduğundan taraflar, aralarında doğan borç ilişkisini isimlendirmek zorunda değildir. Kanunda yer alan şartlar varsa tarafların arasındaki ilişki ürün kirası olarak kabul edilir. Yargıtay bir kararında bu konuya yönelik bir hüküm vermiştir. Yargıtay’ın kararı şu şekildedir: “*Davacılar vekili, davalıların toplam 22 adet taşınmazda kiracı olduklarını Borçlar Kanunu’nun 285 inci maddesi uyarınca Edirne 2. Noterliğinin 0401 yevmiye no’lu ihtarnamesiyle akdin feshinin davalılara bildirildiği halde tahliye etmediklerini, tarla olarak kiralanan taşınmazlarla ilgili akdin feshiyle TAHLİYELERİNİ İSTEMİŞTİR. Davalılar vekili taraflar arasında kira ilişkisi olmadığını, 30 yıl evvel masraf ve ürünleri yarı yarıya paylaşılacak şekilde ortaklık sözleşmesi yapıldığını, davanın REDDİNİ SAVUNMUŞTUR. Mahkemece Borçlar Kanunu’nun 285 inci maddesi uyarınca hasılat kiralalarında taraflardan birinin fesih bildirimiyile akdin sona ereceği, mahkemenin 6570 Sayılı Kanun’dan kaynaklanan tahliye davalarına bakmakla görevli olması nedeniyle, füzuli işgal nedenine dayalı bu davada görevli olmadığı gerekçesiyle görevsizlik KARARI VERİLMİŞTİR. Dava yukarıda açıklandığı üzere hasılat kira sözleşmesinin feshi ve tahliye istemine ilişkin olup HUMK.nun 8/II-l. bent uyarınca kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye ve akdin feshi davalarına bakmakla görevli mahkeme sulh HUKUK MAHKEMESİDİR. Davacı kira sözleşmesi olduğu iddiasıyla bu davayı açtığına göre mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmadığından hükmün BOZULMASI GEREKİMİŞTİR.*”⁷.

Ürün kirasının nasıl yapılacağına dair TBK’da bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu durum ürün kirasının kurulması bakımından şekil serbestisi benimsendiğini gösterir. Özel bir şekil şartı benimsenmediğinden sözleşme şekil konusunda TBK’nın genel hükümlerine bağlı olacaktır. Nitekim sözleşmelerin şekil şartı TBK’da; “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” olarak hüküm altına alınmıştır.

Kanunlarda düzenlenen özel durumlar saklı kalmakla beraber şekil serbestisi kural, şekil koşulu ise istisnadır. Sözleşmenin esaslı unsurlarında tarafların anlaşması durumunda sözleşme yazılı ya da sözlü olarak kurulabilir⁸.

Her ne kadar ürün kirasının geçerliliği açısından TBK’da herhangi bir şekil şartı aranmamış olsa da ürün kirasının konusunu oluşturan şey

⁷ Yarg. 6. HD.’nin 24.12.2009 Tarihli, E.:2009/9116, K.:2009/11521 Sayılı Kararı.

⁸ ÖZTÜRK, s.54.

bakımından kanunda bir şekil şartı öngörülürmüştü bu şekil şartına uyulması geçerlilik şartıdır. Ürün kirası şeklinde yapılan finansal kiralama sözleşmeleri bu duruma örnektir. Bu şekildeki sözleşmeler noterde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır⁹.

Tarafların fiil ehliyetleri açısından ise ürün kirasının geçerliliği 4721 sayılı Medeni Kanununun genel hükümlerine tabi olacaktır¹⁰. TMK açısından borç altına girebilmek için kural olarak tam fiil ehliyetli olmak aranır. TMK m.9'a göre: "*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.*". Kişi ergin değil ancak ayırt etme gücüne sahipse sözleşmenin geçerliliği TMK m.344 gereğince ana ve babanın rızasına bağlıdır. Ayırt etme gücüne sahip vesayet altında olan kişiler açısından ise bu kişiler TMK m.451 gereği vasiinin açık yahut örtülü rızası ya da icazetiyle borç altına girebilecektir.

II. ÜRÜN KİRASININ SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Ürün kirasına ait özel sona erme sebepleri TBK'nın 367-375 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bir ürün kirası, anılan maddelerle sona erebileceği gibi TBK'nın genel hükümlerine göre ve yine TBK'da yer alan kira sözleşmesine ilişkin genel sona erme sebeplerine göre sona erebilir¹¹. Çalışmamızda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine göre ürün kirasının sona ermesi ele alınacaktır.

Ürün kirası, TBK'nın 357-378 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Düzenlemede, ürün kirasına özgü sona erme sebepleri de yer almaktadır. Özel sona erme sebeplerinin olmasına rağmen TBK m.358'den hareketle kira sözleşmesinin genel hükümlerinde yer alan genel sona erme sebeplerinin de ürün kirasına uygulanabileceği açıktır. TBK m.358 şu şekildedir: "*Bu ayırimda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır.*". Bu maddeden anlaşıldığı üzere, ürün kirasına ilişkin özel sona erme sebeplerinde yer almayıp da kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan sona erme sebepleriyle ürün kirasını sona erdirmek mümkün olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, ürün kirasına ilişkin bir özel sona erme sebebinin bulunmamasıdır.

⁹ ALTAŞ, s.76.

¹⁰ URAL ÇINAR, s.40.

¹¹ Gülşah Sinem AYDIN: *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, I. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.19, 28.

Aynı konuda özel bir sona erme sebebinin ürün kirası sistematüğinde yer alması durumunda kira sözleşmesine ilişkin genel sona erme sebeplerinin uygulanması mümkün değildir.

Kira sözleşmesinin genel hükümlerine göre ürün kirasının sonlanabilmesi mümkünse de söz konusu sona erme sebepleri ürün kirasına özgü sona erme sebepleriyle çakışmaması lazımdır. Başka bir deyişle, ürün kirasına özel sona erme sebeplerinde düzenlenmeyip kira sözleşmesinin genel hükümlerinde düzenlenen bir sona erme sebebi mevcut olmalıdır.

Kira sözleşmesinin genel hükümlerinde yer alan sona erme sebeplerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Sürenin geçmesiyle sona erme,
- Fesih bildiriyle sona erme,
- Önemli sebeplerin olması durumunda sona erme,
- Kiracının iflas etmesiyle sona erme,
- Kiracının ölümü durumunda sona erme,
- Kira bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle sona erme,
- Kiralananın ayıplı olması durumunda sona erme,
- Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcunun

İhlalinde Sona Erme.

Ürün kirasına özgü sona erme sebepleri ise şunlardır:

- Sürenin geçmesiyle sona erme,
- Fesih bildiriyle sona erme,
- Önemli sebeplerin olması durumunda sona erme,
- Kiracının iflas etmesiyle sona erme,
- Kiracının ölümü durumunda sona erme,
- Kira bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle sona erme.

Yukarıda yer alan sona erme sebepleri karşılaştırıldığında, “Kiralananın Ayıplı Olması Durumunda Sona Erme” ve “Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcunun İhlalinde Sona Erme” sebeplerinin ürün kirasına özgü sona erme sebepleri arasında yer almadığı, kira sözleşmesine ilişkin

genel hükümlerde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda TBK m.358'den hareketle, sadece anılan 2 sebebin ürün kirasına uygulanabilmesi mümkündür. Diğer sona erme sebepleri, ürün kirasına özgü sona erme sebepleriyle örtüştüğü için ürün kiralarına uygulanamayacaktır.

B. Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlere Göre Ürün Kirasının Sona Ermesi

1. Kiralananın Ayıplı Olması Durumunda Sona Erme

a. Genel Olarak Ayıplı Mal Kavramı

Kanunda ayıbın tanımına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Sözlük anlamı itibariyle ise ayıp; *kusur*, *eksiklik* anlamlarına gelmektedir¹². Kira sözleşmeleri açısından ise ayıp, nesnede bulunan kusur ve eksikliği ifade etmektedir¹³.

TBK m.301 gereği kiraya veren kiralananı kullanıma elverişli durumda kiracıya teslim etmek ve sözleşme süresi boyunca da bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Madde metninde kiraya verenin borcu şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “*Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür.*”. Bu borç, sözleşme açısından önemli olduğu için kiraya verenin önemli borçları arasında sayılabilir. Kiraya veren söz konusu borca aykırı davrandığı takdirde kiracı açısından hak kaybı oluşturmaktadır ki ayıptan sorumluluk kavramı bu adaletsizliği gidermek için getirilmiş bir kurumdur¹⁴. Kiraya verenin ayıptan dolayı sorumluluğu da bu borcun devamı niteliğindedir¹⁵. Bundan hareketle, 301 ve 304'üncü maddeler birlikte değerlendirildiğinde ayıbı; anlaşmada amaçlanan durumdan farklı olarak, kiracının kullanımını etkileyecek derecede kiralananın kusurlu ve kullanıma elverişli olmaması şeklinde tanımlamak mümkündür.

¹² İnternet: Türk Dil Kurumu. Web: http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5657485d707087.93724204. 26 Kasım 2015 tarihinde alınmıştır.

¹³ Efrail AYDEMİR: *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, II. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.98.

¹⁴ Gülşen BALTALI: *Kira Sözleşmesinde Kiracının Ayıptan Doğan Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010, s.4.

¹⁵ M. Murat İNCEOĞLU: *Kira Hukuku*, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.112; Faruk ACAR: *Kira Hukuku Şerhi*, I. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013, s.185.

Kiralananda bulunan ayıbın kiraya verenin kusurundan kaynaklanıp, kaynaklanmadığı önemli değildir. Ayıp ister kiraya verenin kusurundan ileri gelsin, ister kiraya verenin kusuru olmasın kiralayan kiralananadaki ayıptan sorumlu olacaktır. Kiracının kusuru konusunda ise, kiralananadaki ayıp kiracıdan kaynaklanmamalıdır. Aksi durumda kiraya verenin ayıptan dolayı sorumluluğuna gidilemez.¹⁶

Kira sözleşmeleri açısından ayıptan sorumluluk, kiraya verenin sözleşmeden doğan bir borcudur. Bu borç teslim sırasında vardır ve sözleşmenin süresi boyunca da devam eder. Kiralananda ayıp kavramını, zaman bakımından, teslim anındaki ayıp ve kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıp olmak üzere iki kategoride incelemek mümkündür. Kiracıya tanınan haklar bakımından ayıbın hangi zamanda ortaya çıktığı önem taşımaktadır. Kiralananın teslim anında ayıplı olması durumunda kiracıya tanınan haklar TBK m.304'de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kiralananın önemli ayıplarla teslimi hâlinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.*”

Kiralananın önemli olmayan ayıplarla tesliminde ise kiracı, kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.”. Madde metni incelendiğinde ayıbın varlığı halinde kullanılacak haklar bakımından, kiralananadaki ayıbın niteliğini tespit etmek gereklidir. Buna göre ayıbı, önemli ve önemli olmayan şeklinde ikili bir ayrıma tabii tutmak mümkündür. Önemli ayıp, kiralananın sözleşmeye uygun olmaması ve ondan yararlanmayı azaltacak oranda kusurlu olması şeklinde ifade edilirken; önemli olmayan ayıbı ise, kiralananın sözleşmede belirlenen amaca uygun olmamasına karşın, kiracı için çekilemez derecede kusur halinin olmaması şeklinde ifade etmek mümkündür¹⁷.

Kiralanda önemli ayıp varsa kiracı, borçlunun temerrüdü yoluna ya da kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Kiracı bu yollardan birini seçebilir.

Ayıp önemli değilse bu durumda kiracı, yalnızca kiralanda sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere

¹⁶ Beyza NUHOĞLU: **Türk Borçlar Kanununa Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2013, s.64-65.

¹⁷ AYDEMİR, s.99.

başvurabilecektir. Buradan, önemsiz ayıbın varlığı halinde kiracının, kiralananı teslim almaktan kaçınamayacağı¹⁸ ve teslim aldıktan sonra dilerse mağduriyetinin giderilmesi maksadıyla kiralanananda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna gidebileceği anlaşılmaktadır.

Bir malın ayıplı olması durumunda kiracıya tanınan seçimlik haklar; ayıbın giderilmesini talep hakkı, kiracının ayıbı bizzat giderme hakkı, kira bedelinin indirilmesini talep hakkı, sözleşmeyi feshetme hakkı, ayıp dolayısıyla uğranılan zararın tazminini talep hakkıdır¹⁹.

b. Sözleşmenin Feshi

TBK'da ürün kirasının yer aldığı ayırmada, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu açıkça düzenlenmese de TBK m.358 gereği kiraya veren şartlar varsa ürün kirasında da ayıptan sorumlu olacak²⁰ ve buna bağlı olarak kiracı sözleşmeyi feshedebilecektir.

Kiracının fesih hakkı seçimlik bir haktır. Sözleşmeyi feshetmek yerine kanunda yer alan diğer seçimlik hakları kullanabilir. Bunlar seçimlik haklar: ayıbın giderilmesini isteme, kira bedelinin indirilmesini isteme gibi haklardır.

TBK m.306 her ne kadar kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesinde uygulanan fesih imkânı olsa da 304'üncü maddede yer alan atıf gereği teslim anında mevcut olan ayıplı kiralananlar için de uygulanabilecektir²¹.

Kira sözleşmesinde, kiralananın ayıplı olması durumunda kiracının fesih hakkı TBK m.306/2'de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir.*”. Madde metninden de anlaşıldığı üzere kiracı fesih hakkını kullanabilmesi için, ayıbın kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede ayıbın giderilmemesi gerekmektedir. Şartlardan tek başına birinin varlığı yeterli

¹⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.203-204.

¹⁹ Azra Arkan SERİM: **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, I. Baskı, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s.49-59.

²⁰ Mehmet REMZİ / Sezer AYDIN: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, XI. Baskı, İkinci Sayfa Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.213.

²¹ Mustafa KIRMIZI: **6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Açıklamalı-İçtihatlı ve Dilekçe Örnekliliği**, II. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s.64.

olmayacak, iki durumun da birlikte gerçekleşmesi aranacaktır²². Kiracı, kiralananındaki ayıptan dolayı bir zarara uğramışsa, diğer seçimlik haklardan bağımsız olarak TBK m.305/1 gereği uğradığı zararı da kiraya verenden tazmin edebilecektir. Ancak kiraya veren, kusuru olmadığını ispat edebilirse kiralananın ayıplı olmasından dolayı doğan zararları kiracıya ödemekten kurtulabilir (TBK m.308).

Kiralanda ayıp olması ve verilen süre içerisinde kiraya verenin kiraya verenin ayıbı gidermemesi durumunda kiracı sözleşmeyi feshedebilecektir. Verilen süre sonunda sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek, kiracının sözleşmeyi sonlandırmak için ayrıca fesih beyanından bulunması aranacaktır²³. Fesih beyanı için maddede herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ispat kolaylığı açısından beyanın yazılı olması kiracının menfaatine olacaktır.

Kiracının kullandığı fesih hakkı ileri yönelik hüküm ve sonuçlar doğurduğundan, daha önceden ödenen kira bedellerinin iadesi istenemez²⁴. Ancak kira bedeli peşin verildiyse, fesihten sonraki döneme ait kira bedelleri kiraya verenden istenebilecektir²⁵.

2. Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcunun İhlalinde Sona Erme

a. Genel Olarak Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu

Kiracının borçlarından olan, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu ile borca aykırılıkta ön görülen müeyyidesi TBK m.316'da düzenlenmiştir. Buna göre özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu: *“Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür.”*

Madde metninden de anlaşıldığı üzere kiracı, kiralananı özenle kullanmak zorundadır. Hatta kiralananın özenle kullanılması yalnızca yeterli olmayacak, sözleşmede belirtildiği şekilde, kiralananın sözleşmeye uygun olarak ve özenle kullanılması aranacaktır. Kiracı, kiralananın değerini azaltacak ve niteliğini etkileyecek şekilde kiralananı kullanamamasının yanı

²² KIRMIZI, s.64.

²³ ACAR, s.243.

²⁴ GÜMÜŞ, s.205.

²⁵ İNCEOĞLU, s.191.

sıra kira sözleşmesinden sonra etkisini devam ettirecek biçimde kiralananda değişiklik yapamayacaktır²⁶.

Kiralananın özenle kullanılmasından kasıt, kiralananın fiziki varlığını ve değerini azaltmayacak şekilde kullanılmasıdır²⁷. Nitekim kiracının, kiralananındaki camları ve buzdolabını kırmasını Yargıtay özen borcuna aykırılık olarak görmüştür. Yargıtay'ın kararı şu şekildedir: “*Taraflar arasında kiracılık ilişkisi konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kiralanan davalı kiracıya teslim edildiği ve davalının kiralayana sinirlenerek kiralananın camlarını ve buzdolabı camını kırdığı tarafların kabulündedir. Kiracı taşınmazı tahliye ederken kiralananı ne şekilde teslim almış ise o şekilde teslim etmek zorundadır. Her ne kadar kiralanan davalı zarar vermiş ise de davalının kiralananı tahliye ettiği dosya kapsamından anlaşılammamaktadır. Kiralanan verilen zararlar, tahliye edilirken ve kiralayana teslim edilirken kiracı tarafından giderilmesi mümkündür. Kiralanan tahliye edilmeden ve anahtar teslimi yapılmadan zararlar istenemez. Bu nedenle mahkemece öncelikle taşınmazın tahliye edilerek anahtarlarının teslim edilip edilmediği üzerinde durularak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.*”²⁸.

Kiracının göstermesi gereken özenin nasıl olacağı konusunda TBK kapsamında getirilen bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinindeki genel kanı ise, kiracının, kiralananı kendi malı gibi tam bir özen içinde kullanması gerektiği yönündedir²⁹. Yani kendi malına gösterdiği özeni kiralanan da göstermek zorundadır. Ancak bu durum, kendi mallarına da özensiz davranan kiracılar bakımından problemler doğurur niteliktedir. Bu açıdan, kiracının göstermesi gereken özeni, makul ve dürüst bir kiracının göstermesi gereken özen olarak kabul etmek gerekir ki bu da herkes açısından hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır³⁰.

Maddede yer alan diğer borç, kiracının komşulara saygı göstermesidir. Buna göre, kiracı kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile

²⁶ Osman KODAL: **Roma ve Türk Hukukunda Kira Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2008, s.85.

²⁷ İNCEOĞLU, s.371.

²⁸ Yarg. 6. HD.'nin 08.12.2014 Tarihli, E.:2014/4522, K.:2014/13571 Sayılı Kararı.

²⁹ Damla MAMÜK: Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu İle Komşuluk Hakkı ve Taşkınlıktan Kaçınma Ödevinin Birlikte Değerlendirilmesi. **Ankara Baros Dergisi**, C. 2013/1, s.411; Hasan ERDOĞAN: **Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı Ve Tazminat Davaları**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s.335.

³⁰ İNCEOĞLU, s.381.

komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. Bu borç kapsamında saygı gösterilmesi gerekenler, aynı taşınmazda oturanlar ile komşulardır.

TBK’da saygının içeriğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. *AYDEMİR* komşulara saygıyı, “*kiralananın, birey ve toplum yaşamının gereklerine uygun şekilde kullanılmaması veya toplumca benimsenmeyecek davranışlar içinde bulunulması ...*” olarak ifade etmektedir³¹.

TBK m.316’da kiracının, kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuna aykırı davranması sonucunda ne gibi müeyyide ile karşılaşacağı da düzenlenmiştir. Konumuz açısından bu borca aykırılık durumunda kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın yazılı bir bildirimle ürün kirasını hemen feshedebilecektir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise farklı olarak kiraya veren, sözleşmeyi feshetmeden önce, en az otuz günlük mehil vermeli ve bu süre içerisinde aykırılığın giderilmesi talebinde bulunmalıdır. Bu ihtarın yazılı şekilde olması maddede aranan geçerlilik koşuludur.

b. Sözleşmenin Feshi

Kiracı, kira sözleşmesi gereğince kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu altındadır. Bu borca aykırılık durumunda ne olacağı TBK m.316/2’de şu şekilde müeyyidelendirilmiştir: “*Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir.*”. Konumuz ürün kirası olduğu için konut ve çatılı işyeri sözleşmesinde feshi incelemeyip, diğer kira sözleşmelerine öngörülen fesih usulünü inceleyeceğiz.

Madde metninden anlaşıldığı üzere kiracı, kiralanan, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmama ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermediğinde kiraya veren önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle ürün kirasını hemen feshedebilecektir. Ancak söz konusu borcun ihlali tek başına yeterli olmayacak; ihlal kiraya veren, aynı taşınmazda oturanlar ya da komşular açısından sözleşmenin devamını çekilemez hale getirmesi aranacaktır³².

³¹ AYDEMİR, s.107.

³² GÜMÜŞ, s.257.

Kiraya verenin fesih bildirimini yazılı olarak yapması, maddede özellikle belirtildiği için geçerlilik şartıdır. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmaması durumunda fesih gerçekleşmeyecektir.

Konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki diğer kira sözleşmelerinde aykırılığın giderilmesi için kiracıya mehil verilmesi aranmamıştır. Ancak zorunlu olmamasına rağmen mehil verilmişse artık mehilin dolması beklenemez, mehilin dolmamasına rağmen yapılan fesih geçersiz olacaktır³³.

Fesih beyanı ile kira sözleşmesi ileriye etkili olacak şekilde sona erecek ve tahliye için ayrıca dava açılması gerekmeyecektir³⁴.

Tazminat konusunda da kiraya veren, kira sözleşmesinin erken sona ermesinden dolayı uğradığı zararları kiracıdan talep edebilecektir. Özensiz kullanımdan dolayı kiralananada meydana gelen zararlar ise ayrıca kiracıdan talep edilebilecektir.³⁵

SONUÇ

Ürün kirasının sona ermesi, en az sözleşmenin kurulması ve devamı kadar önemlidir. Kimi zaman sözleşmenin devamı taraflardan biri açısından çekilmez hale gelebilir. Bu durumda sözleşmenin devamı çekilmez hale gelen açısından sözleşmeyi sonlandırmak daha faydalı olacaktır.

Sözleşmeyi etkileyen çekilmezlik olmasına rağmen, ürün kirasına özgü sona erme sebeplerine dayalı olarak sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün değilse TBK m.358: “*Bu ayırım da ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır.*” hükmü gereği kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere göre de ürün kirası sona erdirilebilir. Ancak bu durumda konuya ilişkin, ürün kirasına özgü sona erme sebepleri arasında, istenilen sona erme sebebi bulunmamalıdır.

Kanun tarafından aranan diğer şartlar varsa, ürün kirasının düzenlendiği ayırım da yer alamayıp da kira sözleşmelerine ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği birinci ayırım da yer alan “*Kiralananın Ayıplı Olması Durumunda Sona Erme*” ve “*Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcunun İhlalinde Sona Erme*” sebepleri ürün kirasını sona erdirebilir. Sözü edilen sebepler, sözleşme çerçevesinde değerlendirildiğinde ağır sonuçlar doğuracağından, menfaati ihlal edilen taraf açısından ürün kirasının sona erdirilmesi yararına olacaktır.

³³ İNCEOĞLU, s.413.

³⁴ İNCEOĞLU, s.414.

³⁵ İNCEOĞLU, s.416.

Anılan sona erme sebepleri ürün kirasına konu olan mallar açısından farklılık gösterecek, kimi sözleşmelerde uygulama alanı bulamayacaktır. Bir hayvanın ürün kirasına konu olması örneğinde durum böyledir. Bu sözleşmede komşulara saygı gösterme borcuna aykırılık olamasa da özenle kullanma borcundan bahsedilebilir.

Kiralananın ayıplı olması durumunda sözleşmeyi sonlandırmak her zaman mümkün olmayabilir. Sözleşmenin sonlanabilmesi için ayıbın önemli olması gerekir. Önemli ayıbın ne olduğu konusunda kanunda bir tanımlama yapılmısa da TBK m.306'dan hareketle önemli ayıp, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde engelleyen unsurlar olarak ifade edilebilir. Kiralananın ayıplı olması durumunda kiracı sözleşmeyi feshetmek zorunda değildir. Dilerse kanunca tanınmış diğer seçimlik hakları da kullanabilir.

Özenle kullanma ve komşulara saygı göstermenin yaptırımını olarak sözleşmeyi feshetme yolu mutlak değildir. Kiracı isterse sözleşmeyi mevcut durumlarla devam ettirebilir. Ancak bu durum kiraya veren ve duruma göre komşular açısından yararlı olmayabilir. Özenle kullanmama ve komşulara saygı göstermeme olguları, artık sözleşmenin devamını kiraya veren ve komşular açısından çekilemez kılması gereklidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, F.: **Kira Hukuku Şerhi**, I. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.
- ALTAŞ, H.: **Hasılat ve Ürün Kirası**, I. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2009.
- AYDEMİR, E.: **Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, II. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- AYDIN, G. S.: **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.19..
- BALTALI, G.: **Kira Sözleşmesinde Kiracının Ayıptan Doğan Hakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010.
- CANSEL, H.: **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1953.
- CORPUS: Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İctihat Programı.
- ERDOĞAN, H.: **Tahliye, Kira Tespiti, Kira Alacağı Ve Tazminat Davaları**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- GÜMÜŞ, M. A.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- İNCEOĞLU, M. M.: **Kira Hukuku**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İnternet: Türk Dil Kurumu. Web: http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5657485d707087.93724204. 26 Kasım 2015 tarihinde alınmıştır.
- KIRMIZI, M.: **6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Açıklamalı-İctihatlı ve Dilekçe Örnekli**, II. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- KODAL, O.: **Roma ve Türk Hukukunda Kira Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2008.
- MAMÜK, D.: Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu İle Komşuluk Hakkı ve Taşkınlıktan Kaçınma Ödevinin Birlikte Değerlendirilmesi. **Ankara Barosu Dergisi**, C. 2013/1.

NUHOĞLU, B.: **Türk Borçlar Kanununa Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2013.

ÖZTÜRK, G.: **Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

REMZİ, M / AYDIN, S.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, XI. Baskı, İkinci Sayfa Yayıncılık, İstanbul, 2014.

SAĞLAM, İ.: “Ticarî İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, Sa. 1.

SERİM, A. A.: **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, I. Baskı, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.

URAL ÇINAR, N.: **Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ

Alper UYUMAZ*

Fatma GÜNGÖR**

ÖZET

Rödovans, maden ruhsat sahalarının işletme hakkının özü kendisinde kalması koşuluyla hak sahibi tarafından sözleşme ile gerçek veya tüzel bir kişiye, bir süre tahsis edilmesidir. Bu sözleşme gereğince, rödovans veren, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişi, ruhsat sahibine, ürettiği her bir ton maden için önceden ödemeyi taahhüt ettiği meblağ kadar bir ücret öder. İşte bu sözleşme ilişkisine rödovans sözleşmesi denilmektedir. Rödovans, herhangi bir şekilde tâbi olmayan, tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz/ atipik, karma bir sözleşmedir. Önceden kanunî anlamda hukukî bir dayanağı olmayan rödovans sözleşmesinin 3.2.2005 tarihinde 25716 Sayı ile Resmî Gazetede yayınlanan “Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği”nde düzenlenmesi ile birlikte kanunî anlamda olmasa bile hukukî anlamda bir dayanağa kavuştuğu söylenebilir. Yargıtay’ın istisnai sayılabilecek bazı kararlarında, rödovans sözleşmesini asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzettiği, rödovans sözleşmesi için bu ilişkiye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını kabul ettiği söylenebilir. Ancak, hem Yargıtay’ın pek çok kararında hem de öğretide Türk Borçlar Kanunu’ nun ürün kirasına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rödovans, Rödovans veren, Maden Arama Hakkı, Maden İşletme Hakkı, Ürün Kirası

REDEVENCE (ROYALTY) CONTRACT

ABSTRACT

Redevence (royalty-lease charges) is a contract that allocates mine searching rights and mining claims to a natural person or a legal person for a while. In accordance with the contract, the party of contact, a natural or legal person who has gain mine claim (hirer) due to pay a rental to the holder of mining license up to contract. This contract is called as redevence (royalty-lease charges). Redevence is a synalagmatic, formless, mixed and innominate contract. Formerly, redevence had no legal basis, then in February 3, 2005 a by-law regulates redevence which is called “Mining Activities Implementation” was The Official Gazette with the number 25716. Exceptionally, according to some Turkish Supreme Court (Yargıtay)’s decisions

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, alperuyumaz@gmail.com.

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fmgngnr33@gmail.com.

redevence is similar with primary employer-sub employer transaction and provisions of this legal transaction have to enforce to redevence disagreement. Nevertheless, a great majority of high court decisions and the doctrine argue that provisions about usufructuary lease in Code of Obligations are suitable for solving disagreements arising from redevence contract.

Keywords: *Redevence (royalty), Party of Redevence Contract, Mining Claim, Mine Search Right, Usufructuary Lease*

I. GİRİŞ

Ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasında maden sahalarının işletilmesinin devredilmesi amacıyla yapılan sözleşmelere rödovans sözleşmesi denilmektedir. Bir diğer deyişle, rödovans, maden ruhsat alanlarının hak sahibi (maden arama ve işletme ruhsat sahibi) tarafından sözleşme ile gerçek veya tüzel bir kişiye bir süre bırakılması durumunda, maden ocağının işletilmesini üstlenen gerçek veya tüzel kişinin, ruhsat sahibine ürettiği her bir ton maden için bir miktar ücret ödemeyi taahhüt ettiği isimsiz bir sözleşmedir¹.

Rödovans sözleşmesinin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklar açısından, Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinde düzenlenen ürün kirasına ilişkin hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir². Ancak, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemeleri bakımından bazı Yargıtay kararlarında rödovans sözleşmesi, alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilerek işçilerin işçilik ve Sosyal Güvenlik Kurumunun prim alacaklarından ruhsat sahibi ile rödovans verenin birlikte sorumlu olacakları sonucuna varılmıştır³.

¹ **Uygun**, Rahmi, Maden İşletmelerinde Ödenen Rödovans Bedellerinin Muhasebe Sistemi İçinde İzlenmesi, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/rahmiuygun/012/> (Erişim Tarihi: 21.4.2015).

² HGK., 17.6.2009, E. 2009/11-229, K. 2009/272; 10. HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906; 10. HD., 25.11.2013, E.2013/3807, K. 2013/22156; 6. HD. 21.10.2013, E. 2013/1827, K. 2013/13962; 14. HD., 21.10.2008, E.2008/7969, K. 2008/12073; 14.HD., 20.2.2007, E.2007/111, K.2007/1552; 11. HD., 8.12.2005, E. 2004/12958, K. 2005/12044. Ayrıca bkz., 14. HD., 21.10.2008, E.2008/7969 K. 12073, "...Yanların içeriğinde uyuşmazlık çıkarmadıkları, 04.07.2004 günlü sözleşme hasılat kira sözleşmesinin bir tipi olan rödovans sözleşmesidir...". (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.4.2015).

³ Bkz., 21.HD., 26.1.2010, E.2009/12236, K.2010/620, "Dava konusu somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin tetkikinden ruhsat sahibi TTK Gn. Müd.'ne, rödovansçı şirket tarafından yapılacak yıllık iş programlarını her türlü rapor ve projeleri inceleme, denetleme, gerekli değişiklikleri yapma yetkisinin verildiği, aylık ve yıllık faaliyet raporlarının davacı şirkete gönderileceği, üretilen kömür ve mevcut kömür artıklarının TTK Gn. Müd.'nin göstereceği kantarda tartılmadan ve sevk fişi düzenlenmeden saha dışına çıkarılmayacağı,

Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek adına, öncelikle maden ve maden hakkı kavramları ile bu hakkın devri konularına değinilecek ve daha sonra rödovans sözleşmesinin hukuksal gelişimi üzerinde durulacaktır. Bu değerlendirmelerin ardından Maden mevzuatı açısından rödovans sözleşmesi ele alınacak ve bu sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağı konusu detaylarıyla değerlendirilecektir. Bu kapsamda, rödovans sözleşmesinin tarafları arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olup olmadığı ve varılan sonucun gerekçeleri üzerinde durulacaktır.

Ayrıca, rödovans sözleşmesi niteliği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan bu sözleşmenin taraflarına yüklediği haklar ve borçlar ile sözleşmenin sona erme hâlleri incelenecektir. Sözleşmenin taraflara yüklediği haklar ve borçlar ile sözleşmenin sona ermesi konusundaki boşluklar, isimsiz bir sözleşme olan rödovansa, ürün kirasına ilişkin özel hükümlerin, bu yeterli olmazsa Borçlar Kanununun genel hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulacaktır.

II. MADEN VE MADEN HUKUKU KAVRAMI

Maden kavramının tanımını bir çırpıda yapmak mümkün değildir. Bunun en önemli sebeplerinden biri, fen bilimlerinin madenin tanımı noktasında hukukun gereksinimlerine uygun bir nitelendirme yapamamış olmasıdır⁴. Bu nedenle, öğretilerde maden kavramının, üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak, bir tanımlama yapılması gerekiyorsa en genel anlamıyla maden, doğal etkenler sonucu oluşan, yeryüzünde veya yeraltında şekillenen ya da depolanan, ekonomik açıdan değerli cansız maddeleri ve kütleleri ifade etmektedir⁵. Maden hukuku ise, madenlerin ve taş ocaklarının zilyetliğine, mülkiyetine, bunların bulunması, açılması ile işletilmesine ilişkin kanun ve diğer mevzuat hükümlerini, bunların dayandığı esasları düzenleyen hukuk dalıdır⁶.

rödovansçının işletme ruhsat sahibinin yapacağı yazılı istek uyarı ve talimatlara riayet edeceği, davacı şirketin sahadaki çalışmaları defter kayıtlarını, üretimi kontrol etmeye ve talimat vermeye yetkili olduğu, kantardan geçen miktar üzerinden rödovans tahakkuk ettireceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu tespitler karşısında davalılar TTK Gn. Müd. ile K... Mad. San. Tic. Ltd. Şti. arasındaki ilişkisinin 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesi gereğince alt işveren-üst işveren ilişkisi olarak değerlendirilmek gerektiği açık ve seçiktir". Aynı yönde bkz., 10.HD., 13.6.2011, E.2009/17563, K.2011/8689 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.6.2015).

⁴ **Göger**, Erdoğan, Maden Hukuku, Ankara 1979, s.40.

⁵ **Telli**, Serap, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989, s. 69.

⁶ **Telli**, s. 72.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 168. maddesi uyarınca devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kaynaklar, sahip oldukları sosyal, ekonomik ve stratejik önem nedeniyle, Medenî Kanun, Borçlar Kanunu gibi özel mevzuat hükümlerinin uygulanma alanı dışında tutulmuştur. Aynı gerekçelerle, madenler kamu mallarından özel mülkiyete tâbi olmayan mallar sınıflandırması içinde kabul edilerek, kamu düzenine ve idare hukuku kurallarına bağlı tutulmaktadır⁷. Madenlerle ilgili olarak en geniş kanunî düzenleme ise, 3213 sayılı Maden Kanun’unda yer almaktadır⁸.

Madenlere uygulanacak hukuku ve kanunî rejimi belirlemek hukuken madenin ne olduğunun tespiti ile mümkün olacaktır. Bunun tespiti açısından dünyada iki sistem bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki olan sayma sisteminde, hangi elementlerin maden olarak kabul edildiği, kanunda sınırlı sayım esasına göre belirlenmektedir. Diğer sistemde madenlerin sayılması yerine, madenin tanımı yapılmış ve tanımın kapsamına girenler, sınırlı sayı ilkesi dışında, maden sayılmaktayken tanımın dışındakiler maden olarak değerlendirilmemektedir⁹. 3213 sayılı Maden Kanununun 5177 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 2. maddesinde “*Aşağıda yazılı madenler bu kanuna göre maden sayılır*” ifadesi bulunmaktaydı. Hükümden de anlaşıldığı üzere Türk Hukukunda, o dönemde sayma sistemi benimsenmişti. Ancak, Maden Kanununda, 5177 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak sayma sistemi terk edilerek diğer sisteme geçilmiştir. Her ne kadar, söz konusu maddenin devamında madenler sayılmış olsa da buradaki amaç madenlerin ne olduğunun sınırlandırılması değil, dâhil olduğu grubu belirlemektir¹⁰.

III. MADEN HAKKININ DEVRİ

3213 sayılı Maden Kanununun 4. maddesi gereğince madenler devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmaktadır. Madenlerin mülkiyetinin kime ait olduğunun belirlenmesi açısından farklı hukuk sistemleri nazara alındığında, dünyada iki sistemin olduğu görülür. Amerika Birleşik Devletleri’nde de geçerli olan ilk sisteme göre, madenler arza tâbidir. Yani, madenler buldukları arazinin bütünleyici parçasıdır¹¹. Türkiye’de de uygulanmakta

⁷ Telli s. 75; Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya hukuku, 16. Bası, Ankara 2013, s. 14; Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 61-62; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 7. Bası, Konya 2014, s. 26.

⁸ Telli, s. 75; Akipek/ Akıntürk, s. 62.

⁹ Uçkan, Özcan, Türk Hukukunda Madencilik, Eskişehir 1983, s. 38-39.

¹⁰ Baş, H. Hakan, Maden Hukuku İle İlgili Yargı Kararları ve Mevzuat, Ankara 2009, s. 114.

¹¹ Özdamar, Demet, Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, M. Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s. 319-335, s. 322.

olan ve *devletin hâkimiyeti sistemi* olarak adlandırılan ikinci sistemde ise madenler kimin arazisinde bulunursa bulunsun devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu sistemde devlete, madenlerin topluma fayda sağlayacak şekilde işletilmesini sağlamak adına bir takım yetkiler tanınmaktadır. Devlet, bu madenlerin işletilmesini özel hukuk kişilerine imtiyaz vermek suretiyle gerçekleştirebileceği gibi madenleri bizzat kendisi de işletebilir¹². Devlet, hüküm ve tasarrufu altındaki madenler üzerinde özel kişilere arama ve işletme ruhsatı verebilir. Madenler üzerinde devlete ait olan bu kamusal mülkiyet hakkı, tasarruf etme yetkisini devlete bırakmakta; madenleri arama ve işletme yetkisini ise belirli bir süre ile özel kişilere verme hakkını bünyesinde barındırmaktadır¹³. Bu sistemde devlet, madenlerin mülkiyetini özel kişilere devredemeyeceği gibi madenleri özelleştirme konusu da yapamaz¹⁴.

Maden Kanununda, *maden haklarının bölünmezliği ilkesi* kabul edilmiştir (Maden Kanunu m.5/1). Bu hakların tek bir gerçek veya tüzel kişi üzerinde toplanması gerekir. Bu ilkenin getirilmesindeki amaç, işletilmesinde kamusal yarar olan madenlerin rasyonel ve ekonomik olarak değerlendirilmelerini sağlamaktadır¹⁵. Ancak, aynı madde uyarınca maden arama ve işletme haklarının devri mümkündür¹⁶. Gerçekten, 4.2.2015 tarihli 6592 sayılı Kanunun 3. Maddesi ile değişik Maden Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Maden ruhsatları ve buluculuk hakkı devredilebilir. Devir yapılmadan önce arama ve işletme ruhsatlarının devredildiği tarihteki ruhsat bedelinin iki katı tutarında devir bedeli alınır. Devir Bakanlık onayı ile gerçekleşir.*”

¹² Uçkan, s. 62.

¹³ Topaloğlu, Mustafa, Maden Hukuku, Adana 2011, s. 33.

¹⁴ Danıştay'ın bu konudaki istisnai görüşü bu hususu net bir şekilde açıklamaktadır. Bu görüşe göre, “... Anayasa'nın 168. maddesinde “*tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkı belirli süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletilmesinin devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişilerin eliyle yapılması, yasanın açık iznine bağlıdır. Bu hâlde, gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.*” denilmektedir. Maddeye göre, Anayasa'da doğal servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu kabul edilerek bunların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunları arama ve işletme hakkına da sahip olan devletin bu hakkını ancak belirli süre için gerçek veya tüzel kişilere yasanın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. Anayasa'da öngörülen bu durum sosyal, ekonomik ve stratejik önemlerin doğal sonucudur.” Bkz. Danıştay 1. D., 05.03.2004, E.2004/17, K.2007/24 (Topaloğlu, Maden, s.33).

¹⁵ Telli, s. 78; Özdamar, Maden, s. 119.

¹⁶ Telli, s. 104.

Bu hakların devrinde, tıpkı taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi iki ayrı işleme ihtiyaç vardır. Bunlardan ilki, taraflar arasında devir borcunu doğuran borçlandırıcı bir işlemin yapılmasıdır. Uygulamada, ruhsat devri amacıyla kullanılan rödovans sözleşmesi de bu anlamda borçlandırıcı bir işlemdir. Yargıtay, rödovans sözleşmesini, maden arama ve işletme hakkının devrinde hukukî sebep olarak kabul etmektedir¹⁷. Bu sözleşmeye dayanarak maden ruhsatının tesciline karar verilebileceği belirtilmelidir. Bu anlamda, tescil talebine binaen maden siciline tescilin yapılması da tasarruf işlemi olarak nitelendirilecektir.

IV. RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ

A) TANIMI

Rödovans kelimesi Latince “*Reditus*” kelimesinin Türkçe karşılığıdır. Reditus, gelir, irat kelime kökünden günümüz Fransızcasına “*redevance*” olarak yerleşmiş, Türkçe’ye ise bu kelimenin Türkçe okunuşuna uygun olarak girmiş ve pek çok güncel Yargıtay kararında da bu isimle anılmaktadır¹⁸. İngilizce’de ise rödovans kelimesi ile aynı anlamda olmak üzere “*royalty*” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Royalty, uygulamada, bir yazara, bir mucide ya da bir yayımcıya haklarını devretmeleri karşılığında düzenli aralıklarla ödenmesi gereken para; madenleri ya da petrol kuyuları işletilen toprağın sahibine sabit bir miktar olarak ya da üretim birimi üzerinden ödenmesi gereken para, toprak kirası, rödovans anlamlarında kullanılmaktadır¹⁹.

Literatürde rödovans, “*maden ruhsat alanlarının, hukukî hak ve sorumlulukları kendisinde kalması koşuluyla hak sahibi tarafından sözleşme ile*

¹⁷ 11. HD. 06.04.2000, E. 1999/9412, K. 2000/2692, “Sözleşme hukuku ilkeleri gözden kaçırılarak davalının Alabarda maden sahası rödovans sözleşmesiyle davacı tarafa devretmemekle kararlı davrandığı biçimindeki yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak davacı tarafından tazminat hakkının doğduğu ve tazminata esas rezervin de kabule göre davalının sahayı terkinden sonra dava dışı şirketin çıkardığı kömür miktarının değil toplam rezerv tutarı (21.500) tonun matrah alınarak bu miktara göre hesaplandırılıp gerekçede toplam zarar gösterilmesi doğru görülmemiş, davanın tamamen reddi yerine yazılı biçimde karar verilmesine yönelik davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com, erişim Tarihi: 23.4.2015).

¹⁸ Bkz., HGK., 17.6.2009, E. 2009/11-229, K. 2009/272; 10.HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906; 10.HD., 25.11.2013, E. 2013/3807, K. 2013/22156; 6.HD., 2.7.2013, E. 2012/18163, K. 2013/11372; 10.HD., 19.10.2010, E. 2010/9170, K. 2010/13928; 21.HD., 26.1.2010, E. 2009/12236, K. 2010/620; 14.HD., 21.10.2008, E. 2008/7969, K. 2008/12073 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 27.4.2015).

¹⁹ **Yücel**, Selçuk/ **Turan**, Hayrettin, Dar Mükellef Kurumlar, İstanbul 1999, s. 258. Ayrıca bkz., **Garner**, A.Bryan, Black’s Law Dictionary, 7th Edition, St. Paul Minnesota 1999, s.1330-1331; <http://en.wikipedia.org/wiki/Royalties> (Erişim tarihi: 27.4.2015).

*özel veya tüzel bir kişiye, bir süre tahsis edilmesi durumunda, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişinin, esas ruhsat sahibine, ürettiği her bir ton maden için ödemeyi taahhüt ettiği meblağ” olarak tanımlanmaktadır*²⁰. Mevzuat anlamı bakımından rödovans sözleşmesi, ruhsat sahaslarındaki madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeleri ifade eder (Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği²¹ m. 4/r).

Bu anlamda, rödovans sözleşmesi, maden işletme hakkı (ruhsat) sahibinin belirli süreliğine işletme hakkını devretmeyi taahhüt ettiği, devralanın da bunun karşılığında belirli miktarda üretim yapmayı ve ürettiğinden yıllık belirlenen miktar üzerinden rödovans bedelini ödemeyi taahhüt ettiği karma nitelikli bir özel hukuk sözleşmesidir.

B) RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKSAL GELİŞİMİ

Rödovans veya maden işletme hakkının devri sözleşmesi, ne Maden Kanununda ne de başka bir kanunda 2010 yılına kadar özel olarak düzenlenmişti. Yalnızca, Maden Kanununun 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla²² yürürlükten kaldırılan 28. maddesinin gerekçesinde dolaylı da olsa rödovans sözleşmesine işaret edilmektedir²³.

Yürürlükten kaldırılan 1985 tarihli Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin²⁴ 32. maddesine 1990 yılında eklenen hükme göre, üçüncü kişi ve kuruluşların rödovans, kira, taşeron ve benzeri sözleşmelere dayanarak ruhsat sahasında faaliyette bulunabilmesi maden dairesinin iznine bağlı idi²⁵. Beyanda bulunma yetkisi ve zorunluluğu ise ruhsat sahibine aitti. Aynı

²⁰ 10. HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 27.4.2015).

²¹ RG., 6.11.2010, S. 27751. Öğretide ve uygulamada, ayrıca Yargıtay kararlarında “rödovans” olarak kabul gören terim, kimi eserlerde ve bu Yönetmelik metninde “rödövens” olarak yer bulmuştur.

²² RG., 5.6.2004, S.25883.

²³ Maden Kanununun konuyla ilgili 28. maddesinin gerekçesinde şu ifadeler yer almakta idi: “... Diğer taraftan bu süre zarfında madenci kendisine maddî destek arayabileceği gibi, işletme iznini bir başkasına kiralayabilecek ve kanun karşısında teknik ve malî yönden tek sorumlunun ruhsat sahibi olacağı, esasî getirilmektedir.”. Bkz. **Topaloğlu**, Maden, s.46.

²⁴ RG., 22.8.1985, S. 18850.

²⁵ Eklenen hükme karşı açılan iptal davasında Danıştay, “... Maden haklarının özel sözleşmelerle üçüncü kişilere devrine yasal yönden olanak bulunmamasına karşın, uygulamada izin

Yönetmeliğin 32. maddesinde ruhsat sahibi ile rödovans veren arasında çıkan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri dikkate alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın verdiği kararın bağlayıcı olacağı belirtilmekteydi.

Söz konusu Yönetmelik hükmünde, 2003 yılında yeniden bir değişiklik yapılmış ve rödovans sözleşmesi açıkça tanımlanmıştır. Söz konusu 32. madde hükmüne göre, “*Ruhsat sahalarındaki madenlerin üretilerek değerlendirilmesi suretiyle üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler rödovans sözleşmesi olarak kabul edilir*”. Bu değişiklik ile rödovans sözleşmesi ilk kez hukukî dayanağa kavuşmuştur²⁶. Yine değişiklikle, ruhsat sahibinin üçüncü kişilerle yaptığı kira, taşeron ve benzeri sözleşmelerde Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nün taraf olma ve uyuşmazlığı çözme yetkisi kaldırılmış ve bu yetki sadece rödovans sözleşmelerine özgü olarak bırakılmıştır²⁷.

Eski Yönetmeliği kaldıran, 2005 tarihli Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin²⁸ Geçici 2. maddesi ise, “*Bu yönetmeliğin yayımı tarihinden sonra, ruhsat sahiplerinin kanun kapsamındaki faaliyetleri ile ilişkili olarak üçüncü kişi ya da kuruluşlarla yaptığı sözleşmelerin Genel Müdürlüğe bildirilmesine ve görüş alınmasına gerek yoktur. Ancak ruhsat sahasındaki tüm faaliyetlerden Genel Müdürlüğe karşı ruhsat sahibi sorumludur.*” şeklindeydi. Bu hükümlerle birlikte, artık 2005 yılından sonra akdedilen rödovans sözleşmelerine Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü hiçbir şekilde muhatap olmayacaktır²⁹. Aynı şekilde, bu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin *Rödovans Sözleşmesi*

sahiplerinin bedel karşılığında, maden çıkarma veya satış haklarını başka kişilere bıraktığı, yönetmelikte yapılan yeni düzenleme ile ilgili kuruluşun, bu fiili durumdan haberdar olması ve maden işletmeleri üzerindeki gözetim hakkını kullanmasının olağan karşılanması gerekeceği, maden dairesinin maden işletmeleri üzerindeki gözetim hakkının bu biçimde kullanılmasının, Anayasa'da yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ve üçüncü kişilerin ruhsat sahalarda kira ve benzeri sözleşmelere dayanarak faaliyette bulunulmasında da hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği” yönünde karar vermiştir. Danıştay'ın bu kararı ile rödovans sözleşmesinin hukuka uygunluğu kabul edilmiştir.” Bkz. Danıştay 8.D. 09.12.1991, E. 1990/32, K.1991/1924 (Topaloğlu, Maden, s.47).

²⁶ **Baycık**, Gaye, Rödovans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1895-1957, s. 1899.

²⁷ **Topaloğlu**, Mustafa, Rödovans Sözleşmesi; Hukuksal Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TUMAKS, 2001.

²⁸ RG. 3.2.2005, S. 25716.

²⁹ **Çankaya**, O. Güven, Rödovans Alt İşverenlik Sözleşmesi midir? İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 3, 2014, s. 3, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1331.pdf> (Erişim Tarihi 03.04.2015).

başlıklı, Geçici 2. Maddesi de, (1) 3/2/2005 tarihinden sonra, ruhsat sahiplerinin Kanun kapsamındaki faaliyetleri ile ilişkili olarak üçüncü kişi ya da kuruluşlarla yaptığı sözleşmelerin Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunlu değildir. (2) 3/2/2005 tarihine kadar yapılmış ve Genel Müdürlükçe uygun görülmüş sözleşmelerin uygulanmasında Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde çıkabilecek anlaşmazlıklarda, ruhsat sahasındaki faaliyetlerin aksamaması ve maden rezervinin en verimli biçimde işletilmesi ilkelere gözetilerek Genel Müdürlüğün yapacağı incelemelere göre vereceği karar geçerlidir. Kanun yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden ruhsat sahibi sorumludur. Bu sözleşmelerin yenilenmesi, sürelerinin uzatılması, hükümlerinin değiştirilmesi taleplerinde Genel Müdürlükten görüş alınmasına gerek yoktur.” şeklinde olup bu konudaki en son kanunî düzenlemeyi içermektedir.

Unutulmamalıdır ki, rödovans sözleşmeleri bakımından yapılan kanunî düzenlemelerle kamusal denetim mekanizmaları devreden çıkarılmışsa da bu özel hukuk sözleşmesinin konusu kamu malıdır. Bu mantık çerçevesinde, devletin bu hususta herhangi bir düzenleme getirmemesi eleştiriye açıktır³⁰. Bir diğer deyişle, rödovans sözleşmesinin Kanun düzeyinde detaylı bir düzenleme ile hukukî dayanağa kavuşturulması uygun olacaktır.

24.10.2010 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5995 sayılı Kanun ile Maden Kanunu'na Ek Madde 7 eklenmiştir. Bu madde ise, “Maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili idarî, malî ve hukukî sorumluluklar rödovans verene aittir. Ancak bu durum ruhsat sahibinin Maden Kanunu'ndan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.” şeklindedir. Yine, Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin Rödovans İşlemleri başlıklı 100. maddesi yürürlüktedir. Hükmün birinci fıkrasına göre, “Maden işletme ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmı veya tamamı için üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yapılan değişiklikler tarafların talebi hâlinde devir ve intikal işlemlerinde bilgilendirme amacıyla maden siciline şerh edilir. Tarafların birlikte rödovans sözleşmesinin iptalini istemeleri hâlinde de bu kayıtlar terkin edilir. Genel Müdürlük hiçbir şekilde rödovans sözleşmelerine taraf değildir”.

³⁰ Topaloğlu, Maden, s. 49.

Böylelikle, rödovans sözleşmesinin maden siciline şerh edilmesi mümkün hâle gelmiştir. Ancak, Danıştay, rödovans sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bu nedenle sözleşmenin maden siciline şerh edilmesinin üçüncü kişileri ve kurumları bağlamayacağı yönünde karar vermiştir³¹. Yapılan bu düzenlemeler dışında Maden Kanununda veya başka bir kanunda rödovans sözleşmesi özel olarak düzenlenmiş değildir.

Son olarak, Maden Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³²un 22. maddesi ile 3213 sayılı Kanunun Ek 7. maddesine birinci fıkrasından önce gelmek üzere şu fıkra eklenmiştir:

“Ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasında rödovans sözleşmeleri Bakanlığın iznine tâbidir. İzin alınmaksızın yapılan rödovans sözleşmesi ile yürütülen madencilik faaliyetleri durdurulur.

Kamu kurum ve kuruluşları ile iştirakleri hariç olmak üzere yer altı kömür işletmelerinde maden ruhsat sahipleri, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişiler ile üretim faaliyetlerine yönelik rödovans sözleşmeleri yapamaz. Aksi takdirde rödovans sözleşmesi ile yapılan madencilik faaliyetleri durdurulur.”

Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, son değişiklikle yer altı kömür işletmelerinde üretim faaliyetine yönelik rödovans sözleşmesinin yapılması yasaklanmıştır. Bu konuda tek istisna kamu kurum ve kuruluşları ile iştiraklerine tanınmıştır.

³¹ Danıştay 8. D. 30.01.2009, E. 2008/4170, K. 2009/473, “Şirketin sahip olduğu İR:1208 sayılı maden işletme ruhsatını Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı onayı ile bir başka şirkete devretmesine rağmen, müdahil şirketin anılan ruhsata konu alanda davacı şirketle yapılmış rödovans sözleşmesi uyarınca işletme hakkı bulunduğundan bahisle ruhsat devrinin iptaline ilişkin 22.02.2007 gün ve 10973 sayılı yazı ile bildirilen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; müdahil şirket tarafından rödovans sözleşmesi nedeniyle öncelikli olarak devralma hakkına sahip oldukları ve davacı şirkete ruhsat devri işleminin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, bu özel hukuk sözleşmesinin yalnızca tarafları bağlaması 3.kişi ve kurumları bağlayıcı niteliği haiz olmaması karşısında, özel hukuk sözleşmesi uyarınca idari işlem tesisi mümkün olmadığından dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı...” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 28.4.2015).

³² RG., 10.2.2015, S.29271.

C) RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI,

ŞEKLİ VE KONUSU

1. Hukukî Niteliği

Rödovans, sözleşme olması itibarıyla 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde de belirtildiği üzere tarafların, iradelerini, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan bir hukukî ilişkidir³³. Rödovans sözleşmesinde, ruhsat sahibinin edimi, sahibi olduğu maden işletme hakkını belirli bir süreliğine rödovans verene devretmek, rödovans verenin de bunun karşılığında edimi, belirli miktarda üretim yapmak ve üretimden yıllık belirlenen miktar üzerinden rödovans bedelini ruhsat sahibine ödemektir. Bu sebeple, rödovans sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızaî bir sözleşmedir. Ayrıca, rödovans sözleşmesi, ruhsat sahibinin edimi bakımından sürekli edim borcu, rödovans verenin edimi bakımından ise ani edim borcu yükleyen bir sözleşme olarak ifade edilebilir³⁴.

Borçlar Kanununda ya da özel bir kanunda düzenlenmiş sözleşmelere *isimli/ tipik sözleşmeler* adı verilirken, Borçlar Kanununda ya da özel kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmelere ise *isimsiz/ atipik sözleşmeler* denilmektedir³⁵. Bu anlamda, rödovans sözleşmesi ne Borçlar Kanunu'nda ne de başka bir kanunda düzenlendiğinden isimsiz/ atipik bir sözleşme olarak sınıflandırılabilir.

³³ Bkz., **von TUHR**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2 (çev. Cevat Edege), 2. Baskı Ankara 1983, s. 134; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s. 166; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012, s. 42; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, s. 52; **İnan**, A. Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 91; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 28; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Konya 2015, s. 130; **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 4. **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 76.

³⁴ Kira sözleşmesine kıyasen bkz., **Yavuz**, s. 314; **Ayan**, s. 25-26. Ayrıca bkz., **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 312, 335.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Oktay**, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM., C.LV, 1996, s. 263-296, s. 263. Ayrıca bkz., **Zevkliler**, Aydın/ **Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012; **Eren**, Fikret, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 85-111.

Rödovans gibi isimsiz sözleşmelerin ne Borçlar Kanunu' nun Özel Borç İlişkileri bölümünde ne de özel bir kanun tarafından düzenlenmiş olması önem taşımaz. Zira, taraflar TBK.m.19'da yer alan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde özgür iradeleri ile bu tip sözleşmesel ilişkiler kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilmektedirler. Kaldı ki, bu sözleşmelere isimsiz sözleşme adının verilmesi, kanun koyucu tarafından bu sözleşmelere herhangi bir isim verilmemesinden kaynaklanır. Oysa, işlem hayatında bunların hepsine birer isim verilmektedir³⁶. Rödovans da bu durumun örneklerinden biri olarak karma sözleşme niteliği taşır. Zira, rödovans sözleşmesi esas itibariyle Maden Kanunu'nda ve Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde ismen geçmesine rağmen, sözleşmeye ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Bunun yanında, rödovans sözleşmesi doğrudan düzenlenmemesine rağmen ilgili kanun ve yönetmelik hükümleri ile sözleşmenin taraflarına bir takım yükümlülükler yüklenmiştir.

Öte yandan, ruhsat sahibinin maden işletme hakkını rödovans verene devrettiği ve rödovans verenin de bunun karşılığında rödovans bedelini ruhsat sahibine ödediği rödovans sözleşmesi, bu nitelikleri ile ürün kirasına benzemekte; fakat Maden Kanunu ve Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği ile taraflara, ürün kirasına ilişkin olarak Borçlar kanununda düzenlenmiş olan yükümlülükler dışında ek yükümlülükler yüklenmektedir. İşte bu nedenle, de rödovans sözleşmesi, *tipik sözleşmeye ikinci derecede başka edim eklenmesi şeklinde oluşan karma sözleşme niteliği taşır*³⁷.

Kanun düzeyinde olmasa da mevzuata yeni kazandırılan düzenlemelerle artık yasal bir dayanağı bulunan rödovans sözleşmesi hakkında, sözleşme tanımı dışında, özel ve detaylı uyuşmazlık çözecek yeterlilikte yasal düzenleme bulunmadığından, bu sözleşme için isimsiz bir sözleşmedir, yorumunu yapmakta sakınca bulunmamaktadır.

2. Tarafları

Rödovans sözleşmesi maden ruhsat sahibi, bir diğer deyişle işletme hakkı sahibi ile bu hakları sözleşme gereğince bir süreliğine devralan rödovans veren (rödovansçı) arasında yapıldığına göre, sözleşmenin tarafları maden ruhsat (işletme hakkı) sahibi ile bu hakkı sözleşme ile devralan

³⁶ Oktay, s. 263-264. Rödovans sözleşmesi de ortaya çıkışı itibarıyla isimsiz bir sözleşme iken uygulamada aldığı bu ismin Yönetmelik hükümlerinde de yer almaya başladığı belirtilmelidir.

³⁷ Bkz., Gümüş, s. 8; Aral/ Ayrancı, s. 54; Ayan, Borçlar, s. 140; Yavuz, s. 12; Zevkliler/ Gökyayla, s. 41; Eren, İsimsiz, s. 91-92.

kişidir. Maden ruhsat sahibi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Yine Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m.4/r hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, rödovansçının maden ruhsat sahibi gibi gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Maden işletme hakkının paylı mülkiyet hükümleri çerçevesinde elde edilmesi mümkün olmayacaksa (Maden Kanunu m.5) da bu hakkın sahibinin kişiliğinin sona ermesi durumunda mirasçılarının elbirliği mülkiyeti hükümleri çerçevesinde rödovans sözleşmesini oybirliği ile alacakları karara istinaden yapmaları gerekecektir.

Birden çok kişinin rödovans veren olarak rödovans sözleşmesinin tarafı olduğu hâllerde, kural kısmî sorumluluk ise de, işin niteliği gereği ticarî teselsül karinesi işletilerek müteselsil sorumluluk hükümlerinin geçerli olacağı belirtilmelidir. Elbette, taraflar kısmî sorumluluk esasını da sözleşmeye konulacak bir hüküm ile belirleyebilirler. Kural olarak, her iki taraf açısından sözleşme ehliyeti bakımından genel hükümler geçerlidir.

3. Şekli

“Sözleşmelerde Şekil” başlıklı TBK.m.12 uyarınca, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Yani, Türk hukukunda, sözleşmelerde şekil açısından sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsendiğini ve kanunda aksi düzenlenmedikçe şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmelidir.

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m.80/1’e göre, maden ruhsatları ve sertifikaları talep hâlinde, hukukî bir sakınca bulunmadığı takdirde, Maden Kanununun 6 ncı maddesindeki maden haklarını kullanma ile ilgili şartları taşıyan gerçek veya tüzel kişilere Genel Müdürlükçe devredilebilir. Ancak, anılan hükümde yer alan şekil şartının, rödovans sözleşmesi için geçerli olduğu söylenemez. Zira, rödovans sözleşmesi, maden ruhsatının devrini değil, bu hakkın bir başkasına belirli bir süreyle kullandırılmasını ifade ettiğinden, ayrıca bu sözleşmenin şekline ilişkin başkaca kanunî bir düzenleme de bulunmadığından rödovans sözleşmesinin TBK.m.12 gereğince herhangi bir şekle tâbi olmadığı ifade edilmelidir. Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur³⁸.

³⁸ 11. HD. 8.12.2005, E. 2004/12958, K. 2005/12055, “...Taraflar arasındaki sözleşmenin maden siciline tescili zorunluluğu bulunmayıp, tescil ancak madendeki devlet hakkının takibi açısından hüküm ifade etmektedir. O hâlde mahkemece herhangi bir şekil şartına tabi olmayan rödovans sözleşmesine dayalı davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerekir iken, somut olayda uygulama yeri bulunmayan Maden Kanunu’nun 38. maddesine göre sözleşmenin maden siciline kaydedilmediği gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmüş, kararın bu

Tarafların iradî şekil çerçevesinde, bu sözleşmeyi diledikleri herhangi bir şekle tâbi kılmaları mümkündür. Bu bağlamda, tarafların iradesi ile rödovans sözleşmesi, basit yazılı şekle tâbi kılınabileceği gibi, sözleşmeye noterlikçe düzenleme ya da onaylama şeklinde resmîyet kazandırılması da mümkündür³⁹.

4. Konusu

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 100. maddesi gereğince, rödovans sözleşmesi ile ruhsat alınan maden sahasının tamamının kullanımını bir üçüncü kişiye bırakılabileceği gibi, ruhsat sahasının bir kısmının da kullanımı terk edilebilir. Aslında, bu hüküm ile Maden Kanunu'nun 5. maddesinin, "*Madenler üzerinde tesis olunan ilk müracaat (takaddüm), (...), arama ruhsatnamesi, buluculuk, (...) ve işletme ruhsatı haklarının hiç birisi hisselerle bölünemez. Her biri bir bütün hâlinde muameleye tabi tutulur*" şeklindeki hükmünde yer alan bölünmezlik ilkesi aşılmış olmaktadır⁴⁰. Kanuna aykırı olan, ancak pratik ihtiyaçlara cevap veren bu yönetmelik hükmüne istinaden uygulamada da hakkın kısmen üçüncü kişilere bırakıldığı görülmektedir.

Rödovans verenin kullanma hakları, madencilik faaliyetinde bulunma yetkisini içerir. Bu durum, Maden Kanunu'nun Ek 7. maddesinde yer alan "*Maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili idarî, malî ve hukukî sorumluluklar rödovans verene aittir.*" ifadesinden anlaşılmaktadır⁴¹. Bu yetki ile rödovans veren, maden sahasında ocak, kuyu ve galeri açabilir, sondaj yaparak maden tespitinde bulunabilir ve bulduğu madenleri çıkarabilir. Çıkarılan madenler taşınır mal hâline gelince artık rödovans verene ait olur. Zira, yetki dâhilinde çıkarılan maden sahasından ayrılan madenler, bağımsız eşya hâline gelerek maden sahasının bütünleyici parçası olmaktan çıkmıştır⁴². Öyleyse, rödovans sözleşmesine dayanarak

nedenle dahi bozulması gerekmiştir." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 28.4.2015).

³⁹ Eren, Borçlar, s. 269; Kılıçoğlu, s. 110; Ayan, Borçlar, s. 155; Hatemi/ Gökyayla, s. 40; Antalya, s. 330.

⁴⁰ Çankaya, s. 8.

⁴¹ Topaloğlu, Maden, s. 49.

⁴² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.10; Akipek/ Akıntürk, s. 62-63; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 7. Bası, Konya 2014, s. 23. Ancak, rödovans verenin bu şekilde çıkarılan madenlerin mülkiyetini kazanabilmesi için maden sahası üzerinde zilyetliğini devam ettiriyor olması gerekir. Eğer o maden sahasına zilyet değilse, onun ürünlerin mülkiyetini kazanabilmesi için ürünlerin zilyetliğinin kendisine devri gerekir. Zira, kiracının hakkı

madeni çıkaran rödovans veren, her ne kadar maden sahasının mülkiyeti ruhsat sahibine ait olsa da çıkardığı cevherin mülkiyetine sahip olur.

D) RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Karma bir sözleşme olarak nitelendirilebilecek rödovans sözleşmesi için uygulanacak hukuku bulmak adına karma sözleşmelere uygulanacak hukuk konusundaki tartışmaya değinmek uygun olur. Bu konudaki ilk görüş olan *saf dışı etme teorisine* göre, karma sözleşmelere Borçlar Kanununun Genel Hükümleri uygulanmalıdır. Zira, bir araya gelmiş sözleşmeler birbirini götürür. Sözleşmelerden birine üstünlük vermek yerine genel hükümleri uygulamak daha isabetlidir. *Soğurma teorisini* olarak adlandırılan ikinci görüşe göre, karma sözleşmenin bütünü içerisinde değerlendirildiği zaman hangi sözleşme tipine ilişkin unsur daha önemli ise, uyuşmazlığın çözümünde o sözleşmeye ait hükümlerin uygulanması esastır. *Birleştirme teorisini* olarak adlandırılan üçüncü görüşe göre ise, her edime, ait olduğu sözleşme tipinin hükümleri uygulanmalıdır. Son bir görüşe göre de kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait hükümler kıyas yoluyla rödovans sözleşmesi için de uygulanmalı veya hâkim Medeni Kanununun 1. maddesinden hareketle boşlukları hukuk kuralı yaratarak doldurmalıdır⁴³.

Bu görüşlerden son görüşün daha isabetli olduğu savunulabilir. Bu düşünceden hareket edilerek öğretilde, rödovans sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından iki görüş ileri sürülmüş bulunmaktadır⁴⁴. Bu görüşlerden ilkinde göre, rödovans sözleşmesine İş Kanunu'nda yer alan alt işveren sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır⁴⁵. Diğer görüşü savunan yazarlar tarafından, rödovans sözleşmesine Borçlar Kanununun ürün kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasını önerilmektedir⁴⁶.

aynî değil, şahsî bir haktır. Ürün kirasına kıyasen bkz., **Ayan**, II, s. 23; **Tekinay**, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atillâ, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 542-543; **Gürsoy**, Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 388. Şüphesiz, ruhsat sahibinin rödovans verdiği hâlde maden çıkarması ihtimali için geçerli olacak bu durum, uygulama açısından oldukça az rastlanacak bir ihtimale işaret etmektedir.

⁴³ Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz., **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 71-72; **Feyzioğlu**, Feyzi N., Borçlar Hukuku, Akdın Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 60-62; **Zevkiler/ Gökyayla**, s. 19-20; **Aral/ Ayrancı**, s. 57-58; **Yavuz**, s. 23-24; **Gümüş**, s. 14-15; **Ayan**, Borçlar, s. 140-141.

⁴⁴ Bu yöndeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baycık**, s. 1890.

⁴⁵ 21. HD., 26.1.2010, E. 2009/12236, K. 2010/620; 10.HD., 13.6.2011, E.2009/17563, K.2011/8689 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.6.2015).

⁴⁶ Bu yöndeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Topaloğlu**, Maden, s. 51. Bu yönde-

1. Rödovans Sözleşmesine Alt İşveren Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi İş Kanununda tanımlanmıştır. İş K.m.2 hükmüne göre, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Söz konusu maddede alt işverenin işçilerini korumak amacıyla, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı hususu açıkça ifade edilmiştir. Buradaki sorumluluk, TBK.m.61 anlamında müteselsil sorumluluktur⁴⁷.

Öncelikle rödovans sözleşmesinde, mülkiyeti devlete ait olan madenlerin arama ve işletme hakkını alan gerçek veya tüzel kişilerin bu haklarını üçüncü kişilere devretmesi söz konusudur. Bu itibarla, rödovans sözleşmesinde alt işveren sözleşmesinde olduğu gibi biri asıl işveren, diğeri alt işveren olan iki işveren bulunmamaktadır. Burada, asıl işveren olabilecek ruhsat sahibi, işveren sıfatının koruyarak yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde iş alan başka bir işverenle alt işverenlik sözleşmesi düzenlenmemektedir. Diğer bir deyişle, maden kanununa uygun olarak akdedilen rödovans sözleşmesi yukarıda ifade edilen alt işverenlik sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır⁴⁸.

Maden ruhsat sahipleri, maden ruhsatından doğan işletme hakkını üçüncü kişilere iki şekilde devretmektedirler. Bunlardan ilkinde, ruhsat sahibi işletme ve üretim yönünden bir faaliyette bulunmadan işletme hakkını üçüncü kişiye rödovans sözleşmesi ile devretmektedir. Rödovans veren, işyerine

ki Yargıtay Kararlarından bazıları için bkz., HGK., 17.6.2009, E. 2009/11-229, K. 2009/272; 10. HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906; 10. HD., 25.11.2013, E.2013/3807, K. 2013/22156; 6. HD. 21.10.2013, E. 2013/1827, K. 2013/13962; 14. HD., 21.10.2008, E.2008/7969, K. 2008/12073; 14.HD., 20.2.2007, E.2007/111, K.2007/1552; 11. HD., 8.12.2005, E. 2004712958, K. 2005/12044 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 8.7.2015).

⁴⁷ Aktay, Nizamettin/ Arıci, Kadir/ Senyen, E. Tuncay, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s. 33; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, İstanbul 2013, s.44-49.

⁴⁸ Çankaya, s. 9

bizzat işçi olarak işletme faaliyetine başlamakta ve bu faaliyeti sürdürmektedir. Ruhsat sahibin, işletme faaliyeti bulunmadığı için işçi çalıştırmamakta ve bu anlamda onun iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri bulunmamaktadır⁴⁹.

İkincisinde ise, ruhsat sahibi maden sahasını işletmeye açmış, işyerinde işçi çalıştırmış ancak bu safhada işletme ruhsatını üçüncü kişiye rödovans sözleşmesi ile devretmiş, devir sırasında işletmede bulunan alet ve makineleri de rödovans verene kullanması için vermiş, devrettiği yerden elini çekmiştir. Bu bakımdan, ruhsat sahibi, sadece karşılığında rödovans bedeli aldığı ürünü denetlemek, teslim almak ve maden kanununun ruhsat sahibine yüklediği yükümlülükler nedeniyle üretime yönelik olmayan işçi bulundurmaya yetkilerine sahiptir⁵⁰.

Yukarıda bahsi geçen her iki devir şeklinde de ortada bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü, ilkinde ruhsat sahibi tamamen elini işletmeden çekmiş ve üretime karışmamakta, kendi adına işletmede hiç işçi bulundurmamaktadır. İkinci hâlde ise, her ne kadar ruhsat sahibi kendi adına işçi çalıştırmaktaysa da bunlar üretime yönelik işçiler değildir. Ayrıca, rödovans verene işçiler arasında bir üretim birlikteliği bulunmamaktadır.

Rödovans sözleşmesine konu maden ocağında, sözleşme yapıldığı sırada üretim yapılıyorsa bu sözleşme ile işyeri devredilmiş olur. Rödovals sözleşmeleriyle maden işletmesinin devri hâlinde iş hukuku bakımından önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır. İş K. m.6'ya göre, salt rödovansla işyerinin devrinden dolayı işçilerle yapılan iş sözleşmeleri feshedilemez. Ayrıca, bu ihtimalde ruhsat sahibi ile rödovans veren birbirinden bağımsız ayrı iki işveren niteliği taşır. Dolayısıyla, söz konusu işverenlerin hukukî sorumlulukları birbirinden bağımsızdır. Bu husus, Maden Kanununun Ek 7. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu hükme göre, "*Maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili idarî, malî ve hukukî sorumluluklar rödovans verene aittir. Ancak bu durum ruhsat sahibinin Maden Kanunu'ndan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz*". Hâliyle, rödovans sözleşmesiyle madeni işletmek üzere devralan rödovans verenin, söz konusu maden üretiminde çalıştırdığı işçilere karşı İş Hukuku mevzuatından doğan yükümlülükleri ve sorumluluğu kendisine aittir.

⁴⁹ Baycık, s. 1891.

⁵⁰ Baycık, s. 1892.

Aynı şekilde o, meydana gelen iş kazalarından ve meslek hastalığından da tek başına sorumlu olacaktır. Ancak, rödovans sözleşmesi ile işyeri devri gerçekleşmiş olsa da İş Kanunu gereğince, devirden önce meydana gelen ve muaccel olmuş iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ödenmesi gereken tazminatlarda her iki işveren iki yıl süre ile birlikte sorumludur⁵¹ (İş K. m. 6/3). Bu sorumluluk müteselsil bir sorumluluk olup, borcun tamamı ödenene dek alacak her iki borçludan da talep edilebilir⁵². Müeccel borçlar bakımından ise, işyerinin devri ile birlikte sorumluluk rödovans verene geçecektir (İş K.m.6). Ancak, TBK.m.202/2 gereğince, müeccel borçlarda devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu alacağın muacceliyet anından itibaren iki yıl devam edecektir.

Yargıtay, her rödovans sözleşmesinde birbirinden bağımsız iki işverenden söz edilemeyeceğini, bazı durumlarda sözleşme hükümleriyle taraflar arasında ürün kirasına veya işyeri devrine nazaran daha sıkı bir ilişki oluşturulduğunu ve bunun alt işveren ilişkisi⁵³ olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay'a göre ruhsat sahibinin işletilen madende işçi çalıştırması, üretimi denetleme ve talimatlarla yönetme yetkisinin bulunması veya ruhsat sahibinin söz konusu madenden kendi işletmesi için hammadde sağlaması gibi durumlarda rödovans sözleşmesinin tarafları arasında ürün kirası veya işyeri devri değil, alt işveren ilişkisi söz konusu olur⁵⁴. Ancak, Yargıtay'ın bu tespitinin yerindeliği tartışılabilir⁵⁵.

⁵¹ Çelik, s. 52.

⁵² Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 449; Kılıçoğlu, s. 745; Eren, Borçlar, s. 809; Ayan, Borçlar, s. 35.

⁵³ İşyerinin kısmî devri ile alt işveren ilişkisinin aynı olayda birlikte yer alıp alamayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Söz konusu iki ilişkinin birbirinden farklı olduğu, dolayısıyla birinin varlığının diğerini tamamen dışladığı görüşü için Bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006, s.189-190.

⁵⁴ 21.HD., 26.1.2010, E.2009/12236, K.2010/620 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 8.7.2015).

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Baycık, s. 1895. Ayrıca bkz., 10.HD., 19.10.2010, E.2010/ 9170, K.2010/13928, "Davada öncelikle çözümü gereken sorun, prim borçlusu şirket ile davacı şirket arasında düzenlenen, maden kömürü sahasının rödovansla çalıştırılmasına ilişkin sözleşmeye dayalı çalışmanın, asıl işveren-alt işveren (taşeron) ilişkisi yaratacak nitelikte olup olmadığını saptanmasıdır. Mahkemece, sözleşmede sahayı rödovans usulüyle işletecek şirketin taşeron olarak tanımlanmış olması ve davacı şirkete sözleşmeyle tanınan yetkilerden hareketle, şirketler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. 506 sayılı Kanun'un 87. maddesi hükmüne göre aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran kişidir. Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için, öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması; bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri

Yargıtay, özellikle rödovans sözleşmesiyle ruhsat sahibinin devrettiği maden ocağında Maden Kanununun 31. maddesinde öngörülen teknik nezaretçi bulundurma yükümlülüğünü aşan nitelikte işçi çalıştırdığı ve maden sahasının ruhsat sahibinin beton santralleri için hammadde sağladığı hususlarına dayanarak ortak ekonomik amacın gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturulmuş bir işletmede alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir. Ancak, uyuşmazlık konusu ilişkide ruhsat sahibi, üretimin sözleşmede öngörülen plân dâhilinde yürütülmesini denetlemektedir. Ruhsat sahibinin buradaki amacı karşılığında rödovans bedeli alacağı ve kendi işyerinde hammadde olarak kullanacağı madenin sözleşmede öngörülen miktarda üretimini sağlamaktır. Aynı amaç için örgütlenmiş bir işletme söz konusu olsaydı, ne ruhsat sahibine kira bedeli ödenirdi, ne de ruhsat sahibinin rödovans verenden temin ettiği hammadde için ayrı bir ücret ödenirdi. Bu nedenlerle, söz konusu ilişkide birbirinden bağımsız ayrı iki işveren bulunmakta ve alt işverenlik ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁶.

2. Rödovans Sözleşmesine Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Ürün kirası, Borçlar Kanunu'nun 357 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan bir kira sözleşmesi türüdür. Bu sözleşmeye göre, kiraya veren, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlenmektedir. Bu sözleşme ile kiracının elde ettiği hak kişisel bir hak olup, kiracı bu hakka dayanarak aynı hak talep edemez⁵⁷.

Rödovans sözleşmesi, ne Borçlar Kanununda ne de Maden Kanununda özel bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, Yargıtay, rödovans

ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünün değil de, tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatını haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Mahkemece, sözleşme hükümlerinin ayrıntılı irdelemesi yapılarak sonuca varılmışsa da; sözleşmede belirtilen hükümlerin yaşama geçirilme biçimi, asıl işverenin işyerinde işçi çalıştırıp çalıştırmadığı; sözleşme hükümlerinin uygulandığı dönem içerisinde denetim görevinin sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilip, bu konuda eleman çalıştırılıp çalıştırılmadığı; üretim araçlarının kim tarafından ne şekilde sağlandığı konuları da araştırılarak, 506 sayılı Kanunun 87. maddesi koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin şüpheden uzak biçimde ortaya konulması gereğinin gözetilmemiş olması..." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 12.5.2015).

⁵⁶ Bkz., **Baycık**, s. 1900.

⁵⁷ **Yavuz**, s. 205; **Zevkiler/ Gökyayla**, s. 109; **Karahasan**, M. Raşit, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 5, İstanbul 1992, s. 959.

sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 270. maddesinde düzenlenmiş olan ürün kirasının özelliklerine sahip olduğunu belirterek rödovans sözleşmesine ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir⁵⁸. Ürün kirası, kiralayanın ürün kiracısına bir bedel karşılığında ürün getiren bir hakkın kullanımını bıraktığı, ürün elde etme imkânı sağladığı bir sözleşme⁵⁹ olduğuna göre, rödovans sözleşmesini ürün kirasına benzetmek mümkündür.

Yargıtay, 6570 sayılı Gayrimenkullerin Kiralanması Hakkında Kanun döneminde, bu Kanunun uygulama alanına girmeyen ürün kiralarına söz konusu hükümlerin uygulanmayacağı yönünde kararları bulunmaktaydı⁶⁰. Ancak, Yargıtay, son kanunî düzenlemeler ışığında verdiği çok daha yeni tarihli bir kararında bu görüşünden dönmüştür⁶¹.

⁵⁸ 10. HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906, "Rödovans sözleşmesine Maden Kanununda özel bir düzenleme olmadığı için Borçlar Kanununun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen "hâsılat kirasına" ait hükümler uygulanır. Türk Borçlar Hukukunda sözleşmelerde şekil serbestisi geçerlidir. Yasada özel olarak bir şekle bağlanmayan sözleşmeleri taraflar istedikleri şekilde yapabilirler. Rödovans sözleşmesi maden ruhsatının devri anlamına gelmediğinden, devir sözleşmesinin Maden İşleri Genel Müdürlüğünde yetkili memur huzurunda yapılması zorunluluğu yoktur..."; 6. HD. 21.10.2013, E. 2013/1827, K. 2013/13962, "Dava, rödovans bedelinin tahsili için icra takibine yapılan itirazın iptaline ilişkindir. Rödovans sözleşmeleri, hâsılat kira sözleşmelerinin bir türü olup, bütün kira ilişkilerinde olduğu gibi kural olarak hâsılat kirasında da sözleşmeyle kararlaştırılan rödovans bedelinin ödendiğini ispat yükü davalı rödovans verene düşer..." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.5.2015).

⁵⁹ **Yavuz**, s. 204; **Aral/ Ayrancı**, s.207.

⁶⁰ 3. HD. 04.10.2005, E. 2005/9747, K. 2005/ 9579, "davacı ... 1.12.1983 tarihli sözleşmenin geçerli olduğunun ve kiracılığın tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mamelek hukukundan doğan davalar dışında kalan davalarda Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevi ise istisna olduğundan, özel bir kanunla açıkça Sulh Hukuk Mahkemesine bırakılacağı bildirilmeyen ve konusu para ile ölçülemeyen bir şey olan bütün dava ve işler, Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.5.2015). Yargıtay'ın bu içtihadından önce rödovans sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın idarî yargının görev alanına girdiğine dair içtihadı için bkz., 11. HD., 6.11.1981, E. 1981/3574, K. 1981/4653, "Maden sahaları üzerindeki işletme hakkının devri işlemi, enerji ve tabii kaynaklar bakanlığı'nın iznine ve yasada öngörülen merasimin yerine getirilmesine bağlı olduğundan, hem şekil hem de esas yönünden idarî bir tasarruf niteliğindedir. Bu nedenle, davanın idarî yargıda görülmesi gerekir." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 8.7.2015).

⁶¹ 6.HD. 8.7.2013, E. 2013/9552, K. 2013/11644, "HMK'nun 4/1-a maddesine göre "Kiralanan taşınmazların, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda" Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin kurallardan olup, yargılamanın her aşamasında istek üzerine ya da re'sen gözetilmesi gerekir. Somut olayda, davacı kiraya veren, taraflar arasında imzalanan rödovans sözleşmesine dayanarak tahliye ve kira alacağı isteminde bulunmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kira ilişkisinden

E) RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI

1. Ruhsat Sahibinin Hakları ve Borçları

a) Hakları

Rödovans sözleşmesine, yukarıda da değinildiği üzere, Borçlar Kanununun ürün kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması uygun olacaktır. Ürün kirasında olduğu gibi, rödovans sözleşmesinde de ruhsat sahibinin rödovans bedelini talep etme hakkı ilk akla gelen haktır (TBK.m.362'ye kıyasen). Ayrıca, ruhsat sahibinin, rödovans sözleşmesinden doğan rödovans verenin diğer borçları bakımından da bunların yerine getirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu borçlar maden sahası ile ilgili yapılan yan giderleri talep etmek olabileceği gibi rödovans verenden maden sahasının özgülendiği amaca uygun kullanılmasını istemek de olabilir. Çünkü, rödovans sözleşmesi gereğince rödovans verenin, rödovans konusu madeni işletme borcu bulunmaktadır⁶².

Borçlar Kanununun 358. maddesinde, ürün kirasına ilişkin olarak kanunda düzenleme olmayan durumlarda, genel hükümlerin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu hükümden hareketle, ruhsat sahibinin ödenmeyen rödovans bedelini güvence altına almak adına TBK.m.336 ve devamı hükümlerine kıyasen hapis hakkının söz konusu olduğu ifade edilmelidir⁶³.

b) Borçları

Maden sahasında ruhsat sahibine ait olup da rödovans sözleşmesine dâhil demirbaş eşya, iş makineleri, ulaşım araçları ve işletme tesisatı varsa bunların bir listesinin çıkarılarak değerlerinin gösterilmesi zorunludur (TBK.m.359'ya kıyasen)⁶⁴. Ruhsat sahibi, rödovans verene, maden sahasında maden işletmesi için gerekli ortamı sağlamak zorundadır. Özellikle, Maden Kanunu'nun 17, 24, 29 ve 31. maddelerinde açıklanan yükümlülüklerin ruhsat sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Bunların yerine getirilmemesi, ruhsatın iptalini gerektirmektedir.

kaynaklandığına göre, görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesidir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.5.2015).

⁶² Ayrıca bkz. **Yavuz**, s. 319-320.

⁶³ Ayrıca bkz., **Yavuz**, s. 322-323.

⁶⁴ Ayrıca bkz., **Yavuz**, s.207-208.

Maden Kanununun 17. maddesi gereğince, arama ruhsatının düzenlenmesinden sonraki ilk bir yıl ön arama dönemi olup bu dönemin sonuna kadar, asgarî faaliyetlerin tamamlanması ve bu faaliyetlere ilişkin yatırım harcamalarını gösteren ön arama faaliyet raporunun ruhsat sahibi tarafından verilmesi zorunludur. Genel Müdürlüğe verilen raporların veya yatırım harcama kalemlerine ait belgelerin uygun bulunmaması hâlinde eksikliklerin bir ay içinde giderilmesi ruhsat sahibine yazılı olarak bildirilir. Tebliğ tarihinden itibaren eksikliklerin bu sürede tamamlanmaması veya verilen raporların ya da yatırım harcama kalemlerine ait belgelerin uygun bulunmaması hâlinde de idarî para cezası verilir.

Maden Kanunu'nun 24. maddesi gereği, yetkilendirilmiş tüzel kişilerce maden mühendisinin sorumluluğunda hazırlanmış işletme projesinin, ruhsat sahibi tarafından Genel Müdürlüğe verilmesi gerekir. Proje ile birlikte, projenin uygulanabilmesi için gerekli olan malî yeterliliğine ilişkin belgeler ve genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimi hesabına işletme ruhsat taban bedelinin yatırıldığına dair belgenin Genel Müdürlüğe verilmesi zorunludur. Projedeki teknik eksiklikler, 6183 sayılı Kanununun 22/A maddesi kapsamında vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge ve işletme ruhsat bedeli yapılan bildirimden itibaren üç ay içinde tamamlanır. Eksikliklerini verilen sürede tamamlamayanlara idarî para cezası uygulanarak süre üç ay daha uzatılır. Bu süre sonunda eksikliklerini tamamlamayanların talepleri kabul edilmez ve yatırılan işletme ruhsat bedeli iade edilir. Taleplerin uygun görülmesi hâlinde bir ay içinde işletme ruhsatı düzenlenir. Süre uzatım işlemlerinde birinci fıkra ve bu fıkra hükümleri uygulanır.

Maden Kanunu'nun 29. maddesi gereğince, işletme faaliyeti, projesine ve bu Kanunun ilgili hükümlerine göre yürütülür. İşletme projesine aykırı faaliyette bulunulduğunun tespit edilmesi hâlinde, projeye uygun faaliyette bulunulması için ruhsat sahibine altı aya kadar süre verilir. Bu süre sonunda projeye uygun faaliyette bulunulmaması hâlinde idari para cezası verilerek üretim faaliyeti durdurulur. Ancak, projeye aykırı faaliyetlerin işletme açısından tehlikeli olduğunun tespit edilmesi hâlinde tehlikeli durum giderilinceye kadar üretim faaliyetleri doğrudan durdurulur. İşletme projeleri ve değişikliklerinin uygulamaya konulmadan önce Genel Müdürlüğe sunulması zorunludur. Aksi takdirde üretim faaliyeti durdurulur. İşletme projeleri ve değişiklikleri ile ilgili dokümanlar ve işletmelerin faaliyetlerinin durdurulmasına dair işlemler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Bakanlık tarafından karşılıklı olarak elektronik ortamda erişime açılır. Yetkilendirilmiş tüzel kişiler tarafından

hazırlanan rapor, proje ve tüm teknik belgeler ruhsat sahibi tarafından Genel Müdürlüğe verilir.

Maden Kanununun 31. maddesine göre ise rödovansla işletilse dahi fenni nezaretçi atama yetki ve sorumluluğu yine ruhsat sahibine aittir.

Rödovans sözleşmelerinde TBK.m.360 hükmüne kıyasen, ruhsat sahibinin diğer bir borcu, maden sahasını sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda rödovans verene teslim etmek zorunluluğudur. TBK.m.360'a kıyasen ise, ruhsat sahibi, rödovans sözleşmesi süresi içinde yapılması zorunlu olan esaslı onarımları, rödovans veren tarafından bildirilir bildirilmez, gideri kendisine ait olmak üzere yapmakla yükümlüdür⁶⁵.

TBK.m.358'in genel hükümlere yaptığı atıf gereği ruhsat sahibinin ayıptan doğan sorumluluğu da bulunmakta ve buna ilişkin olarak TBK.m.304 ve devamı hükümlerinin rödovans sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı doğmaktadır. Bu anlamda, ruhsat sahibi, rödovans verene karşı bildirdiği niteliklerin maden sahasında bulunmaması hâlinde ve ruhsat sahibi belirtmese de rödovans sözleşmesinin niteliği gereği sözleşmeye konu maden sahasında olması beklenen niteliklerin bulunmaması hâlinde ayıp söz konusu olacaktır. Bu ihtimalde, rödovans veren, ruhsat sahibinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilir. Borçlar Kanunu'nun 306, 307 ve 308. maddeleri rödovans sözleşmesi için uyarlanırsa, rödovans verenin ayıbın giderilmesini isteme veya sözleşmeyi feshetme, ayıpla orantılı olarak rödovans bedelinin indirilmesini isteme, ayıptan doğan zararın giderilmesini isteme hakları bulunmaktadır⁶⁶.

2. Rödovans Verenin Hakları ve Borçları

a) Hakları

Rödovans sözleşmesinde, rödovans verenin en temel hakkı, verdiği bedel karşılığında sözleşme konusu maden sahasının özgülendiği amaca uygun şekilde kendisine teslim edilmesini talep etme hakkıdır⁶⁷. Sözleşmenin konusunu oluşturan maden sahasının, sözleşmede öngörülen amaca uygun şekilde bulundurulmaması hâlinde, her ne kadar Borçlar Kanunu'nun ürün kirasına ilişkin hükümlerinde ayıptan sorumluluğa yer verilmiş olmasa da, kiraya verenin sorumluluğundaki onarımları belirleyen 361. madde

⁶⁵ Yavuz, s. 213.

⁶⁶ Aral/ Ayrancı, s. 230-239; Yavuz, s. 318.

⁶⁷ Yavuz, s. 316-317.

hükmünden ve yine TBK.m.358 hükmünden yola çıkarak, rödovans verenin ayıptan doğan zararın giderilmesini isteme hakkı bulunmaktadır⁶⁸. Öyleyse, yukarıda bahsedildiği gibi rödovans veren, ruhsat sahibine karşı ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir⁶⁹.

b) Borçları

Rödovans veren, sözleşmede kararlaştırılan rödovans bedelini ruhsat sahibine ödemekle yükümlüdür. Elbette, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin başında yapılan deneme üretiminden dolayı taraflarca rödovans ödenmeyeceği kararlaştırılabilir.

Kural olarak, cevher fiyatlarındaki değişiklikler hâkimin sözleşmeye müdahalesi⁷⁰ için haklı sebep sayılmamaktadır⁷¹. Ancak, uzun süreli rödovans sözleşmelerinde rödovans bedelini uyarılama talepleri mahkemece kabul edilmektedir⁷². Bunu talep yetkisi, Borçlar Kanununun *Aşırı İfa Güçlüğü* isimli 138. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilmesi için geçerli olarak kurulmuş ve devam eden sözleşmede, zaman içinde tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sözleşmeden doğan sorumluluğu yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır⁷³. Buna, öğretide *işlem temelinin çökmesi* de denilmektedir⁷⁴. Edimler arasındaki bu dengesizlik, sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmesi mümkün olmayan bir sebepten kaynaklanmalıdır. İşlem temelinin çökmesine sebep olan, öngörülemeyen duruma borçlunun sebebiyet vermemiş olması, ayrıca borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması ya da ifa etmiş, ancak ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifade bulunmuş olması şarttır⁷⁵.

Bu şartların gerçekleşmesi üzerine, aşırı ifa güçlüğüne dayanan taraf, mahkeme dışında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını karşı taraftan isteyemez⁷⁶. Kural olarak mahkemeden, sadece sözleşmenin değişen şartlara

⁶⁸ Yavuz, s. 317-318; Aral/ Ayrancı, s. 230.

⁶⁹ Aral/ Ayrancı, s. 230-239; Yavuz, s. 318.

⁷⁰ Eren, Borçlar, s. 480; Ayan, Borçlar, s. 219; Kılıçoğlu, s. 260; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 191.

⁷¹ Topaloğlu, Maden, s. 54.

⁷² Topaloğlu, Maden, s. 55.

⁷³ Eren, Borçlar, s. 480; Ayan, Borçlar, s. 219; Kılıçoğlu, s. 260; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 203.

⁷⁴ Eren, Borçlar, s. 480; Ayan, Borçlar, s. 219; Kılıçoğlu, s. 260; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 203.

⁷⁵ Eren, Borçlar, s. 484; Ayan, Borçlar, s. 220; Kılıçoğlu, s. 264; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 205.

⁷⁶ Eren, Borçlar, s. 485; Ayan, Borçlar, s.222; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 207; Kılıçoğlu, s. 268.

uyarlanmasını talep edebilir. Onun sözleşmeden dönme hakkı da yoktur. Ancak, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, uyarılama mümkün değilse, aşırı ifa güçlüğüne düşenin sözleşmeden dönmesi mümkün olacaktır. Ancak, sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme söz konusu olduğunda, aşırı ifa güçlüğü mevcut fakat değişen şartlara uyarılama mümkün olmadığı takdirde, sözleşmeden dönme değil, sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır⁷⁷. Şüphesiz, rödovans sözleşmesi açısından dönme yerine fesih hakkından bahsetmek daha doğru olur.

Rödovans verenin rödovans bedeli dışında, maden sahasını kuyuları ve galerileri en iyi şekilde muhafaza etme, emniyet tedbirlerini alma ve maden sahasını usulüne uygun şekilde işletme borcu vardır (TBK.m.364-365). Zira, yukarıda da değinildiği üzere rödovans sözleşmesi ürün kirasının bir benzeridir ve bu sözleşme türünde adi kira sözleşmesinden farklı olarak kiracının kiralananı kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁸.

Maden Kanunu'na getirilen Ek 7. madde ile birlikte, maden ruhsat sahasının tamamında veya bir kısmında çalışan rödovans verene işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili bütün önlemleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu durumda, ruhsat sahibi ile rödovans veren arasında alt işverenlik ilişkisi olmadığı için sorumluluk tamamen rödovans verene aittir. Böylelikle, ruhsat sahibi işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü idarî, malî ve hukukî sorumluluktan kurtarılmıştır. Bu yeni düzenleme ile birlikte, maden ocaklarında grizu, toprak kayması ve her türlü iş kazasından, ayrıca maden işletmesinde çalışmaktan dolayı işçilerin yakalanacağı meslek hastalıklarından dolayı ruhsat sahibi sorumlu tutulamamakta ve sorumluluk rödovans verene yüklenmektedir⁷⁹.

Türkiye'de rödovans verenlerin işçi sağlığı ve güvenliğine yeterli önemi verdikleri söylenemez. Muhtemelen son yapılan değişikliklerle, sorumluluktan kurtarılan ruhsat sahibi, bu önlemlerin alınması konusunda artık rödovans vereni denetlemeyecektir. Özellikle, iş kazaları meydana geldiğinde ruhsat sahibinin rödovans verene birlikte müteselsilen sorumluluğu ortadan kaldırıldığında, mağdur işçiler ya da hak sahipleri sadece rödovans vereni muhatap almak zorundadırlar. Tazminat bakımından genellikle ruhsat sahibine nazaran ekonomik açıdan daha zayıf olan rödovans verenin tek sorumlu

⁷⁷ Eren, Borçlar, s. 486; Ayan, Borçlar, s. 223; Kılıçoğlu, s. 266; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 208.

⁷⁸ Yavuz, s. 210-211.

⁷⁹ Topaloğlu, Maden, s. 257

kişi olarak öngörülmüş olmasının hukuken yerindeliği tartışılabilir. Zira bu hüküm, Anayasa'nın çalışma hakkı ve ödevi ile ilgili "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmünü içeren 49. maddesine ve sosyal adalete aykırı görünmektedir⁸⁰.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından TBK.m.71'de özel bir sorumluluk şekli ilk kez düzenlenmiştir. Buna göre, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin belirlenmesinde; "Bir işletmenin, mahiyeti veya 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 bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır." hükmü dikkate alınacaktır⁸¹.

Niteliği itibarıyla maden işletmesi de şüphesiz önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmedir. Bu anlamda, bir madenin işletilmesinden doğan zararlar bakımından TBK.m.71'e göre, işleten, talep hâlinde, kusuru bulunmasa dahi meydana gelen zararı, uygun bir bedelle gidermek durumundadır⁸². Ancak bu husus, yukarıda değinilen Maden Kanunu'nun Ek 7. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde ikili bir ayrıma gitmekte yarar olacaktır. Buna göre, eğer işletmenin işletilmesinden doğan bir sebeple işçiler zarar görürse ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara uyulmamışsa, bu durumda kusur sorumluluğu anlamında Maden Kanununun Ek 7. maddesi gereği bu zarardan sadece rödovans veren sorumlu tutulacaktır. Ancak, bu işletme, işçiler dışında üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebep olduğu takdirde veya tüm iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınmış olmasına rağmen işçiler kaza geçirdilerse, bu zarardan dolayı kusurları olmasa bile, kusursuz sorumluluk mantığı gereği ruhsat sahibi ve rödovans veren TBK.m.71 gereği müteselsilen sorumlu olacakları yönünde bir değerlendirme yapılabilecektir.

⁸⁰ Topaloğlu, Maden, s.258.

⁸¹ Ayan, Borçlar, s. 279-280; Kılıçoğlu, s. 366; Eren, Borçlar, s. 667-724; Oğuzman/ Öz, C. II, s. 191-194.

⁸² İnan, s. 284; Eren, Borçlar, s. 668; Ayan, Borçlar, s. 255; Kılıçoğlu, s. 368; Oğuzman/Öz, C. II, s. 192.

F) RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

Rödovans sözleşmesi, niteliği gereği bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan ve özel bir kanunla da düzenlenmediğinden, sözleşmenin sona ermesi bakımından öncelikli olarak ürün kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Rödovans sözleşmesinin sona ermesi noktasında ürün kirasına ilişkin hükümlerin yetersiz kaldığı durumlarda Borçlar Kanununun Genel Hükümlerini uygulamak gerekecektir⁸³.

Borç ilişkisinin sona ermesi, borç ilişkisinin tamamının sona ermesini ifade ettiği hâlde, borcun sona ermesi borç ilişkisinden doğan bir alacağı veya alacakların bir kısmını sona erdirir. Yani, borcun sona ermesi, borç ilişkisinin sona ermesinden farklı olarak bir edimin yerine getirilmesine ilişkin yükümlülüğün hukuken ortadan kalkmasını ifade eder. Böylece, borçlu borcundan kurtulur, alacaklının alacak hakkı kalmaz. Bir diğer deyişle, borç ilişkisinin sona ermesi, borcun sona ermesinden daha geniş bir kavramdır⁸⁴. Dolayısıyla, borcun ve borç ilişkisinin sona erme sebepleri de birbirinden farklılık arz eder⁸⁵. Bu yüzden, öğretilde, bu farklılığa vurgu yapılmak üzere borç ilişkisinin sona ermesi, *geniş anlamda sona erme*, borcun sona ermesi ise *dar anlamda sona erme* terimleri ile açıklanmaya çalışılmıştır⁸⁶.

Öte yandan, bir borç ilişkisinin sona ermesi, yani geniş anlamda sona erme, o borç ilişkisinden doğmuş borcun sona ermesine sebep olursa da bunun aksi de mümkündür⁸⁷. Örneğin, rödovans sözleşmesi sona erince rödovans verenin rödovans bedeli ödeme borcu da sona erecekken rödovans sözleşmesi sona erse de işlemiş rödovans bedeli ödeme borcu devam ediyor olabilir. Benzer şekilde, bir borç ilişkisinden doğan bütün borçların sona erip yeni borç doğmasının söz konusu olmaması durumu, borçların sona ermesi ile birlikte borç ilişkisini sona erdirecekse de ilişkiden doğan borcun sona ermesi, borç ilişkisini etkilemeyebilir⁸⁸. Örneğin, rödovans sözleşmesinde işlemiş rödovans bedeli ödenmiş olsa bile yalnızca buna ilişkin borç ortadan kalkacağı için

⁸³ Topaloğlu, Maden, s. 51; Çankaya, s. 5

⁸⁴ Eren, Borçlar, s. 1257; Ayan, Borçlar, s. 397; Kılıçoğlu, s. 841; Oğuzman/ Öz, C.I, s. 539.

⁸⁵ Eren, Borçlar, s. 1257; Ayan, Borçlar, s. 397.

⁸⁶ von Tuhr, s. 406; Eren, Borçlar, s. 1257; Ayan, Borçlar, s. 397; Kılıçoğlu, s. 841; Oğuzman/ Öz, C.I, s. 539.

⁸⁷ Oğuzman/ Öz, C.I, s. 539.

⁸⁸ Oğuzman/ Öz, C.I, s. 539.

rödovans sözleşmesi sona ermeyecektir. Bu yüzden, rödovans sözleşmesinin sona ermesini irdeleyebilmek için geniş anlamda borcu sona erdiren hâllerin incelenmesi zorunlu ise de dar anlamda borcu sona erdiren hâllerin rödovans sözleşmesini sona erdirmeye ihtimallerini de incelemek uygun olur.

Borçlar Kanunda, *Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı* başlıklı üçüncü bölümünde, başlıkla çelişkili olarak yalnızca dar anlamda borcu sona erdiren hâller düzenlenmiştir. Borçlar Kanununa göre, dar anlamda borcu sona erdiren hâller, *ibra, yenileme, birleşme, ifa imkânsızlığı, kısmî ifa imkânsızlığı, aşırı ifa güçlüğü, takas* olarak sayılmıştır. Rödovans sözleşmesi açısından niteliğine uygun düştüğü ölçüde sona erme sebebi olması bakımından, *ibra, yenileme, birleşme, ifa imkânsızlığı, aşırı ifa güçlüğü* ve *takas* ele alınacaktır.

Geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi, sözleşme tipine göre özellik taşırsa⁸⁹ da bunlar, rödovans sözleşmesinin (geniş anlamda) sona ermesi, *borç ilişkisinden doğan bütün borçların sona ermesi, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için bozma sözleşmesi yapmaları, taraflardan birinin ölümü veya iflâsı, bozucu koşulun gerçekleşmesi, taraflardan birinin kendisine kanun veya sözleşme ile tanınmış sona erdirmeye hakkını kullanarak sözleşmeyi feshetmesi, sözleşmeden dönülmesi, sözleşmenin iptalidir.* Aşağıda bunlardan rödovans sözleşmesinin bünyesine uygun olan sona erme hâlleri incelenecektir.

2. Sona Erme Hâlleri

a) İbra

İbra, taraflar arasında var olan bir borcun kısmen veya tamamen kaldırılması ve böylelikle borçlunun borçtan kurtarılmasına yönelik olarak yapılan bir sözleşmedir. Bir diğer ifade ile ibra, borçlunun alacaklı tarafından (kendi isteği ile) borçtan kurtarılmasıdır.⁹⁰

“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir” (TBK m. 132) hükmünden de anlaşılacağı üzere, kural olarak şekilsiz bir sözleşme olan ibranın yapılması ile sözleşme ilişkisi sona ermemekte, sadece ibra sözleşmesine konu borç sona ermektedir⁹¹. Ancak, rödovans sözleşmesinin tarafları, ibra sözleşmesini, bu sözleşmeden doğan tüm borçların sona ermesi

⁸⁹ Oğuzman/ Öz, C.I, s. 539.

⁹⁰ Eren, Borçlar, s. 1270.

⁹¹ Eren, Borçlar, s. 1270; Ayan, Borçlar, s. 401; Kılıçoğlu, s. 845; Oğuzman/ Öz, C. I, s. 548.

için gerçekleştirirlerse, bu ihtimalde borç ile birlikte borç ilişkisi de sona ereceği için ibra, rödovans sözleşmesini sona erdiren bir durum olarak ifade edilebilecektir.

b) Yenileme (Tecdit)

Yenileme, alacaklı ile borçlunun anlaşarak eski borcu sona erdirip yeni bir borç yaratmalarıdır⁹². Yenilemeden sonra borçlunun yeni bir borcu, alacaklının ise yeni bir alacağı söz konusudur. Rödovans sözleşmesinden doğan tüm borçları, ruhsat sahibi ile rödovans verenin anlaşarak yenileme yolu ile sona erdirmiş olmaları eski borç ilişkisini de sona erdireceği için bu da rödovans sözleşmesi için bir sona erme hâli olarak incelenmelidir.

Yenileme hukukî niteliği itibarıyla önceki alacağı sona erdirdiği için sözleşmeler için genellikle geçerli olan borçlandırıcı işlem olma özelliğini taşımaz. Bu anlamda, yenileme sözleşme olmasına rağmen bir tasarruf işlemidir⁹³. Yenilemenin geçerli olarak yapılabilmesi için hukuken geçerli ve mevcut bir borcun varlığı, yenileme sözleşmesi ile yeni bir borcun doğmuş olması ile tarafların yenileme konusunda anlaşmış olması zorunludur. Gerçekten, TBK.m.113/1'e göre, “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur*”. Bu konuda da şekil serbestisi geçerlidir⁹⁴.

c) Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bir kimsenin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olmasıdır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, hukuk düzenince öngörülmüş bazı istisnaî durumlar hariç, borç sona erer⁹⁵. Örneğin, rödovans sözleşmesinde, rödovans veren, işletme hakkını devraldığı maden sahasında maden arama ve işletme ruhsatını bizzat elde ederse alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşeceğinden, kişi kendi kendine borçlu da olacağından borç ile birlikte borç ilişkisi de son bulmuş olur. Bu duruma başka bir örnek olarak, gerçek kişi ruhsat sahibinin rödovans sözleşmesi devam ederken ölmesi durumunda, rödovans verenin ruhsat sahibinin tek mirasçısı olarak geride kalması gösterilebilir.

⁹² Yenileme hakkında detaylı bilgi için bkz., **Koyuncuoğlu**, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972; **Yücer**, İpek, Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2007, s. 233 vd.

⁹³ **Eren**, Borçlar, s. 1266-1267; **Ayan**, Borçlar, s. 402; **Kılıçoğlu**, s. 851; **Oğuzman/ Öz**, C. I, s. 549.

⁹⁴ **İnan**, s. 497; **Ayan**, Borçlar, s. 403.

⁹⁵ **Eren**, Borçlar, s. 1267-1268; **Ayan**, Borçlar, s. 404; **Kılıçoğlu**, s. 851-852; **Oğuzman/ Öz**, C. I, s. 556.

Birleşmenin borcu sona erdirebilmesi için, alacağın tamamının borçluya geçmesi ve bu birleşmenin kesin olması gerekir⁹⁶. Bunun sonucunda, borç sona erer. Ancak, borç üzerinde mevcut olan üçüncü kişilerin hakları, bu birleşmeden etkilenmez (TBK.m.135/1). Yine birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması⁹⁷ ile birlikte eski borç yeniden doğar (TBK.m.135/2).

Birleşmenin borcu sona erdirici etkisi bakımından taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur. Buna göre, bir taşınmaz için ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlenmişse ve rehinle temin edilen alacağı borçlu edinmişse, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi nedeniyle borç sona ermeyecektir. Zira, borçlu zilyetliğindeki senedi tekrar tedavüle çıkarabilir (MK.m.918/2). Ancak, kamu malı sayılan maden sahası üzerinde özel mülkiyet tesisi mümkün olmadığından, bu istisna, burada söz konusu olmayacaktır.

d) Kusursuz İmkânsızlık (İfa İmkânsızlığı)

Genel anlamıyla imkânsızlık, borç ilişkisinin konusu olan edimin ifasının mümkün olmamasıdır⁹⁸. Kusursuz imkânsızlık ise borcu sona erdiren nedenlerden biri olarak Borçlar Kanunu'nun 136/1 maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*".

Kusursuz imkânsızlığın borcu sona erdirebilmesi için imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması şarttır. Zira, başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına sebebiyet verecek, geçerli olmayan bir sözleşmenin sona ermesi de düşünülemeyecektir. Borçlunun borçtan sorumlu olmaması için, edimin yerine getirilmesinin, borçluya yükletilecek bir kusur bulunmamak kaydıyla sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar altında imkânsızlığın objektif veya

⁹⁶ Miras, tutulan defter çerçevesinde kabul edilmişse veya resmî tasfiye istenmişse birleşme kesin olmadığı için borç sona ermez (MK.m.619 vd.; 632 vd.).

⁹⁷ Mirasın reddi veya ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi durumlar buna örnek gösterilebilir.

⁹⁸ Borcun sona ermesi bakımından burada incelenen imkânsızlık TBK.m.136 anlamında kusursuz sonraki imkânsızlıktır. Oysa imkânsızlık, kusursuz imkânsızlıktan başka kusurlu, objektif-sübjektif, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık olarak çeşitli şekillerde incelenebilir. Objektif imkânsızlık, edimi ifa etmenin aynı şartlarda bulunan herkes için mümkün olmaması, sübjektif imkânsızlık ise, edimin ifasının sadece borçlu açısından mümkün olmamasıdır. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulması anında var olan imkânsızlık, sonraki imkânsızlık ise sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlıktır. Kusurlu imkânsızlıkta borçlu, kendi kusurlu davranışı ile edimin yerine getirilmesini imkânsızlaştırmaktadır. Ayan, Borçlar, s. 410; Kılıçoğlu, s. 854; Oğuzman/ Öz, C. I, s. 558.

sübjektif olması önemli değildir⁹⁹. Ancak, sübjektif imkânsızlık borçlunun kusuru ile ortaya çıkmışsa, borçlu sorumluluktan kurtulamaz ve kusuru oranında alacaklıya tazminat ödemek zorunda kalır (TBK.m.112).

Aslında, kusursuz imkânsızlığa sebebiyet veren hâller, mücbir sebep ve beklenmeyen hâldir. Mücbir sebep, borçlunun hâkimiyet alanı dışında meydana gelen, kaçınılmaz şekilde borcun ihlâlüne yol açan öngörülmesi mümkün olmayan bir olay iken; beklenmeyen hâl, sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz şekilde ihlâlüne yol açan olaydır¹⁰⁰. Rödovans sözleşmesi açısından konu değerlendirildiğinde, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamanda meydana gelen bir takım olaylar nedeniyle, taraflardan birinin edimini ifa etmesi objektif ve sürekli olarak imkânsızlaşırsa, borç sona erecektir. Örneğin, meydana gelen bir deprem nedeniyle, ruhsat sahibi sürekli olarak maden sahasını işletmeye elverişli bulundurma borcunu yerine getiremeyeceği gibi aynı sebeple rödovans veren madeni işletemeyebilir.

Rödovans sözleşmesinde her iki taraf da tacir olduğu için hem beklenmeyen hâlde hem de mücbir sebepte öngörülmezlik unsuru değerlendirilirken basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü büyük önem arz edecektir. Zira, her iki kusursuz imkânsızlık sebebi için de önceden kestirilemeyen, öngörülemeyen bir durumun sonradan ortaya çıkması şarttır. Basiretli tacir kavramı çerçevesinde ihtimam derecesi artacağı için beklenmeyen hâl veya mücbir sebep nedeniyle kusursuz imkânsızlık sonucu borcun sona ermesi istisnâî bir hâl alabilecektir¹⁰¹.

Kısmî ifa imkânsızlığı başlıklı, TBK.m.137/1'e göre, "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.*" Bu bağlamda, rödovans sözleşmesi açısından kısmî ifa imkânsızlığının meydana geleceği önceden öngörülseydi, rödovans sözleşmesinin taraflarınca sözleşme

⁹⁹ Ayan, Borçlar, s. 411; 3.HD., 17.9.2013, E.2013/10595, K. 2013/12801 (YKD., C.40, S.1, 2014, s.21 vd.).

¹⁰⁰ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 558; Ayan, Borçlar, s. 411; Kılıçoğlu, s. 855.

¹⁰¹ Ayan, Borçlar, s. 412. 14. Yargıtay ise bir kararında rödovans sözleşmesinin taraflarının basiretli tacir gibi davranmaları gerektiğini, ancak bu şekilde davranmayan davacı-karşı davalının karşı tarafın basiretli davranmasını istemeyeceği yönünde içtihat geliştirmiştir. Bkz., 14. HD., 21.11.2007, E. 2007/8532, K. 2007/14665 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 8.7.2015).

yapılmayacağı anlaşılırsa yine rödovans sözleşmesi borcun tamamen sona ermesi sebebiyle sona erecektir.

e) Aşırı ifa güçlüğü

Türk Borçlar Kanunu' nun 138. madde hükmüne göre, “*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeleyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme¹⁰², bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*”

Görüldüğü gibi hüküm, aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmenin sona ermesini, rödovans sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, fesih yoluyla sağlamaya imkân vermektedir. Örneğin, rödovans sözleşmesinin yapılmasından sonra maden sahasındaki madenin çıkarılması rödovans veren için günün şartları itibarıyla aşırı şekilde zorlaşmışsa, maliyetler umulandan kat ve kat fazlaşmışsa, rödovans verenin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını istemekten başka sözleşmeyi feshetme hakkı da bulunmaktadır.

f) Takas

Takas, Borçlar Kanununun 139-145. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK.m.139/1'e göre, “*İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir*”. Bu hâlde, her iki borç takas anında daha az olan borç tutarınca sona erecektir¹⁰³. Zira, takas bir tasarruf işlemidir¹⁰⁴.

Bu bağlamda, borcun sona ermesi ile borç ilişkisi de sona eriyorsa takas rödovans sözleşmesini sona erdiren bir hâl olarak görülebilir. Örneğin,

¹⁰² Edimin sözleşmede öngörüldüğü şekilde ifası son derece güçleşmiş olur ve hakkaniyette gerektiriyorsa sözleşmenin hâkim tarafından yeni şartlara uyarlanması gerekir. Yani, bu durumda, sözleşme sırf bu sebeple ortadan kalkmış olmaz. Bkz., **Ayan**, Borçlar, s. 409. Bu durum, TBK.m.138 hükmünün yeni Borçlar Kanununa girmesinden önce de uygulamada benimsenen bir ilkeydi. Bkz., 13. HD., 16.4.1996, E.1996/3653, K.1996/3920 (YKD., C.22, S.7, s. 1086 vd.).

¹⁰³ **Oğuzman/ Öz**, C. I, s. 573; **Eren**, Borçlar, s. 1274; **Ayan**, Borçlar, s. 405; **Kılıçoğlu**, s. 862.

¹⁰⁴ **Oğuzman/ Öz**, C. I, s. 583; **Eren**, Borçlar, s. 1275; **Ayan**, Borçlar, s. 406; **Kılıçoğlu**, s. 871.

rödovans veren ile ruhsat sahibinin karşılıklı, özdeş ve muaccel borçlarının mevcut olması hâlinde taraflardan birinin tek taraflı bir irade açıklaması ile takas mümkündür. Gerçekten, takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer (TBK.m.143/1). Takasın hükmü geçmişe yürür. Yani, takas edilen alacak ve borç takas imkânının doğduğu anda itibaren ortadan kalkar. Artık alacağı bu andan itibaren faiz işletmek de mümkün değildir¹⁰⁵.

g) Bozma Sözleşmesi (İkale)

Bozma sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olmasına rağmen, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde gerçekleştirecekleri bir sözleşme olup, usulüne uygun yapılmasıyla borç ilişkisini sona erdirir¹⁰⁶. Bozma sözleşmesi hukukî niteliği itibarıyla, borçlandırıcı bir işlem olmayıp, tasarruf işlemi niteliğindedir. Zira, bu işlemle, sözleşmeden doğan alacak hakkı doğrudan doğruya etkilenmekte, tamamen sona ermektedir¹⁰⁷. Bu sebepten ötürü, söz konusu işlemin geçerli olabilmesi için, alacaklının, sona erdirdiği alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması zorunludur. Bu itibarla, rödovans sözleşmesi açısından bozma sözleşmesinin düzenlenmesine hiçbir engel olmadığından bozma sözleşmesi rödovans sözleşmesini sona erdiren bir ihtimal olarak akla gelir. Taraflar, aralarında yapacakları herhangi bir şekilde tâbi olmayan (TBK.m.12) bu sözleşme ile rödovans sözleşmesinden kaynaklanan mevcut borç ilişkisini sona erdirebileceklerdir.

Bu sözleşme ile taraflar, rödovans sözleşmesini yapmadan önceki durumlarına dönmeyi amaçlarlar. Gerçekten, bozma sözleşmesi âni edimli sözleşmelerde geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Elbette, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olarak taraflar isterlerse bunun aksini kararlaştırarak bozma sözleşmesinin geleceğe etkili sonuç doğurmasını da sağlayabilirler. Ancak, rödovans gibi sürekli edimli sözleşmelerde işin niteliği gereği bozmanın etkisi ileriye yöneliktir¹⁰⁸.

h) Fesih

Sürekli edimli bir sözleşmeyi, ileriye etkili olarak sona erdiren sebeplerden biri de fesihdir. Fesih, bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması

¹⁰⁵ İnan, s. 502; Ayan, Borçlar, s. 409.

¹⁰⁶ Eren, Borçlar, s. 1258; Ayan, Borçlar, s. 398.

¹⁰⁷ Eren, Borçlar, s. 1258; Ayan, Borçlar, s. 398.

¹⁰⁸ Eren, Borçlar, s. 1259; Ayan, Borçlar, s. 398.

olup, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁰⁹. Öğretide, fesih hakkının, taraflara, sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile de tanınabileceği kabul edilmektedir¹¹⁰.

Rödovans sözleşmesi bakımından, ürün kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanacağından, tarafların doğrudan doğruya kanundan doğan fesih haklarının olduğu kabul edilmelidir¹¹¹. Kanunkoyucu özellikle sürekli edimli sözleşmelerin sona erdirilmesi bakımından taraflara haklı nedenlerle fesih hakkını tanımıştır¹¹². Fesih olağan ve olağanüstü fesih olmak üzere iki şekilde yapılabilir. Olağan fesihte, fesih beyanı karşı tarafa ulaştıktan belirli bir süre sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹³. Fesih, rödovans sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde, ruhsat sahibinin edimi sürekli edim borcu niteliğinde olduğundan ötürü rödovans veren ruhsat sahibinin yukarıda bahsedilen yükümlülüklerinden birine aykırı hareket etmesi durumunda, sözleşme hükümlerine riayetsizlik sebebiyle olağan fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirilebilir. Dolayısıyla, TBK.m.358, adi kira hükümlerine atıf yaptığından kiralayanın veya kiracının sözleşmenin kendilerine yüklediği borçları gereği gibi ifa etmemeleri durumunda diğer tarafın, örneğin TBK.m.305/2 veya 306/2 hükmü çerçevesinde sözleşmeyi fesih imkânı bulunmaktadır¹¹⁴. Ayrıca, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (TBK.m.328).

Türk Borçlar kanununun 362. maddesine kıyasen ruhsat sahibi, rödovans bedelinin ödenmemesi hâlinde rödovans verene bildirimde bulunarak altmış gün süre tanımak zorundadır. Bu süre bildirim rödovans verene tebliğ edilmesi ile işlemeye başlar. Bu süre zarfında rödovans veren, bedeli ödemezse ruhsat sahibinin fesih hakkı doğar¹¹⁵.

Rödovans verenin rödovans bedelini ödeme dışında, maden sahasını en iyi şekilde işletme borcu da vardır (TBK.m.365'e kıyasen). Maden rezervini daha sonraki kullanımlar için ulaşılamayacak şekilde tahrip eden rödovans

¹⁰⁹ Eren, Borçlar, s. 1259; Ayan, Borçlar, s. 399.

¹¹⁰ Ayan, Borçlar, s. 399.

¹¹¹ Bkz., Yavuz, s. 324 vd.

¹¹² Eren, Borçlar, s. 1259; Ayan, Borçlar, s. 399.

¹¹³ Eren, Borçlar, s. 1260; Ayan, Borçlar, s. 399.

¹¹⁴ Yavuz, s. 324.

¹¹⁵ Yavuz, s. 323.

veren, bundan dolayı ruhsat sahibine karşı sorumlu tutulacaktır¹¹⁶. Bu borç bakımından da ruhsat sahibinin genel kira hükümlerine yapılan atf gereğince fesih hakkı saklıdır.

Olağanüstü fesihle ise, sürekli sözleşme ilişkisi, fesih beyanının karşı tarafa ulaştığı anda sona erer. Bu fesih türünde ruhsat sahibi rödovans verene süre tanımaksızın sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu nedenle, olağanüstü feshe, süresiz fesih de denilmektedir¹¹⁷. Rödovans sözleşmeleri bakımından olağanüstü fesih ile sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.

Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir (TBK.m.369).

Borçlar Kanunu'nun 370. maddesine göre, kiracı iflâs ederse, kira sözleşmesi iflâsın açılması ile birlikte kendiliğinden sona erecektir. Aynı durum rödovans için de geçerli olacaktır. Ancak, rödovans veren işlemekte olan rödovans bedeli ve tutanağa geçirilen eşya için teminat verdiği takdirde, ruhsat sahibi sözleşmeyi kira yılının sonuna kadar uzatmakla yükümlüdür¹¹⁸. Rödovans sözleşmesinin ürün kirası sayılmasının bir sonucu da rödovans verenin ölümü hâlinde kendini göstermektedir. Rödovans verenin mirasçıları veya ruhsat sahibi ölüm hâlinde TBK.m.371 hükmüne göre altı aylık süre içinde tazminatsız olarak sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptirler.

ı) İptal

İptalde, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması söz konusudur¹¹⁹. İptalde sözleşme, taraflardan birinin tek tarafı, yöneltilmesi ve varması gerekli irade beyanıyla veya mahkeme kararı ile ortadan kaldırılır. İrade açıklamasının karşı tarafa varması ile sürekli edim niteliği taşıyan sözleşmeler hariç, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Taraflar anlaşmadığı için dava açmak gerekirse, mahkemenin olumlu kararı kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşır. Zira, süresi içerisinde iptal hakkının kullanılması ile sözleşme zaten ortadan kalkmıştır. İptal, sadece taraflar arasında hüküm ifade eden bir bozucu yenilik doğuran işlem olup, sözleşmenin tarafı olmayanların iptal hakkını kullanması mümkün değildir¹²⁰.

¹¹⁶ **Yavuz**, s. 320.

¹¹⁷ **Eren**, Borçlar, s. 1260.

¹¹⁸ **Yavuz**, s. 325.

¹¹⁹ **Eren**, Borçlar, s. 1262; **Ayan**, Borçlar, s. 400.

¹²⁰ **Ayan**, Borçlar, s. 400; **Eren**, Borçlar, s. 414.

İptalde geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme mevcut olduğundan, kanunda iptal için öngörülen hak düşürücü sürelerin dışında iptal hakkının kullanılması mümkün değildir¹²¹. İptal hakkı genellikle, irade bozukluğu hâllerinde (TBK.m.30-39) veya aşırı yararlanma hâlinde (TBK. m. 28) söz konusu olmaktadır¹²².

Rödovans sözleşmesi açısından, taraflardan birinin iradesinin yanılma, aldatma veya korkutma ya da aşırı yararlanma nedeniyle bozulmuş olması durumunda, iptal hakkı olan taraf, kanunda öngörülen süre içinde, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilecektir (TBK.m.39). Zira, rödovans sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşmedir.

i) Sözleşme Süresinin Dolması veya Bozucu Koşulun Gerçekleşmesi

Rödovans sözleşmesi, belirli bir süreyle sınırlı veya bozucu koşula bağlı olarak kurulmuş ise, belirlenen süre içinde ya da bozucu koşul gerçekleşinceye kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracak, sürenin dolması ya da bozucu koşulun gerçekleşmesi ihtimallerinde başkaca bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden sona erecektir (TBK.m.173/2; 367). Ancak, taraflar, sözleşmeye örtülü şekilde devam ederlerse sözleşme bir yıl için yenilenmiş sayılacaktır (TBK.m.367/2).

Bozucu koşula bağlı olarak rödovans sözleşmesinin kurulduğu durumlarda, hâlen hükümlerini doğurmakta olan sözleşmenin sona ermesinin geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanması söz konusudur. Örneğin, maden sahasından çıkarılan cevher fiyatlarının belli bir birim fiyatın altına düşmesi durumunda sözleşmenin ortadan kalkacağı kararlaştırılmışsa, bozucu koşula bağlı rödovans sözleşmesi var demektir. Geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olan bu olayın gerçekleşmesi ile bozucu koşula bağlı olarak kurulmuş olan rödovans sözleşmesi kural olarak ileriye etkili olarak sona erecektir¹²³. Elbette, bu durumun aksinin kararlaştırılması da mümkündür.

V. SONUÇ

Rödovans sözleşmesi esas itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, bu sözleşme, mevzuatta ismen yer almasına rağmen ne 3213 sayılı Maden Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu itibarla, hem Borçlar Kanunu'nun genel kanun olması hem de Borçlar Kanununda

¹²¹ Eren, Borçlar, s. 415; Ayan, Borçlar, s. 400.

¹²² Ayan, Borçlar, s. 400; Kılıçoğlu, s. 200-201; Eren, Borçlar, s. 409.

¹²³ Kılıçoğlu, s. 774; Eren, Borçlar, s. 1177-1778; Ayan, Borçlar, s. 129;

düzenlenmiş olan ürün kirasına ilişkin hükümlerinin rödovans sözleşmesinin tanımına ve taraflarına yüklediği yükümlülüklerle uyum sağlaması nedeniyle uygulamada, Yargıtay kararlarının da desteği ile 6098 sayılı Borçlar Kanununun ürün kirasına ilişkin hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde rödovans sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın her durumda, rödovans sözleşmesinin taraflarının birbirinden bağımsız işveren niteliğinde olmadıkları yönünde kararları mevcuttur. Gerçekten, Yargıtay, özellikle rödovans sözleşmesiyle devrettiği maden sahasında ruhsat sahibinin, Maden Kanununun 31. maddesinde öngörülen teknik nezaretçi bulundurma yükümlülüğünü aşan nitelikte işçi çalıştırdığı ve maden sahasının ruhsat sahibinin beton santralleri için hammadde sağladığı hususlarına dayanarak ortak ekonomik amacın gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturulmuş bir işletmede alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir. Ancak, uyuşmazlık konusu olayda, ruhsat sahibi üretimin sözleşmede öngörülen plân dâhilinde yürütülmesini denetlemektedir. Ruhsat sahibinin buradaki amacı, karşılığında rödovans bedeli alacağı ve kendi işyerinde hammadde olarak kullanacağı madenin sözleşmede öngörülen miktarda üretimini sağlamaktır. Aynı amaç için örgütlenmiş bir işletme söz konusu olsaydı, ne ruhsat sahibine kira bedeli ödenirdi ne de ruhsat sahibinin rödovans verenden temin ettiği hammadde için ayrı bir ücret alınırdı. Bu nedenlerle, söz konusu ilişkide birbirinden bağımsız ayrı iki işveren bulunmakta olduğundan alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılmalıydı. Bu sebeplerle, söz konusu içtihadın hukuken yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Bu kaniya varılınca, rödovans sözleşmesine kıyasen uygulanacak hükümlerin neler olduğu da belirlenmiş olmaktadır.

Maden Kanununa eklenen Ek 7. madde ile rödovans sözleşmesi ile devri yapılan maden sahasında çalışan işçiler bakımından iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle doğan idarî, malî ve hukukî yükümlülüklerden sadece rödovans veren sorumlu tutulacaktır. Böylelikle, ruhsat sahibi, işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü idarî, malî ve hukukî sorumluluktan kurtarılmıştır. Yerindeliği tartışmalı olan bu yeni düzenleme ile birlikte, maden ocaklarında grizu, toprak kayması ve her türlü iş kazasından ayrıca maden işletmesinde çalışmaktan dolayı işçilerin yakalanacağı meslek hastalıklarından dolayı ruhsat sahibi sorumlu tutulamamakta ve sorumluluk rödovans verene bırakılmaktadır.

Sorumluluktan kurtulan ruhsat sahibi, bu önlemlerin alınması konusunda artık rödovans vereni denetlemeyecek ve zorlamayacaktır. Rödovans verenlerin

de işçi sağlığı ve güvenliğine yeterli önemi verdikleri düşünüldüğünde, iş kazaları açısından ruhsat sahibinin rödovans verenle birlikte müteselsilen sorumluluğu ortadan kaldırıldığından, mağdur işçiler ya da ilgili hak sahipleri yalnızca bu konuda hassasiyeti olmayan rödovans verenlerin sorumluluğuna gidebileceklerdir. Tazminat sorumluluğu bakımından rödovans verenin ruhsat sahibine nazaran ekonomik olarak daha güçsüz olabileceği de nazara alınırsa rödovans verenin tek sorumlu olarak öngörülmesi yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Zira, bu hüküm, başta Anayasa'nın çalışma hakkı ve ödevi ile ilgili "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmünü içeren 49. maddesine aykırı olduğu gibi sosyal devlet ilkesi ile de uyumlu değildir.

Öte yandan, *Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun* 22. maddesi gereğince, kamu kurum ve kuruluşları ile iştirakleri hariç olmak üzere yer altı kömür işletmelerinde maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişiler ile üretim faaliyetlerine yönelik rödovans sözleşmesi yapması yasaklanmıştır. Bu yasağa uyulmaması durumunda ise, rödovans sözleşmesi ile yapılan madencilik faaliyetleri durdurulacaktır. Sözleşme özgürlüğüne getirdiği kısıtlama bakımından eleştirilebilecek olan bu hükmün uygulamada özellikle kömür madenleri açısından rödovans sözleşmesi yapılması ile yaşanan sakıncaları giderip gidermeyeceğini zaman gösterecektir.

KAYNAKLAR^{124*}

AKİPEK, Jale G./ **AKINTÜRK**: Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKTAY, Nizamettin/ **ARICI**, Kadir/ **SENYEN**, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ARAL, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2015 (Ayan, Borçlar).

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 7. Baskı, Konya 2014 (Ayan, I).

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 7. Baskı, 2014 Konya (Ayan, II).

BAŞ, Hakan: Maden Hukuku İle İlgili Yargı Kararları ve Mevzuat, Ankara 2009.

BAYCIK, Gaye: Rödovans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İzmir 2011, s. 1895-1957.

ÇANKAYA, O. Güven: Rödovans Alt İşverenlik Sözleşmesi midir? İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 3, 2014, s. 1-21.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, İstanbul 2013.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (Eren, Borçlar).

EREN, Fikret: İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 85-111 (Eren, İsimsiz).

FEYZİOĞLU, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980.

GARNER, A. Bryan: Black's Law Dictionary, 7th Edition, St. Paul Minnesota 1999.

^{124*} Bu çalışmada, aynı yazarın farklı eserlerine yapılan atıfları birbirinden ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

GÖĞER, Erdoğan: Maden Hukuku, Ankara 1979.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.

GÜRSOY, Kemal T. / **EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012.

İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014.

KOYUNCUOĞLU, Tennur: Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 10. Baskı, İstanbul 2012 (C. I).

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 11. Baskı, İstanbul 2014 (C. II).

OĞUZMAN, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2013.

OKTAY, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM., C.LV, 1996, s. 263-296.

ÖZDAMAR, Demet: Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, M. Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 319-335 (Özdamar, Maden).

ÖZDAMAR, Demet: Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri, T. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 119-149 (Özdamar, Devir)

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2011.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, 3. Baskı, Amkara 1984.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Halûk / **ALTOP**, Atillâ: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989. (Tekinay /

Akman / Burcuoğlu / Altop, Eşya)

TELLİ, Serap: İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989.

TOPALOĞLU, Mustafa: Maden Hukuku, Ankara 2011 (Topaloğlu, Maden).

TOPALOĞLU, Mustafa: Rödovans Sözleşmesi, Hukuksal Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TUMAKS, 2001 (Topaloğlu, Rödovans).

UÇKAN, Özcan: Türk Hukukunda Madencilik, Eskişehir 1983.

UYGUN, Rahmi: Maden İşletmelerinde Ödenen Rödovans Bedellerinin Muhasebe Sistemi İçinde İzlenmesi, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/rahmiuygun/012/>, Erişim Tarihi: 21.4.2015.

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (çev. Cevat Edege), 2. Baskı Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

YÜCEL, Selçuk/ **TURAN**, Hayrettin: Dar Mükellef Kurumlar, İstanbul 1999.

YÜCER, İpek: Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2007, s. 233 vd.

ZEVKLİLER, Aydın/ **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

BAŞBAKANLIK VE BAKANLIK TEŞKİLATLARINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE HUKUKÎ SONUÇLARI

R. Cengiz DERDİMAN*

ÖZET

Acil, zorunlu ve önemli bir durum yokken, Başbakanlık ve bakanlık teşkilatlarında Kanun Hükmünde Kararnamelerle (KHK) yapılan yeni değişiklikler, esasen, yasama yetkisinin “devredilmezliği” prensibine aykırıdır.

Bu değişiklikler sırasında konulan bakan yardımcısının konumu yeterince belirli değildir. Başbakanlık ve bakanlıkların “bağlı”, “ilgili” ve “ilişkili” kuruluşlarının tanımları ve bunları belirlenmesi için göz önünde bulundurulacak kıstaslar daha somut belirlenmelidir.

Bakanlar Kurulu ve Başbakanlığın yükledikleri, asıl görevleri dışındaki görevler devam etmektedir. Bu, asıl görevlere yoğunlaşmayı azaltmaktadır.

KHK’lerle yapılan değişiklikler sırasında planlama görevinin Başbakanlıktan Kalkınma Bakanlığına aktarılması yerinde olmamıştır. Zira planlama tüm bakanlıklarla koordine kurmayı gerektiren “hükümetin genel siyaseti”ni saptamaya esas olan, bizce “özerk” bir faaliyettir.

***Anahtar Kelimeler:** Başbakanlık ve Bakanlıklar, bakan yardımcılığı, kanun hükmünde kararname, planlama, bağımsız idari kurumlar,*

THE AMENDMENTS TOOK A PLACE WITH DECREES AS A LAW ON THE PRIME MINISTER’S OFFICE AND MINISTRIES ORGANIZATIONS AND THEIR CONSEQUENCES

ABSTRACT

When there are no emergency and important situations, the new amendments with decrees as a law about the Prime Minister’s Office and Ministries organizations are against the principal of “inalienability of legislative prerogative.”

With these amendments has been established the positions called deputy-minister that it has not been clearly defined. Moreover, those definitions should be identified in a more clear way: bound, related and connected institutions.

* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, 16059 Nilüfer/ Bursa/Türkiye. E mail: rcderdiman@uludag.edu.tr

The Cabinet and the Prime Minister's Office's duties still mainly are the same other than additional duties. This situation causes not the focusing on main duties of the Cabinet and Prime Minister's Office.

The amendments with decrees as a law orders that the duty of organizing was given to development ministry office that is taken away from the Prime Minister's Office. It is a poor decision. Our point of view, the organizing needs to be established with the coordination of other ministries offices, thus it draws the general policy of government that is the autonomous activity.

Keywords: *The Prime Minister's Office and Ministries, Deputy Minister, Decree As a Law, Organizing, Autonomous Administrative Institutions.*

GİRİŞ

Ülkemizde 2011'de çıkarılan bir dizi Kanun Hükmünde Kararnameyle (KHK'yle), Başbakanlık ve Bakanlıkların teşkilat yapıları yeniden düzenlenmiştir. Başbakanlığın bir kısım "bağlı" ve "ilgili" kuruluşları başka bakanlıklara bağlanmış ve bu arada bir kısım yeni bakanlıklar kurulmuştur.

Bu makale, Türk kamu yönetiminde Başbakanlık ve Bakanlıkların yeniden teşkilatlandırılması ya da bazı bakanlıkların ilk kez kurulmasını, birbirleriyle bağlantılı olan disiplinler olarak, kamu yönetimi, anayasa ve idare hukuku açısından incelemekte; bu değişikliklerin hukuka aykırı nitelik taşıyor olabileceklerini, gerekçeleriyle iddia etmektedir.

Bu incelemede;

Yeniden düzenleme çalışmalarına rağmen Başbakanlığın ve Bakanlar Kurulunun devam eden asıl görevlerinden başka görevlerinin kendilerine yük oluşturduğu; kamu yönetimindeki yeni yapılandırmalarda uzun yıllardan beri devam edegelen bu sorunun yine çözül(e)mediği, kanaatlerimiz de ortaya konmuştur.

Başbakanlık ya da bakanlıkların "bağlı", "ilgili" ve "ilişkili" kuruluşları tanımlayan ve bunları bir birlerinden ayıran ölçütlerin yeterince belirlenmemiş olduğuna dikkat çekilmiştir.

Kamu yönetiminin KHK'lerle düzenlenmesinin kamu yönetimi, anayasa ve idare hukuku ilkeleriyle uyumlu olmayacağı ve bunların gerekçeleri, karar yılı ve sayısı verilen Anayasa Mahkemesi (AyM) kararlarından örneklerle belirtilmiştir.

Yeni yapılanmada makalenin konusuyla ilgisi açısından dikkat çeken, planlama faaliyetlerinin, Başbakanlığa “bağlı” kuruluş iken lağvedilen “Devlet Planlama Teşkilatı”nın yerine, 641 sayılı KHK ile kurulan “Kalkınma Bakanlığı” bünyesine alınmış olmasının bir kısım sorunlara, özellikle hükûmetin genel siyasetinin tespitinde güçlüklerle karşılaşılmasına sebep olabileceğine işaret edilmiştir. Bu konunun, bir KHK ile düzenlenmiş olması bağlantısı ve konunun önemi bakımından kapsama alınması gerekmiştir.

BAŞBAKANLIK, BAKANLAR KURULU VE BAKANLIKLARIN TEŞKİLATLANMALARINA İLİŞKİN GÖZLEMLER

Teşkilatlanma, Görev ve Yetkiler

Ülkemizde Başbakanlık Başbakan tarafından yönetilir. Başbakanlık, Anayasa ve kanunlarda öngörülen görevleri yerine getirmektedir. Başbakanın Başbakanlık teşkilâtını ve personelini yönetme görev ve yetkilerinden¹ başka, konumuyla uygun olarak bir kısım görevleri ve yetkileri de bulunmaktadır:

1-) Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) içinden görevlendirilir. Başbakan Bakanlar Kurulu üyelerini Anayasal usûl ve şartlara uygun olarak seçme ve Cumhurbaşkanına teklif etme yetkisine sahiptir. Bakanlar ve Bakanlar Kurulu, Başbakan tarafından teklif edilen bakanların listesi Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra göreve başlamış olur². Bakanlar Kurulunun göreve başlaması TBMM’den güvenoyu almış olmak şartına bağlı³ değildir. Güven oylaması, hükûmete ve hükûmet programına güven duyulup duyulmadığını; dolayısıyla programını uygulamasını onaylandığını ya da onaylanmadığını; sonuçta ise hükûmetin görevde kalıp kalmamasını belirleyen işlemdir.

TBMM seçimlerinin yenilenmesine Cumhurbaşkanı tarafından TBMM başkanının da görüşü alınmak kaydıyla karar verilmesi halinde oluşacak “geçici bakanlar kurulu” için Başbakan yine Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilmektedir. Bu duruma has olmak üzere Anayasa, Başbakanın TBMM üyelerinden olması gerektiği yönünde bir hüküm getirmemiştir. Anayasanın 114/2. Maddesinde başbakanın geçici bakanlar kurulunu kurmak üzere atanacağı belirtilmiştir. Bu hükümden, bu şekilde kurulan bakanlar

¹ Organisation der Bundesministerien 2012, <http://www.hausarb-eiten.de/faecher/vorschau/101221.html>, erişim: 02.01.2013.

² Fındıklı, Remzi, *İdare Hukuku*, Uzman Kariyer Yayınları, Ankara, 2012, s. 54.

³ Bozkurt, Ömer-Ergun, Turgay-Sezen, Seriyeye (Ed), *Kamu Yönetimi Sözlüğü*, 2. Baskı, TODAİE Yayınları no: 342, Ankara, 2008, s. 22.

kurulunun Cumhurbaşkanının onayından muaf olduğu sonucunu çıkarmamak gerekir. Zira Anayasanın diğer hükümleriyle birlikte sistematik yorumundan bu halde kurulan Bakanlar Kurulunun da Cumhurbaşkanının onayıyla göreve başlaması gerektiği sonucu çıkarılabilir.⁴

2-) Başbakan, Bakanlar Kurulunu, gerekli olduğu hallerde, kendi başkanlığında toplantıya çağırır. Toplantı gündemi de Başbakan tarafından hazırlanır. Başbakan gündemi belirlerken bakanlarla görüşebilir. Bakanlar Kurulunun sekreteryası Başbakanlık teşkilâtında bulunur.

Başbakanın, Bakanlar Kurulunun kararlarından birinci derecede sorumlu olması, Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek ve Bakanlar Kurulu kararlarının yürütülmesini gözetmek gibi yetkilerini doğal hale getirmektedir. Bakanlıklar da bu kararların yerine getirilmesinden sorumlu olmaktadır⁵.

3-) Şu halde, Başbakan, bakanları kanunların ve Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması bakımından denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Parlamenter hükümet sisteminde başbakanın “eşitler arasında öncelikli” konuma sahip olmak gibi bir rolünün 1982 Anayasasının öngördüğü hükümler çerçevesinde daha da kuvvetlendiğini söylemek yanlış olmaz. 1982 Anayasasının 112/2. maddesinde, bakanların “Başbakana karşı ve kendi yetkisi içindeki işlerden ayrıca sorumlu oldukları” belirtilmiştir. Anayasanın bu maddesine göre “Başbakan (da), bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür.”

4-) Başbakan, bakanlıklar arasında koordinasyonu sağlamak yetkisine sahiptir. Buna, 1982 Anayasasının 112/3. maddesinde, Başbakanın görev ve yetkileri arasında yukarıda değinilen, bakanlıkların görevlerinin yerine getirilmesini “gözetmek” yetkisi dayanak teşkil etmektedir. Bu maksatla birden fazla bakanlığın görevleri arasında bulunan bir konuda kanunlara uygun olarak uzlaştırıcı çözümler bulmak Başbakanın görev ve yetkileri içindedir.

Bu bağlamda, bakanlıkların aralarında oluşan görüş ayrılıklarının giderilmesi de, “hükümetin genel siyasetinin belirlenmesi” kapsamında

⁴ 28 Ağustos 2015 Tarihli ve 29459 Sayılı Resmî Gazete'nin 4. Mükerrer Sayısında yayınlanan, birisi Başbakanlıktan Cumhurbaşkanlığına, diğeri de Cumhurbaşkanlığından Başbakanlığa hitap eden yazılardan Başbakan bakanlar kurulunun atanmasını teklif etmiş, Cumhurbaşkanı da atamıştır. Bkz: Uslu, Ferhat, “Geçici Bakanlar Kurulu ya da Seçim Hükümeti”, 31 Ağustos 2015, <http://webunya.com/gecici-bakanlar-kurulu-ya-da-secim-hukumeti>, erişim: 12.09.2015

⁵ Organisation der Bundesministerien, 2012

değerlendirilirse Bakanlar Kurulunca çözümlenecektir. Alman Anayasasının 65. maddesi bu tür görüş ayrılıklarının Bakanlar Kurulunca giderileceğini hüküm altına almıştır. Bir kısım anlaşmazlıkları başbakanın politik girişimiyle giderilebilmesi de mümkün olabilmektedir.⁶ Bu hususta 1982 Anayasamızla uyumlu olarak yapılacak değerlendirme, bizleri, hükümetin genel siyasetini “etkilemeyecek” görüş ayrılıklarının Başbakan; “etkileyecek” görüş ayrılıklarının da Bakanlar Kurulu tarafından giderilmesi gerektiği kanaatine sevk etmektedir.

Sonuç itibarıyla Türk 1982 Anayasası sisteminde Başbakan “eşitlerde birinci” olmaktan daha ileri derecede güçlendirilmiştir⁷. Bu “güçlendirme”; Başbakanlık teşkilat, görev ve yetkilerini düzenleyen 3056 sayılı Kanunun 4/1. maddesine, “Başbakanın ‘bakanlıkların amiri’ olduğu” şeklinde yansımıştır. Yalnız, bakan(lık) üzerindeki bu amirlik, kendine özgü, “görevlerin gerektirdiği mümessillik düzeyinde” bir amirlik⁸, şeklinde düşünülmelidir. Başbakanın bakanlara nazaran “eşitlerde birinci” değil; bakanların hiyerarşik olarak üstünde yer aldığına ya da yönetimde güçlü olmasına veya hükümette eşitlerde birinci olmaktan ziyade, hükümetin gidişatını fiiliyatta belirleyici üstün bir konumuna ilişkin değerlendirmeler de⁹ bu sınıra özen gösterilerek anlamlandırılmalıdır. Dolayısıyla başbakanın bakanlarla ilişkisinin bir “siyasi liderlik ilişkisi” olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁰. Batı demokrasilerinde başbakanın kabine içinde güçlü ve Devlet yönetiminde etkin olduğu görülmektedir.¹¹ Fakat, “Başbakanın her yönden bir amir olduğunu kabul etmek parlamenter rejimin mantığına aykırı olur¹². Başbakanın tam bir hiyerarşik

⁶ Zippelius, Reinhold-Würtenberger,Thomas, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Auflage Verlag C. H. Beck, München, 2008, s. 435, 436.

⁷ Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi Düşünceler Yapılar Fonksiyonlar*, Güncellenmiş 3. baskı, Okutman Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 102.

⁸ Derdیمان, R. Cengiz, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa. 2015, s. 226.

⁹ Örneğin, Birch, A. H., *The British System Of Government*, Revised Edition, George Allen & Unwin Ltd, London, 1975, s. 161, 165; Barnett, Hilaire, *Constitutional AndAdministrative Law*, Fourth edition first published in Great Britain 2002 by Cavendish Publishing Limited, London, 2002, s 314; Hopp, Gerhard, “Politische Führung in der Westminster-Demokratie: Großbritannien”, *Politische Führung in westlichen Regierungssystemen, Theorie und Praxis im Internationalen Vergleich*, Herausgegeben: Martin Sebaldt-Henrik Gast, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010, s. 95, 96.

¹⁰ Fındıklı, s. 54

¹¹ Örneğin, Birch, s. 161, 165; Hopp, s. 72, 73; Gast, Henrik, “Politische Führung in der Kanzlerdemokratie: die Bundesrepublik Deutschland”, *Politische Führung in westlichen Regierungssystemen, Theorie und Praxis im Internationalen Vergleich*, Herausgegeben: Martin Sebaldt-Henrik Gast, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010, s. 95-121.

¹² Derdیمان, (2015), s. 225.

denetim yetkisine sahip amir olduğunu söylemek; örneğin Bakanlar Kurulu kararlarında her bir bakanın en azından “hiyerarşik etki ya da baskı altında kalma ‘endişesi’ taşınmasına” ve/veya benzer sakıncalara sebebiyet verebilir. Alman hukukunda siyasetin genel hatlarını belirleme yetkisine sahip kılınmış Başbakan da, bu güçlü konumuyla birlikte, esasen, bir “sevk ve koordine makamı” olarak algılanmıştır¹³.

Yalnız, yeni bir kısım düzenlemeler de göz önünde tutulursa, Başbakanlık ve bakanlıkların teşkilatlanmalarında bir kısım sorunlar ortaya çıkmaktadır:

Başbakanlık, kendi asıl görevlerinden başka, kendisine “bağlı”, “ilgili” veya “ilişkili” kuruluşları vesayet denetimi ya da hiyerarşik denetimle sevk ve idaresi görevlerini de yüklenmiştir. Başbakanlığın; günümüzde yapılan bir kısım yeni düzenlemelere rağmen, hâlâ, ayrıca bir hizmet bakanlığı gibi görülmeye¹⁴ devam ettiği söylenebilir.

Başbakanlıkla “doğrudan ilgisi olmayan” kuruluşların mevcut hizmet bakanlıklarına bağlanması ya da bu hizmetler için ayrı hizmet bakanlığı kurulması gerekli olmaktadır. Bakanlar hizmet ve faaliyetlerinden dolayı Başbakana karşı sorumlu olduklarına göre, Başbakanlığa bağlı kalması gerekli olmayan hizmetlerin, bakanlıklara aktarılmasıyla verimleri de düşmez.

Başbakanın görev ve yetkileri ve yürütme organında “kendine özgü” statüsü, Milli İstihbarat Teşkilatı ve Türkiye İstatistik Kurumu gibi kuruluşların hizmetlerinden doğrudan yararlanmasını gerektirecektir. Planlama faaliyetlerini yürütecek birimlerin de Başbakanlık bünyesinde kalması önemsenmelidir. Neticede Başbakanlığın görev ve yetkilerine etkinlik kazandıracak kuruluşların Başbakanlık bünyesinde kalmaları gerekmektedir.

2011’de çıkarılan ve birçok Bakanlığı ilk kez kuran ya da yeniden düzenleyen bir dizi KHK ile evvelce Başbakanlığa bağlı Milli Prodüktivite Merkezi, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Gümrük Müsteşarlığı gibi bir kısım kuruluşlar farklı farklı bakanlıkların bünyelerine alınmışlardır. Buna karşılık, bugün örneğin, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı, Ziraat, Vakıflar ve Kalkınma Bankaları gibi “bağlı”, “ilgili” veya

¹³ Besson, Waldemar-Jasper, Gotthard, *Das Leitbild der modernen Demokratie, Bauelemente einer freiheitlichen Staatsordnung*, Landeszentrale für politische Bildung, Franzspiegel Buch GmbH, Ulm, Bonn, 1990, s. 51

¹⁴ Derdiman, R. Cengiz, *Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2003, s. 415; Bozkurt vd., s. 22.

“ilişkili” bir kısım kuruluşlar¹⁵, farklı Bakanlıkların bünyesinde bulunmaları daha doğru görünmesine rağmen, Başbakanlık bünyesinde bırakılmış durumdadırlar.

Diğer taraftan, örneğin, 5952 sayılı Kanunla İçişleri Bakanlığına bağlı olarak 2010’da kurulan ve 08.07.2011 tarihinde yapılan değişiklikle Başbakanlığa bağlanan¹⁶ Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının teşkilatlanmasında şu iki sorun da ayrıca dikkat çekmektedir:

1-) Bu kuruluşun, emniyet ve asayiş hizmetlerini yerine getiren Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı gibi, neden İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olarak bırakılmadığı, bizce haklı bir gerekçeyle açıklanamaz.

2-) Emniyet ve asayiş hizmetleri, plan, program ve operasyonlarıyla bir “bütün” teşkil eder. Örneğin, Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele Daire Başkanlığının terörle mücadele için strateji geliştirmesi, aynı teşkilat bünyesi içinde cereyan etmesi gereken işlevdir. Aynı amaca yönelmiş aynı konulardaki görevlerin farklı farklı teşkilatlarca üstlenilmesi ve bir de bu teşkilatların birisinin “genel müdürlük”, diğerinin buna nazaran “müsteşarlık” şeklinde daha üst seviyesinde teşkilatlanması ve üstüne üstlük Başbakanlığa bağlanması;

a-) Yönetimin sadeleştirilmesi ilkesine aykırı olacak,

b-) İdarî koordinasyonu bozacak,

c-) Daha alt düzeydeki, genel müdürlük seviyesinde teşkilatlanmış bir kuruluşun muhtemelen motivasyonunun bozulmasına ve belki de örgütsel psikolojik direnime göstermesine sebebiyet verebilecektir.

Tüm bunların kamu hizmetinin etkinliğini ve sürdürülebilirliğini olumsuz etkilemeyeceği söylenemez.

Bu bilgiler;

1-) Aynı konuda görev yapan birden fazla teşkilatın birleştirilmesi gibi yollarla yönetimin sadeleştirilmesinin,

2-) Başbakanlığa halen “bağlı”, “ilgili” ya da “ilişkili” kuruluşlardan hangilerinin Başbakanlığın bünyesinde bırakılacakları yeniden tespit etmenin,

¹⁵ Başbakanlık, <http://dtvt.basbakanlik.gov.tr/AnaSayfa.aspx>, erişim: 29.12.2012.

¹⁶ Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, <http://www.kdgm.gov.tr/index.snet?wapp=9432F796-CD41-4643-9F0A-42D276839BDC>, erişim: 03.01.2013.

3-) Başbakanın görev ve yetkilerine ilişkin kendine özgü konumu gereği, Başbakanlığa bağlı kalması gerekenler dışındaki kuruluşların hizmet bakanlıklarına bağlanmasının,

Gerekli olduğunu da açıklamaktadır.

Bakanlar Kurulunun Fazladan Yüklendiği Görev ve Yetkiler

Ülkemizde yürütmenin sorumlu kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu, yasama ve yargı organlarının görev ve yetkilerine girmemek kaydıyla idari ve siyasi nitelikteki konularda, başbakan ve bakanların görüşülmesini istedikleri her konuyu görüşmeye ve karar bağlamaya yetkili addedilmektedir¹⁷.

Bu doğrultuda, Bakanlar Kurulunun kendi yükünden çok daha fazla yükünün bulunması¹⁸ sorunu, yeni düzenlemeler içinde ele alınıp çözülmüş değildir.

Bakanlar Kurulunun görevi “hükümetin genel siyasetini” tespit ve bu kapsamda aldığı kararların Başbakan ve (Başbakanın denetim ve gözetimindeki) bakanlar vasıtasıyla uygulanmasını sağlamaktır. Buna karşılık, zamanımızda niteliği itibarıyla birçoğu sadece bakanlıkların görev ve yetkisinde görülebilecek pek çok konunun görüşülmesi ve kararlaştırılması Bakanlar Kurulunu meşgul etmektedir. Bakanlar Kurulu, örneğin; bir derneğin kamu yararına faaliyet göstermesine, kişilere üstün hizmet madalyası verilmesine¹⁹ ya da bir kimsenin kullanılan mezarlıklar dışında bir yere defnedilmesine karar vermek veya bakanlıkların görev ve yetki alanına giren konularda yönetmelik çıkarmak gibi, üstlendiği bir kısım görevlerle yükünü artırmıştır. Böylece, Bakanlar Kurulu asıl görevine yeterince yoğunlaşmamış ve görevlerini daha etkin yürütmekten yoksun kalmış olmaktadır.

1982 Anayasamıza göre “hükümetin genel siyaseti” kavramı içinde değerlendirilmeyecek hususların Bakanlar Kurulunun görev alanında görülmesi, Bakanlar Kurulunu “kendi görevlerini yapan bir hizmet bakanlığı” gibi algılamaya da vesile olabilir.

Bu nedenlerle; bakanlıkların görevlerinin tamamlayıcı parçası sayılan konuların, Bakanlar Kurulundan bakanlıklara aktarılması yararlı olacaktır. Böylece, Bakanlar Kurulunun, etkin hizmet için “hükümetin genel siyasetini”

¹⁷ Derdiman, (2015), s. 223.

¹⁸ *Kamu Yönetimi Araştırma Raporu, Genel Rapor*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları no: 238, Ankara, 1991, s. 15-17.

¹⁹ Fındıklı, s. 55.

tespit şeklindeki asıl görevine yoğunlaşması sağlanacaktır. Böylece, Bakanlar Kurulunun, Anayasanın 112. maddesindeki “hükûmetin genel siyasetinin” tespiti ve yürütülmesi işlevi hayata daha iyi geçmiş olacaktır.

Bakanlar Kurulunun “yönetmelik” çıkarması da “prensipte” Anayasanın 124. maddesine aykırıdır. 1982 Anayasası, yönetmeliği, kendi konularıyla ilgili olarak Başbakanlığın, bakanlıkların ve kamu tüzel kişiliklerinin çıkarabileceklerini belirtmektedir. Anayasa, yönetmelik çıkarabilecek kuruluşlar arasında Bakanlar Kurulu’na yer vermemiştir. Hâlbuki uygulamada, Bakanlar Kurulu yönetmelik çıkarabilmektedir. Bakanlar Kurulunun “hükûmetin genel siyasetine” ilişkin konularda yönetmelik çıkarması kabul edilebilir. “Hükûmetin genel siyaseti” ile “doğrudan ya da dolaylı” ilişkili çok geniş bir çerçeve çizilebileceği söylenebilir. Dolayısıyla, bu yetki, “hükûmetin genel siyaseti”nin tespiti ya da yürütülmesiyle “doğrudan” ilgili görülen konularda kullanılmalıdır. Meselâ İçişleri Bakanlığı personelinin yer değiştirmesini konu alan bir yönetmeliğin Bakanlar Kurulunca çıkarılması Anayasaya uygun değildir.

Bir de, yönetmeliklerin, Anayasanın 124. maddesine göre, kanunların ya da tüzüklerin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılmaları gerekirken; bir “uygulamayı gösteren yöntemleri” izahtan ziyade, daha detaylı, “kanunun emrettiği işleri belirtir” bir genişliği içerebildikleri görülmektedir. “Kanundaki işleri belirtmek” sebebi, Anayasaya göre, tüzüklerin çıkarılması sebeplerinden biridir. Danıştay 10. Dairesinin 1997/5493 sayılı kararında da belirtildiği üzere, “yasayla düzenlenmeyen bir husus (da) yönetmelikle düzenleneme(z)”. Bir konuda “tüzüklerin uygulanmasını göstermek” için yönetmelik çıkarabilmek de, öncelikle kanunla düzenlenmiş bir konuda tüzüğün çıkarılmış olmasını gerektirir.

Yönetmeliğin çıkarılmasının tüzüğe nazaran daha kolay olması, yönetimi tüzük çıkarmayı gerektiren bir konuda bile yönetmelik çıkarmaya sevk edebilmektedir. Değişik bir ifadeyle, Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarılması gereken konularda Danıştay’ın incelemesinden kaçınmak niyetiyle yönetmelik çıkarmaya tevessül etmesi mümkündür.

Her ne olursa olsun,

1-) Yukarıda söylendiği gibi, Bakanlar Kurulunun, doğrudan “hükûmetin genel siyasetine” konu olmayan ya da bu siyasetle “yakın ve belirgin” ilişkisi bulunmayan bir konuda yönetmelik çıkarması Anayasaya aykırı olacaktır.

2-) “Kanunların ya da (varsa) tüzüklerin uygulanmasını göstermek” sebebinden başka bir sebeple çıkarılan yönetmelikler, bir düzenleyici işlem olarak, sebep yönünden “iptal edilebilirlik” ile sakatlanmış olacaklardır.

Yukarıda verilen örneklerin ve örneklere benzer konuların Bakanlar Kurulunun görev alanından çıkarılması, Bakanlar Kurulunun “hükümetin genel siyasetinin” gereklerini belirleme ve kararlaştırma faaliyetlerine daha fazla zaman ayırmasını sağlayacaktır.

“Bağlı”, “İlgili” ve “İlişkili” Kuruluşların Yerlerinin Değiştirilmesi
“Bağlı” ve “İlgili” Kuruluşların Tanımları ve Özelliklerinde Belirsizlik

KHK’lerle yeniden yapılandırılan Başbakanlık ya da bakanlık teşkilatlarının bünyesinde bulunan bu tür kuruluşlar için de bir değerlendirme yapmak faydalı olacaktır.

3046 sayılı kanununun 10. maddesine göre, “bağlı kuruluşlar bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlardır.” 11. maddede “ilgili kuruluşlar; özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir. Bu kuruluşların ilgili olduğu bakanlık (3046 sayılı) Kanunun koyduğu usule göre belirlenir” hükmü bulunmaktadır.

Günümüzde “bağlı” ve “ilgili” kuruluşların her birini tanımlayan ve bunları bir birinden ayıran kıstaslar bizce yetersiz olup, yeni düzenlemeler sırasında da açıklığa kavuşturulmamışlardır:

1-) 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunuyla, örneğin, “bağlı” kuruluşların tanımında yer alan “katma bütçe” tabiri kaldırılmış ve “özel bütçe” gibi bütçelerin tanım ve kapsamı değişmiştir. Daha evvel Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmayan bütçelerle yerel yönetimlerin bütçeleri özel bütçe addedilirken, 5018 sayılı Kanun II sayılı cetvelinde yer alan kuruluşların bütçelerini özel bütçe olarak vasıflandırmıştır.

2-) “Bağlı” kuruluş bulunduğu bakanlıktan bir başka bakanlığa bağlanırsa, sonuçta her iki bakanlığın ana hizmetlerini de sırayla yürütmüş olacaktır. Bu durum, bakanlıkların hizmet tanımlarının neden daha sağlıklı yapılmadığı; “bağlı” kuruluşun neden önceki bakanlık bünyesinde kalmadığı

ya da neden sonraki bakanlığa “bağlı” olarak kurulmadığı, gibi pek çok soruyu akla getirebilecektir.

3-) Bir bakanlığın “ana hizmetlerini” yürütmek için, bakanlık içinde ana hizmet birimleri kurulmalıdır. Bakanlığa “bağlı” kuruluşların, bakanlıkların ana hizmetlerini yürüttükleri halde neden bakanlık içinde bir “birim” olarak kurulmadıkları bilinmemektedir. Örneğin, daha evvelce Başbakanlığa “bağlı” bulunan Dış Ticaret Müsteşarlığının 637 sayılı yeni bir KHK ile kurulan Ekonomi Bakanlığının ana hizmet birimlerini oluşturması, bağlı kuruluşların başka bakanlıklarda yeniden yapılandırılabilmesine veya ana hizmet birimlerine dönüştürülebileceğine örnek teşkil etmektedir. Öte yanda ise; bu bakanlığa bağlanan Serbest bölge müdürlükleri ile ihracata yönelik Devlet destekleri kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonunun²⁰ kalkınmayla daha çok ilişkili olduğu düşünülerek kalkınma bakanlığının ilgili ya da bağlı kuruluşu haline getirilmeyecekleri garanti edilemez.

4-) Bakanlığın görevleri içindeki ana hizmetleri yürüten ve bakanlık iç birimi olarak kurulmayan “bağlı” kuruluşların bu bağlılıklarının hiç olmazsa “hiyerarşik bir bağlılık” olması gerektiği tezini çürütebilmek için; bunların bir kısmının yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kurulmalarının haklı sebepleri daha somut olarak ortaya konmalıdır.

5-) “Bağlı” kuruluşların belirlenmesinde esas alınan ölçütlere bakılınca, hâlihazırda bir kısım “ilgili” kuruluşların, “bağlı” kuruluş kategorisine alınması ya da bakanlık ana hizmet birimi olarak teşkilatlandırılması gerekecektir. Örneğin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ana hizmetlerinden olan “işsizlikle mücadele” bakanlık içinde bir ana hizmet birimiyle yürütülebilecekken bu hizmetleri yürütmek görevlerini üstlenen Türkiye İş Kurumunun, Bakanlığın “ilgili” kuruluşu olarak teşkilatlandırılmasının izahı güç olsa gerektir.

“İlişkili” Kuruluşların Tanım ve Özelliklerine İlişkin Belirsizlikler

Benzer belirsizlikler, 3046 sayılı Kanunun, 643 sayılı KHK ile eklenen 19/a maddesiyle düzenlenen “ilişkili” kuruluşların tanımlarında ve diğer kurumlardan ayırt edilmelerinde de görülmektedir. Danıştay kararlarında da, “bağlı” ve “ilişkili” kavramları çoğu kez bir birlerinin yerine kullanılmıştır²¹.

²⁰ Güler, Birgül Ayman, “Yetki Kanunu-6223: Genel Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek*, Derleyen: A. Argun Akdoğan, YAYED Yayınları, Ankara, 2012, s. 25.

²¹ Sönmez, Ümit, *Piyasanın İdaresi Neoliberalizm ve Bağımsız Düzenleyici Kurumların Anatomisi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 206

3046 sayılı kanuna eklenen 19/a maddesine göre, “Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir.”

Bir kere, bu hükümden, 5018 sayılı kanunun öngördüğü III sayılı cetvelde yer alan “düzenleyici idarî kurum”lardan başka kurumların da “ilişkili” kuruluş kapsamında kabul edildiği ortaya çıkmaktadır. Bu arada, düzenleyici idari kurumların kapsamı da belirsizdir²². Örneğin Başbakanlığın 633 sayılı Kanuna göre “bağlı” kuruluşu olan Diyanet İşleri Başkanlığının bile “düzenleyici idari kurum” olabileceği görüşü²³ halen geçerliliğini korumuş olmaktadır. Bu örnek; “bağlı” kuruluşların bazen “düzenleyici idari kurum” addedilebildiğini; bu bağlamda “bağlı” kuruluş ile “ilişkili” kuruluş arasında farkın yeterince somut olmadığını göstermiş de olmaktadır.

Literatürde “ilişkili” kuruluş deyince, akla, daha çok “düzenleyici idari kurumlar” gelmektedir²⁴. Bu kurumlara “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları”, “bağımsız idarî kurumlar” veya “bağımsız düzenleyici kurumlar” da denmektedir. Bu kurumlar, tabii oldukları vesayet denetimi asgariye indirildiğinden dolayı “bağımsız idarî otoriteler” olarak da adlandırılabilirler²⁵.

Düzenleyici idari kurumların nitelikleri ve Anayasal konumları üzerinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Bu kurumlar, genel olarak, piyasada bir kısım faaliyetlerin serbest ve güven içinde yürütülebilmesi için düzenleme ve denetleme yapma yeteneği ile donatılmış olan ve görevlerini adeta bağımsız yürütebilen²⁶ düzenleyici ve denetleyici görev ve yetkiler üstlenmiş ve daha çok kurul halinde çalışan kurumlardır.

²² Benzer değerlendirme: Duran, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler” *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 30, Sa. 1 Mart 1997, s. 6.

²³ Duran, s. 6

²⁴ Eryılmaz, s. 107.

²⁵ Derdiman, (2015), s. 355; Tan, Turgut, “Bağımsız İdarî Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, c. 35, sa.: 2, Haziran 2002, s. 16..

²⁶ Bakınız: Adamovich, Ludwig-Funk, Bernt Cristian-Holzinger Gerhard-Frank, Stefan L., *Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren Des Verwaltungsrechts*, Springer-Verlag/Wien, 2009, s. 57, 58.

Bir görüş²⁷, düzenleyici idari kurumların “bağımsızlık” özelliklerini, denetlenmelerinin asgarîye indirilmesine ve Bakanlığın hukuka aykırı işlemleri aleyhine mahkemeye gidebilme yetkisi kullanabilmesine dayandırmaktadır.

Bir başka yazar²⁸, bunların “ilgili” ya da “ilişkili” olduğu bakanlıkların kanunlarında gösterildiğini belirterek; bizce, “ilişkili” ya da “ilgili” kuruluş olarak adlandırma karmaşasına da değinmektedir. Çünkü bunlardan hangilerinin ilgili hangilerinin ilişkili kuruluş olduklarına ilişkin somut bir ölçülerden ziyade kanunun sadece ilgili ya da ilişkili kuruluş olduklarını belirtmiş olması yeterli addedilmiş olmaktadır.

Bunların yerinden yönetim içinde yer almayıp kendine özgü nitelikleri olduğuna vurgu yapan düşünce²⁹ ile bağlantılı sayılabilecek bir başka düşünce, tabii oldukları vesayet denetiminin de en aza indiğini belirtmektedir³⁰.

Doktrinde daha ileri gidilerek, bunlar üzerinde ne hiyerarşik ne de vesayet denetiminin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür³¹.

Farklı bir görüş, bu kuruluşların anayasal dayanağının olabilmesi için Anayasada merkezden ve yerinden yönetim dışında, bunların özelliklerine uygun 3. bir teşkilatlanma ilkesinin benimsenmiş olmasını gerekli görmektedir³².

Diğer bir görüş ise³³ bunları “idarenin bütünlüğü” ilkesine uygun hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu addetmekte ve bu nitelendirmede vesayet denetiminin azlığı ya da çokluğu gibi faktörlerin etkili olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe yakın olan bir başka görüş, bu kuruluşları geniş anlamda hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları addetmektedir³⁴.

²⁷ Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 37, 38, aktaran: Sönmez, s. 206.

²⁸ Tan, (2002), s. 17.

²⁹ Akyılmaz, Bahtiyar-Sezginer, Murat-Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkim Yayınları, Ankara, 2009, s. 358.

³⁰ Sobacı, Mehmet Zahit (2006), “Türk İdari Teşkilatındaki Adalar ‘Bağımsız İdari Otoriteler’”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 55, Sa.: 2, 2006’ dan ayrı basım, s. 171, 172.

³¹ Örneğin: Duran, s. 4.

³² Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 575.

³³ Eryılmaz, s. 209; Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Ekin Kitabevi yayınları, Bursa., 2012, s. 244, 247, 248; Arslan, Nagehan Talat-Arslan, Erkan, *Yeni Kamu Yönetimi ve Üst Kurullar*, Alfa-Aktüel Yayınları, Bursa., 2010, s. 198; Sezen, Seriyeye, *Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapıdan Kopuş*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, no:316, Ankara, 2003, s. 140.

³⁴ Fındıklı, s. 94.

Karşıt bir görüş ise, düzenleyici idari kurumların mal ve hizmet üreten kurumlar olmamaları dolayısıyla hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olamayacakları üzerinde durmaktadır³⁵.

Bu bilgiler, “ilişkili kuruluş” olarak, düzenleyici idari kurumların tanımı ya da konumları bakımından ortada, (yeni düzenlemelere konu edilmeyen) bir belirsizlik olduğuna işaret etmiş olmaktadır³⁶. Yine de; bu kuruluşların Anayasaya aykırı oldukları gibi radikal bir iddia yerine; Anayasaya göre, idarenin bütünlüğünü olumsuz etkilemeyecek derecede denetlenmeleri kaydıyla “hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu” addedilmeleri, daha isabetli görünmektedir.

“Bağlı”, “İlgili” ve “İlişkili” Kuruluşların Yerlerinin Değiştirilmesindeki Usûl Karmaşası

3046 sayılı Kanun, “bağlı”, “ilgili” ve “ilişkili” kuruluşların buldukları yerden farklı bir yere, Başbakanlık ya da bakanlıklara bağlanmaları için Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayını yeterli görmektedir³⁷. 1986 yılından bu yana da hep bu usûle göre hareket edilmiştir³⁸.

Özel kanunla bir bakanlık bünyesine alınmış olan kuruluşun “bağlı” “ilgili” veya “ilişkili” bulunduğu bakanlığının değiştirilmesi için, bir kanun çıkarılması yoluna gidilmeden; (643 sayılı KHK ile yeni değiştirilmiş olsa bile) 3046 sayılı kanunun yukarıda anılan hükmündeki usûle uyulması, bizce hukuka aykırıdır³⁹. 3046 sayılı kanunun bakanlıkların teşkilatlanmasına ilişkin kanunun 11. ve 643 sayılı KHK ile eklenen 19/a. maddesinin özel ve ayrıca, 19/a. maddenin de yeni tarihli bir hüküm olduğundan bahisle, bu görüşümüze karşı çıkılması pek yerinde olmasa gerektir.

Çünkü:

1-) Bir kuruluşu düzenleyen ve hizmetlerini bakanlığın hizmetleri içinde görüp de bakanlığa “bağlayan”, “ilgilendiren” ya da “ilişkilendiren” yasal hüküm daha özel bir hükümdür. Dolayısıyla anılan kuruluşlar sonradan başka bir bakanlığa da kanunla bağlanmalıdırlar. İlişkili kuruluşlardan düzenleyici

³⁵ Günday, s. 574, 575; Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 392.

³⁶ Gözübüyük, A. Şeref-Tan, Turgut, *İdare Hukuku, I: Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 315.

³⁷ Derdiman, (2015), s. 233.

³⁸ Güler, (2010), s. 187.

³⁹ Derdiman, (2015), s. 233.

idari kurumların üstlendikleri faaliyetlerin kamu hizmeti olmadığı⁴⁰, söylenemez. Zira bunlar da sonuçta kamu yararına olan ve kanunla konulan hizmetleri yürütmektedirler. Kamu hizmetlerinin sadece maddi faaliyetler olmadığı; düzenleyici ve denetleyici faaliyetleri de kapsadığı düşünülmelidir. Sonuçta “ilişkili” kuruluşların hizmetleri de geniş anlamda “bakanlığın hizmeti” addedilmiş olmaktadır.

2-) Bir bakanlığın üstlendiği kamu hizmetlerinin tamamlayıcısı olarak görülmesi gereken “bağlı”, “ilgili” veya “ilişkili” kuruluşların bir başka bakanlığa bağlanması, bunların üstlendiği kamu hizmetlerini bir bakanlık bünyesinden almak ve bir başka bakanlığa vermek demektir. Kamu hizmeti kanunsuz konulamaz ve teşkilatsız yürütülemez⁴¹. Kamu hizmeti idarenin üstlendiği görevdir. Dolayısıyla, bu kuruluşların Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayıyla bir başka bakanlık bünyesine alınmaları; Anayasanın, “bakanlıkların kanunla kurulması” ve “idarenin görevlerinin kanunla düzenlenmesine” ilişkin olan 113. ve 123. maddelerine aykırıdır. Anayasanın 123. maddesindeki “idarenin görevlerinin kanunla düzenlenmesi” idarenin görevlerinin ve kamu hizmetlerinin “kanunla konulması” şeklinde anlaşılmasını gerektirmektedir.

3-) Kamu hizmeti yürütmek bakımından, “ilgili”, “ilişkili” ve “bağlı” kuruluşlar arasında bir fark yoktur. Nitekim AyM, 2008/118 sayılı kararında, bir kamu kurumu olarak, düzenleyici idari kurumların (esasen karara konu Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun) “genel idare esaslarına göre faaliyet gösterdiğini, bu nedenle icra ettiği hizmetlerin sürekli ve asli nitelikte olduğunu” belirtmiştir. Bu karar, bizce tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri hizmetlerin de aslî ve sürekli nitelikte “kamu hizmeti” olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla bir üstteki açıklamalarda değinildiği gibi, söz konusu kuruluşların yerlerinin değiştirilmesi kamu hizmetlerinin yer değiştirmesi olarak düşünülmeli ve kanunu gerektirmelidir.

Tüm bu değerlendirmelere rağmen, “bağlı”, “ilgili” ya da “ilişkili” bir kuruluşun bulunduğu bakanlık bünyesinden alınarak başka bakanlığa “bağlanması” ya da “ilgilendirilmesi” veya “ilişkilendirilmesi” usulünde ortaya konulan ve her birisi kendi içinde haklı görülebilecek farklı fikirlerin sebep olduğu tereddütlerin kanunla giderilmesi beklenmektedir.

⁴⁰ Günday, s. 574, 575.

⁴¹ Derdiman, (2015), s. 61.

“İlişkili Kuruluş” Olarak Düzenleyici İdari Kurumların Denetlenmelerinde Sorunlar ve Çözüm Önerisi

Düzenleyici İdari Kurumların Denetimlerine İlişkin Sorunlar

3046 sayılı Kanununun 643 sayılı KHK ile eklenen 19/a maddesine konulan “Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.” ifadesi, kamuoyunda düzenleyici idari kurumların “geniş” özerkliklerinin kalktığı şeklinde değerlendirilmiştir. Bu yetkinin hiyerarşik denetim seviyesine varması doktrinde de⁴² yanlış bulunmuştur.

Bu yasal ifadenin;

1-) Açıkça genel bir denetim yetkisi verdiği ve hatta bu yetkinin hiyerarşik denetimi çağrıştıran genel yetki olduğu,

2-) Bir yerinden yönetim kuruluşunun kanunla öngörülen konularda vesayet denetimine tabi tutulması gerektiğinden; Anayasanın öngördüğü “yerinden yönetim” ve “idarenin bütünlüğü” ilkelerine aykırı olduğu⁴³,

Söylenmelidir.

Düzenleyici idari kurumların kanunla, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği ölçüde, vesayet denetimine tabi tutulmaları gereklidir⁴⁴. Vesayet denetiminin türlerini ve derecelerini kamu kurumlarını kuran tüzel kişinin belirleyebilmesi⁴⁵ düşüncesi; bizce, vesayet denetiminin idarenin bütünlüğünü işlevselleştirici derecede olması ve bu denetim yetkisinin nihaî planda kanunda dayanması durumunda isabetlidir. AyM’nin 2008/118 sayılı kararı, (karara konu Radyo ve Televizyon üst Kurulunun, dolayısıyla tüm) bağımsız kamu kurumlarının “idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğini haiz” kuruluşlar olduklarına vurgu yapmıştır. Bu kuruluşların vesayet denetimine tabi olmamaları ya da tabi tutuldukları vesayet denetiminin idarenin bütünlüğü ilkesinin gereklerini karşılamamış olması, bu kuruluşları Anayasada yer almayan “siyasi yönden yerinden yönetime” dönüştürmüş olur.

Düzenleyici idari kurumların “ilişkilendirildikleri” bakanlık tarafından denetlenmeleri, bakanın denetim sonucuna bağlı bir kısım tasarruflarda

⁴² Örneğin: Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku*, s. 249.

⁴³ Sönmez, s. 217.

⁴⁴ Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları no:2166, İstanbul, 2009, s. 268.

⁴⁵ Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku*, s. 249.

bulanabileceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle 3046 sayılı kanunun anılan 19/a. maddesindeki hükmün vesayet denetimi sınırlarında görülmesi gerekir⁴⁶. Denetimler sonucunda ne gibi tasarruflarda bulunulabileceği açıkça yazılı olmadığı sürece, denetim etkisiz ve bir “öğrenmekten” ibaret kalmış olacaktır.

Düzenleyici idari kurumların Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulları tarafından denetlenmelerinde de aynı husus söz konusu olacaktır. Zaten Devlet Denetleme Kurulunun kararlarının bağlayıcı olmadığı da malûmdur. Bağımsız idari kurum ve kurulların başkan ve üyeleri Kamu Görevlileri Etik Kurulunun denetimine de tabidirler⁴⁷. 5176 sayılı kamu görevlileri etik kurulu kurulmasına ilişkin olan kanunun 5. maddesi, denetime tabi tutulan görevli hakkında ilgililere ve Başbakanlığa sadece bilgi vermeyi öngörmektedir. Bu gibi yol ve yöntemlerin düzenleyici kamu kurumlarının en aza indirilmiş denetime tâbi tutulma özelliklerini sakatlamayacağı düşünülmektedir. Düzenleyici idari kurumların başkan ve üyelerinin görevleriyle bağdaşmayan fiil ve davranışlarına karşı uygulanacak yaptırımlar kanunla düzenlenmişlerdir.

Bu kurumların üyelerinin atanma ve görevden alınmasına, kendi finansal kaynaklarına ilişkin olarak müdahalenin olmadığı ya da minimuma indiği geniş özerklikleri ve kanunlarla kendilerine verilmiş güç ve yetkiler hep bağımsızlıklarını destekleyen faktörlerdir⁴⁸. Bu değerlendirmelerimiz Kanunlara da yansımıştır: Örneğin 6362 sayılı (yeni) Sermaye Piyasası Kanununun 117. maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK), bu Kanunla ve mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı yazılmıştır. Maddenin devam eden kısmında, SPK'nın, kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, SPK'nın kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği belirtilmiştir.

6362 sayılı Kanunun 130. maddesi, SPK'nın yıllık çalışmalarını bir rapor şeklinde internetten yayımlayacağını ve ilişkilendirildiği bakana da bildireceğini, bakanın gerekli görmesi halinde Bakanlar Kuruluna da bilgi vereceğini belirlemiştir.

Düzenleyici idari kurumların mali yönden denetlenmelerinde de

⁴⁶ Derdیمان, (2015) s. 357.

⁴⁷ Fındıklı, s. 96.

⁴⁸ Sönmez, s. 214.

karmaşa yaşanmıştır. Bu kurumlar önceleri Sayıştay denetimi kapsamına alınmamışlar, örneğin, 4743 sayılı Kanunla Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, (günümüzde kalkmış olan) Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetlenmeleri öngörülmüştü. AyM, 2002/58 sayılı kararında tüm kamu kurum ve kuruluşlarının denetiminin TBMM adına Sayıştay tarafından yapılmasına ilişkin Anayasa hükmü gereği, bağımsız kamu kurumlarının mali denetimlerinin Sayıştay dışında başka birimlere bırakılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur.

Nihayetinde bu kuruluşlar, 5018 sayılı Kanunun 3. ve 68. maddeleriyle Sayıştay'ın “dış denetim” yetkisi kapsamına alınmışlardır⁴⁹. 5018 sayılı kanuna göre “dış denetim” Sayıştay tarafından genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde harcamalardan sonra yapılmakta; yönetimin malî faaliyet, karar ve işlemlerinin kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluklarının incelenmesini ve sonuçlarının TBMM'ye raporlanmasını kapsamaktadır. 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 36. maddesinde Sayıştay'ın, düzenlilik ve performans denetimlerini yapabileceği yazılmıştır. Anayasamızda da merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idarelerinin gelirleri, giderleri ve malları üzerinde TBMM adına mali yönden denetim yapma yetkisi Sayıştay'a verilmiştir. Bu hukukî dayanaklar, düzenleyici idari kurumların mali denetimlerinin Sayıştay tarafından yapılması gerektiğini⁵⁰ göstermektedir. Kaldı ki örneğin 6112 sayılı Kanun Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Sayıştay denetimine tabi olduğunu belirtmiştir.

Düzenleyici kamu kurumlarının “idari bünye içinde denetlenmelerine” ilişkin usûl ve esasların, Anayasanın Bakanlar Kurulunun ve bakanların TBMM'ye karşı siyasal sorumluluğunu işleten hükümlerine uygun olduğu söylenemez. Zira, merkezden yönetimin bu kuruluşlar üzerindeki vesayet denetiminin “yok” denecek kadar az olması, hükümetin, “genel siyasetinden” dolayı TBMM'ye karşı sorumluluğu prensibinin sağlıklı işlemlerini engeller. Bir konudan sorumlu olan kimse ya da kuruluş, sorumluluğunun gereklerini yerine getirmek araç ve fırsatları verildikten sonra, denetime tabi tutulmalıdır.

Bağımsız İdari Kurumların Denetlenmelerine İlişkin bir Öneri

Yukarıda belirtilen sebeplerle;

1-) Bu kurumların performanslarının, gelir, gider ve mallarının mali yönden Sayıştay tarafından denetimine devam olunmalıdır. Sayıştay denetim

⁴⁹ Arslan-Arslan, s. 217, 218; Eryılmaz, s. 210.

⁵⁰ Gözler-Kaplan, İdare Hukuku, s. 250.

raporlarını TBMM'ye rapor etmeli ve ilişkili bakanlığa da göndermelidir.

2-) Hükûmetin siyasal sorumluluğu gereği düzenleyici idari kurumların tüm işlevsel ve kurumsal faaliyetlerinin yürütme tarafından denetlenmesi gerekir⁵¹. Bu kurumların kurumsal ve işlevsel özerkliği, “hesap vermemek” ya da denetlenemezlik anlamına gelemez. Bu kurumlar, yasal düzenlemelerle de olsa, (idarenin bütünlüğünü tesis bakımından) denetlenmelidirler⁵². Denetim, bir de Bakanlar Kurulunun hükûmetin genel siyasetinden dolayı TBMM'ye karşı (siyasal) sorumluluğun gereğini yerine getirmek maksatlarıyla yapılmalı; ama denetim bu kurumların işlevsel ve kurumsal özerkliklerini ihlâl etmeyecek ölçüde olmalıdır.

Denetim sonunda hukuka aykırılıklar yargı yerlerine duyurulabilmeli, hükûmetin genel siyaseti ve sorumluluğu bakımından gerekli görülen hususların da düzeltilmesi istenebilmelidir.

Bu denetime ve/veya denetim neticesinde istenen düzeltme taleplerine karşı, düzenleyici idari kurumun direnmesi halinde, kanunla öngörülen denetim merciinin en üst yöneticisi olan bakan (ya da Başbakan), Danıştay'a başvurarak, örneğin 7 günlük süre içinde “direnmenin iptalini” isteyebilmelidir. Danıştay, önüne gelen sorunu en kısa zamanda, örneğin 7 günlük süre içinde kesin karara bağlayabilmelidir. Bu yöntem, siyasal sorumluluğa işlerlik kazandırmış ve düzenleyici idari kurumun görevlerini bir baskı endişesi duymadan yapmasını sağlayıcı, dengeli bir denetim yöntemi olacaktır⁵³.

3-) Düzenleyici idari kurumların kendi aralarında ortaya çıkacak görev ve yetki çatışması, bir başka düzenleyici idari kurumca veya yargı organınca⁵⁴ değil; ilişkilendirildikleri bakanlıkça çözümlenmelidir. Aynı ayrı bakanlıklarla ilişkili düzenleyici idari kurumlar arasındaki çatışma bu bakanlıklarca çözülemezse, konu Başbakan tarafından çözümlenmelidir. Bakanlar ya da başbakanın çözüm kararlarına karşı, menfaati ihlal edildiğini düşünen ve çözüme konu sorunda “taraf olan kurum” yine yukarıda anlatılan usülle Danıştay'a başvurmalı ve Danıştay'ın kararını almalıdır.

Gerek 2. ve gerekse 3. şıklarda dile getirilen usüllerle başvuruya konu bir işlem,

⁵¹ Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Güncellenmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, s. 173.

⁵² Fındıklı, s. 96.

⁵³ Dardiman, R. Cengiz, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2011, s. 363.

⁵⁴ Arslan-Arslan, s. 147.

1-) Danıştay'a başvuru tarihinin başvuru yapılmaksızın geçirilmiş olmasından dolayı ya da

2-) Danıştay'ın verdiği kararın usûlüne uygun olarak Kesinleşince yürütülmelidir.

Bu arada, gerek bakanlığın gerekse sorunun taraflarından olan kurumun başvurusu üzerine Danıştay tarafından verilen karara karşı, kanun yollarını kullanmakta hukukî yararı olabilecek taraflar, kararın konusuna göre, Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarına diyelim ki 7 günlük süre içinde başvurabilmelidir. Bu kurullar başvuru dosyası kendilerine intikal ettikten sonra diyelim ki 15 gün içinde konuya ilişkin kesin karar verebilmelidirler.

Değişikliklerle Öngörülen “Başbakan Yardımcılığının” ve “Bakan Yardımcılığının” Konuuları

Başbakan Yardımcılığı Açısından Durum

3046 sayılı kanunun 4. maddesine 643 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle eklenen hükme göre: “Başbakana yardım etmek ve Başbakan tarafından verilecek görevleri yerine getirmek, Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak, özel önem ve öncelik taşıyan konularda tecrübe ve bilgilerinden istifade edilmek amacıyla Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakan Yardımcısı unvanıyla görev yapmak ve sayısı beşi geçmemek üzere bakan görevlendirilebilir.”

Değişiklikten önce, hükûmette, hizmetlerinden faydalanılmak üzere, en fazla 20 “devlet bakanı” görevlendirilebilmekteydi. Bu, kamu yararından çok, hükûmetlerin güven oylamasında başvurulan “ikna anahtarı” gibi kullanılmıştır. Dolayısıyla kaldırılması da yerinde olmuştur. Devlet bakanlıkların 643 sayılı KHK'yle kaldırılmasından doğacak boşluğun, hükûmette Başbakan Yardımcısı olarak görevlendirilen bakanlarla giderilmesi amaçlanmıştır.

Ancak; değişikliklerden sonra, görevlendirilmesinden söz edilen ve sayısı 5'i geçmeyecek “başbakan yardımcısı” ile, “hükûmetin oluşumu ve genel siyasetinin yürütülmesinin gerektirdiği sayıda (Baş)bakan yardımcısı” arasında nasıl bir fark olduğu, belirsiz kalmıştır. Örneğin, konumuza esas teşkil eden Başbakan yardımcılarının, diğer Başbakan yardımcılarını gibi, Milli Güvenlik Kuruluna katılıp katılmayacakları muallâkta kalacaktır.

Şu halde yeni değişikliklerle öngörülen Başbakan yardımcılarının diğer

Başbakan yardımcılardan farkları daha açık olarak belirlenmelidir. Fakat bu duruma uygulamada dikkat edilmediği değerlendirilmektedir. Zira, yeni kurulan “geçici Bakanlar Kurulu”nda “Başbakan Yardımcısı unvanıyla görev yapmak üzere dört Bakan görevlendirilmesi onaylanmıştır.”⁵⁵

Bu tür başbakan yardımcısı ünvanlı bakanlıklara atanan bakanların diğer bakanlara üstünlükleri, bunların kabine içinde üstün bir konum oluşturmalarına sebebiyet de verebilecektir. Bu noktadan hareket eden bir görüş⁵⁶ bu ayrılığı belirtmek için, bu başbakan yardımcısı ünvanlı bakanların oluşturacakları topluluğa “başbakanlık kabinesi” demektedir ve bu ayrışmayı politbüroya benzetmektedir.

“Bakan Yardımcılığı” Açısından Durum

3046 sayılı kanunun, 643 sayılı KHK ile eklenen 21/a maddesiyle bakanlıkta müsteşardan üstte, bir “bakan yardımcılığı” öngörülmüştür:

“Bakana (Millî Savunma Bakanı dâhil) bağlı olarak Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcısı atanabilir. Bakan Yardımcıları bu görevlerin yerine getirilmesinden Bakana karşı sorumludur./ Bakan Yardımcıları Hükümetin görev süresiyle sınırlı olarak görev yapar; Hükümetin görevi sona erdiğinde, Bakan Yardımcılarının görevi de sona erer. Bakan Yardımcıları gerektiğinde Hükümetin görev süresi dolmadan da görevden alınabilir. /Bakan Yardımcılarına en yüksek Devlet memuruna mali haklar kapsamında yapılan ödemelerin yüzde yüzellisi oranında aynı usul ve esaslar çerçevesinde aylık ücret ödenir.”

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 59. maddesine 643 sayılı KHK ile eklenen hüküm, Bakan yardımcılığının istisnaî memuriyete ilişkin atama usûlüne ayrıcalıklarına sahip olduğunu belirtmiştir.

Bakan yardımcılıkları için doktrinde bir kısım görüşler ileri sürülmüştür:

Bunlardan birisi, bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşik kademeleri arasında yer verilmediği ve Bakanın yetkilerinden bir kısmını bakan yardımcısına devretmesi(nin) mümkün olmadığı gerekçeleriyle, bakan

⁵⁵ Bkz: 28 Ağustos 2015 Tarihli ve 29459 Sayılı 4. Mükerrer Resmî Gazete, nakleden: Uslu, (2015).

⁵⁶ Güler, Birgül Ayman, “Yetki Kanunu-6223: Genel Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kanun Hükümünde Kararnamelerle Yönetmek*, Derleyen: A. Argun Akdoğan, YAYED Yayınları, Ankara, 2012, s. 15.

yardımcılarının bir tür “bakan danışmanı” olabileceği görüşüdür⁵⁷.

Diğeri, bakan yardımcılarının, istisnaî memuriyetlere ilişkin atama usûlüne ve ayrıcalıklarına sahip olmaları; müşterek kararnameyle atanmaları ve Bakana karşı sorumlu olmaları gibi gerekçelerle idare hukuku anlamında “kamu görevlisi” olduklarını belirtmektedir. Bu görüşe göre, bakan yardımcılarını bakanlık hiyerarşisine dâhildir⁵⁸.

Farklı bir görüş de; bakanın idarî görevlerini müsteşar eliyle yürüttüğünü, bu sebeple bakanlığın idarî faaliyetlerinde bir bakan yardımcısına gerek olmadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle bakan yardımcılarının görevlerinin idarî değil daha çok siyasî nitelikte olduğunu söylemektedir⁵⁹.

Bakan yardımcılığı görevinin en geç bakanla birlikte sona ermesi⁶⁰, bakan yardımcısının bakanın TBMM ve yönetilenlerle ilişkilerinde yükünü hafifletici fonksiyonlar üstlenmesi; idare hukuku anlamında (mesleğini devamlı icra etme güvencesine sahip) kamu görevlisi olamayacağını, daha çok, “siyasî müsteşara benzer” görev yapan⁶¹, belki “bir tür danışman” ama her halde “kendine özgü bir görevli” olabileceğini göstermektedir.

Daha farklı bir noktadan, parlamenter sistemlerde bakanlar kurulunun birlikte veya bakanların şahsî siyasal sorumluluklarının bakan yardımcılığıyla uyumlu olmadığı dile getirilmiştir. Bu açıdan bakılırsa, başkanlık sistemlerinde olan bakan yardımcısı bakana karşı sorumlu olup, bakan da başkana karşı sorumlu durumdadır. Ama parlamenter sistemde bakanlığın yasama ile diyaloglarını takip etmek gibi bir görevi üstlenen bakan yardımcılığının, yasamaya karşı siyasal sorumluluğun bakanının şahsında olması ve devredilemeyeceği ilkesine aykırı olacağı düşünülmelidir⁶².

Uygulamada;

1-) Bakan yardımcılığına milletvekili olmayan siyasetçilerin ya da siyaseten hükûmete yakın kimselerin atanması eğilimi,

2-) Bakan yardımcılarının; TBMM’den işleri veya vatandaşlardan gelen dilek ve şikâyetleri bakan adına dinlemek ve çözmekle meşgul olmaları,

⁵⁷ Günday, s. 397.

⁵⁸ Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil Midir?” *TBB (Türkiye Barolar Birliği) Dergisi* yıl: 2012 sayı: 98, s. 16-20.

⁵⁹ Atay, s. 243.

⁶⁰ Günday, s. 397.

⁶¹ Güler, (2012), s. 16.

⁶² Güler, (2012) s. 16.

Bakan yardımcılığının “siyasal içeriğe daha fazla sahip olduğu”na işaret etmektedir.

Bakan yardımcısının bakana karşı sorumlu olması, her zaman bakan yardımcısının hiyerarşik mevkide bir idari görevli olduğu anlamına da gelmemektedir.

3046 sayılı Kanunun 22. maddesine göre, “müsteşar, Bakanlık hizmetlerini de sadece bakan adına ve bakanın direktif ve emirlerine göre düzenler. Müsteşar yalnız bakana karşı sorumludur.” Bu durumda bakan yardımcısıyla müsteşar arasında emir ve komuta ilişkisinden bahsetmek zordur. Şu halde bakan yardımcısının, hiyerarşik mevkide bir amir değil; sadece bakana karşı sorumluluk taşıyan ve bakanın üstlendiği görevlerde yardımcı olan bir tür “siyasi müsteşar”⁶³ ya da “siyasi müsteşar benzeri”, “kendine özgü” bir görevli olduğu söylenebilir.

Bakan yardımcılığının konumunun, görev tanımının ve hiyerarşik yapıdaki yerinin açıklanması yukarıda değinilen belirsizliklere ve tartışmalara son verecektir. Görev ve sorumlulukların belirlenmesi; bu makamların hükûmete yakın olup da siyasi çalışmalarında başarılı olamayanlarla doldurulması ihtimalinin önüne geçmiş olacaktır.

BAKANLIKLARIN KHK'LERLE DÜZENLENMESİNİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

Bakanlık teşkilatlarının KHK'lerle kurulması yöntemi bir kısım noktalarda Anayasaya aykırıdır.

1982 Anayasası, 91. maddesinde Bakanlar Kuruluna, TBMM tarafından, bir kanunla, “belli konularda” KHK çıkarılabilme yetkisi verilebileceğini belirtmiştir. 1982 Anayasasının 7. maddesine göre, yasama yetkisi devredilemez. Bu nedenle, KHK çıkarma yetkisi; “yasama yetkisini Bakanlar Kuruluna devretmek” anlamına gelebilecek kadar geniş kapsamlı ve/veya sürekli olamayacağı gibi⁶⁴ yasama yetkisinin asliliğini ve genelliğini işlevsizleştirecek nitelikte de olmamalıdır. Bir demokraside hâkimiyetin ve kamu makamlarının kullanacakları yetkilerin kaynağı hukuktur.⁶⁵ Bir ülkede ilk kez değerlendirilecek olan hususların katılımcı demokrasini gereği olarak Millet iradesinden geçmesi esastır ve elzemdir. Bu iradenin tecelli ettiği yer

⁶³ Güler, (2012) s. 16.

⁶⁴ Dardiman, R. Cengiz, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2013, s. 368.

⁶⁵ Barnett, s. 183, 184.

de yasamadır; TBMM'dir. Aşağıda da hassaten değinileceği üzere, AyM'nin kararlarına göre, KHK'ler için “önemlilik”, “ivedilik”, “kısa sürelilik”, “zorunluluk” ve “başvuruda sıklık olmaması” şartları gerekli görülmüştü.⁶⁶ Dolayısıyla KHK'ler önemli, acil ve zorunlu durumlarda kullanılabilen istisnai yetki olmalı; TBMM'de kısa zamanda görüşülmesi anlamında kısa süreli olmalı; “geçici” nitelik taşımalarıdır.

AyM kararlarına ve doktrindeki görüşlere biraz daha yakından bakılırsa:

1-) “Anayasa Mahkemesinin örneğin, 1991/7 sayılı kararı gibi çeşitli kararlarında, bu tür uygulamaların, KHK'leri ivedi ve/veya zorunlu durumlar gibi istisnai hallerde çıkarmaktan öte ve yasama yetkisinin devri sayılabilecek kadar uzun zaman yürürlükte kalmalarının kuvvetler ayrılığı ve KHK'nin tanımına uymadığının altı çizilmiştir”⁶⁷.

Sınırları somut olarak belirlenmemiş ya da kapsamı geniş tutulmuş konularda KHK çıkarma yetkisi verilmemelidir ve kullanılmamalıdır. KHK ivedi ve zorunlu durumlarda çıkarılmalı; sık sık bu yöneme başvurulmamalıdır. AyM'nin 2012/108 sayılı kararına esas olan başvuruda belirtildiği gibi, “çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için (KHK çıkarabilme) düzenleme(si) getirilmiştir.” Aynı kararda, 6223 sayılı yetki Kanununda belirtilmeyen (yargısal faaliyet niteliğindeki) konuları düzenleyen KHK hükümleri iptal edilmiştir.

AyM'nin 1989/7 ve 1989/23 sayılı kararları bunlara bir de “önemli durumlar”ı eklemiştir. Sadece acil ve süre darlığı olan durumlarda kullanılması gereken KHK çıkarma yetkisini idarî sistemi yapılandırmak için kullanmak (özünde) Anayasaya aykırıdır⁶⁸.

Sistemi yapılandırmak kısa süreye sıkıştırılacak ve acilen yapılacak bir iş değildir. AyM'nin 1995/26 sayılı kararında; “örgütlenmeye ilişkin işlemlerin ivedi ve zorunlu olmadığı, bu konuların özelliği nedeniyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmaları zorunlu kıldığı, bir plana dayalı olarak ve sık sık değiştirilmeyecek biçimde yasal kurallarla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir”.

⁶⁶ Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 114

⁶⁷ Derdiman, (2013), s. 368.

⁶⁸ Sönmez, s. 215.

AyM'nin 1989/23 sayılı kararına göre, "KHK çıkarma yetkisinin... yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz, daha uygundur." AyM'nin 1995/26 sayılı kararında süreleri uzatılarak yetki yasalarına süreklilik kazandırılması ve KHK uygulamasının ivedilik ve zorunluluk şartlarına uyulmadan yaygınlaştırılması da yasama yetkisinin devri olarak görülmüştür. AyM'nin 2000/27 sayılı kararında da ivedi nitelik taşımayan ve Bakanlar Kuruluna konu bakımından "tüm kamu kurum ve kuruluşlarını yeniden örgütleyebilecek, bunların görev ve yetkilerini yeniden düzenleyebilecek," genişlikte yetki verilmesi Anayasanın 7., 87. ve 91. maddelerine aykırı bulunmuştur.

Bakanlıkları kuran KHK'lerin hiçbiri henüz TBMM'de görüşülmemiştir. Bu KHK'lerin "geçici" veya "kısa süreli olma"⁶⁹ niteliklerine aykırıdır. KHK'lerin uzun süreli yürürlükte kalmaları AyM'nin 1991/7 sayılı kararında belirtildiği üzere yasama yetkisinin devri olup kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeler⁷⁰. AyM'nin örneğin 1989/7 ve 1989/23 sayılı kararları, çıkarılan KHK'lerin "geçici" bir süre için yürürlükte kalmalarının; en kısa zamanda TBMM'de görüşülerek kanunla sonuçlandırılmalarının yasama yetkisinin devredilmezliği ile daha da uyumlu olacağına değinmişlerdir.

AyM, yukarıda verilen istikrar kazanmış kararlarına karşılık, 2011/147 sayılı kararıyla; KHK çıkarılmasını gerektiren ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığını incelenmenin, Anayasa'da öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebileceğine hükmetmiştir. Bu yargısına gerekçe olarak "KHK'lerin çıkarılabilmesi için ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme(nin) yer alma(dığını)" göstermiştir. AyM'nin bu düşüncesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir konuyu, Anayasada açık hüküm bulunmadığından bahisle incelemekten kaçınması; böylece belki de yeni bir "hükûmet tasarrufu" kategorisi oluşturmaya sebep olması şeklinde yorumlanabilecektir.

AyM'nin KHK'lerin hukuki rejimi konusunda önceki içtihatlarından döndüğünü⁷¹ gösteren bu karar, eşit sayıda red ve kabul oyu ile verilmiş olmakla

⁶⁹ Fendoğlu, s. 114.

⁷⁰ Derdiman, (2013), s. 368.

⁷¹ Fendoğlu, s. 115.

da hayli ilginçtir⁷². AyM'nin bu ve benzeri kararlarında ivedilik, zorunluluk ve önemlilik gibi kavramların Anayasanın lâfzında bulunmayışından dolayı⁷³ iptal gerekçesi olamayacakları ifade edilse de; Yüksek Mahkemenin kararında bu deyimlerin “yasama yetkisinin devredilemeyeceği” prensibine aykırı sonucu doğurup doğurmadıklarının değerlendirilmemesi, gerekçeyi ikna edici olmaktan uzaklaştırmıştır. Örneğin, AyM'nin 2012/108 sayılı kararında, 650 sayılı KHK'nin, acil, zorunlu ve önemli durumlarda çıkarılıp çıkarılmadığını tartışmaması, KHK'lerin “yasama yetkisinin devri” izlenimi verecek şekilde yaygınlaştırılması tehlikesi taşımaktadır. 1982 Anayasanın 7. maddesinde yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin hükümden sonra konması öngörülen, “KHK çıkarma yetkisinin saklı tutulmuş olması”na ilişkin hükmün metinden çıkarılması, KHK çıkarma yetkisinin istisnaî bir yetki olduğunu göstermektedir.⁷⁴ Bu durum ise KHK'lerin; acil, geçici, zorunlu ve/veya önemli durumlara has olmaları ve derhal yasama süreciyle kanunlaşmaları gerektiği yorumunu yapmaya imkân vermektedir. AyM'nin bu hususları gerekçesinde nazara almayı da dikkat çekmektedir.

2-) Bilindiği üzere, demokrasilerde günlük hayatın hızla değişmesine ayak uydurmak için yasamanın; amacı ve kapsamı açıkça belirlenmiş konularda günün şartlarına göre hareket edebilme imkânının verildiği ve hukuken mutlaka yasamanın iradesini gerektirmeyen durumlarda, yürütmeye yetki vermesi mümkün olabilmektedir.⁷⁵ AyM'nin 2008/153 sayılı kararı, devletin yasal düzenlemelerinde yönetilenlerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerektiğini belirtmektedir. Hukuk kurallarında sık sık yapılan değişiklikler, bu değişiklikleri takip etmeyi güçleştirir; “hukukî güvenlik” ilkesini de zedeler. “Hukukî güvenlik” ilkesi, hukuk kurallarında sık sık değişiklikler yapılarak hukukî istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar konulmamasını, kazanılmış haklara saygı gösterilmesini ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını ifade eder⁷⁶.

3-) AyM'nin 1989/7, 1989/23 ve 1993/34 sayılı kararları gibi bir kısım kararlarında belirtildiği üzere, yetki kanununa dayanmadan çıkartılan,

⁷² Gözler-Kaplan, Bakan Yardımcıları..., s. 11.

⁷³ Aynı kanaat: Polat, Kerim, “Yetki Kanunlarının ‘Konu’ ve ‘İvedilik, Zorunluluk ve Önemlilik’ Unsurları Bakımından Yargısal Denetimi”, *Yasama Dergisi* Sa. 15, Mayıs – Haziran – Temmuz – Ağustos, 2010, s. 100.

⁷⁴ Derdiman, (1997), s.138.

⁷⁵ Benzer görüş: Zippelius-Würtenberger, s. 478.

⁷⁶ Altundış, Mehmet, “Hukukî Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, Sa. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61.

yetki kanununun kapsamı dışında kalan ve dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK'lerin Anayasal dayanağı kalmadığından iptalleri gerekecektir⁷⁷. AyM'nin 2012/108 sayılı kararına esas teşkil eden iptal başvurusunda, çıkarılan KHK'lerin bu nedenle iptal edilmesine ilişkin olarak, 2000 yılına ait 18 civarında AyM kararı not edilmiştir.

4-) AyM'nin 1989/23 sayılı kararına göre, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da Anayasanın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenebilir. Ancak, birçok bakanlığın kanunla değil de bir dizi KHK'yle düzenlenmesi Anayasaya aykırıdır. Bakanlıklar Anayasaya göre kanunla kurulurlar. AyM'nin yukarıda bahsedilen kararı da nazara alınarak bakanlıkların KHK ile düzenlenmesinin hukuka uygun olduğu söylenemez.

Bir kere, AyM'nin 1990/2 sayılı kararına göre, “yeni bakanlık” kurulması işlemi “ivedi ve zorunlu durum” olarak kabul edilemez.”⁷⁸ AyM, 1995/36 sayılı kararıyla, il ve ilçelerin KHK ile kurulmasını da ivedilik ve zorunluluk ilkelerine aykırı bulmuş, dolayısıyla yetki kanunu iptal etmiştir.⁷⁹ Ayrıca, “bakanlıkların düzenlenmesi”, bakanlık içindeki kamu görevlilerinin kadrolarının tanımlanması, hizmete alınma usûl ve şartlarının belirlenmesi, gibi hususları da kapsar. AyM'nin 2012/108 sayılı kararındaki muhalefet şerhlerinden birisinde belirtildiği üzere; bu hususlar, Anayasanın “kamu hizmetlerine girme hakkı” başlığında “siyasi haklar ve ödevler” kısmındaki 70. maddesinde düzenlenmiştir. Siyasi haklar ve ödevler konusunda KHK ile düzenleme yapılması Anayasanın 91. maddesine aykırıdır.

5-) Bakan, egemenliği kullanan organlardan birisi olan yürütme organı içindeki Bakanlar Kurulunun üyesi ve TBMM'ye karşı siyasal sorumluluğu bulunan kişidir. Bu, bakanın siyasal kimliği olduğunu göstermektedir. TBMM'ye karşı siyasal sorumluluğu olan birisinin yönetimine verilecek bakanlığın kanunla kurulmamış olması “hukukî etik” ile bağdaşmaz. Bu açıdan bakıldığında KHK ile yapılan düzenleme hiç olmazsa geçici nitelikte olmalıdır.

Federal Almanya'da Weimar Anayasası hükûmete KHK çıkarma

⁷⁷ Derdiman, R. Cengiz, “Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Oral Sander'e Armağan, cilt: 51, sayı: 1, 1997, s. 162.

⁷⁸ Nakleden: Polat, s. 106.

⁷⁹ Bakınız: Polat, s. 109.

konusunda geniş yetkiler vermişti. Ülke sık sık çıkarılan KHK'lerle yönetilmeye başlanmıştı. Almanya bu gidişat sonrası antidemokratik bir rejimle karşılaşınca, 1949 yılında yürürlüğe giren Bonn Anayasası, bu yöntemi kaldırmıştır⁸⁰. 1949 Bonn Anayasası, Hükûmete veya bir bakana, amacı, konusu ve içeriği kanunla açıkça belirlenmiş konularda, kanuna da aykırı olmamak kaydıyla kararname çıkarma yetkisi verebileceğini hüküm altına almıştır⁸¹. Dikkat edilirse burada verilen yetki; kanunla verilen, konusu, amacı ve çerçevesi belli bir yetkidir. Türk hukukundakine benzer KHK çıkarma yetkisine ise günümüzdeki Federal Alman hukukunda yer verilmemiştir. Alman hukukunda yönetimin yasallığı, yönetimin teşkilatlanma ve faaliyetlerinde “kanuna öncelik tanınması veya kanuna uygun davranması” şeklinde anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi yönetimin kanunla yetkilendirildiği çerçevede kalarak işlem yapabilmesi, ikincisi de kanunda istenilenle bağlı işlem yapabilmesi anlamına gelmektedir⁸². Alman hukukunda federal idari teşkilat bu ölçülere uygun olarak kanunla kurulabilmektedir.

Şu halde, Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilen, bakanlıkların kuruluşuna ilişkin bu KHK'lerin ya kaldırılmaları ya da derhal TBMM'de görüşülerek kanunlaştırılmaları gerekmektedir.

PLANLAMA FAALİYETLERİNİN KALKINMA BAKANLIĞI BÜNYESİNE ALINMASI

Evvelce planlama görevlerini üstlenen Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), Başbakanlığın “bağlı” kuruluşuyken kaldırılmış, planlama yukarıda anılan KHK'lerden birisiyle (641 sayılı KHK'yle), Kalkınma Bakanlığının bünyesine alınmıştır.

Yeni değişikliğin DPT'nin üstlendiği görevlerle uyumlu olmadığı, muhtemelen detaylı bir ön çalışmaya ve ampirik araştırmalara da dayanmadığı düşünülmektedir.

DPT'nin, evvelce, hiyerarşik statüyle bağlı olduğu Başbakanlıkla ilişkisi; üstlendiği görevlerin niteliği gereği, fonksiyonel açıdan özerkliğini gerektirmiştir. Zamanımızda fenomen olmayan ve sosyal devletin

⁸⁰ Derdman, (1997), s. 136. Sağlam, Fazıl, “KHK Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c. 1, Ankara, 1984, s. 261.

⁸¹ Hesselberger, Dieter, *Das Grundgesetz, Kommanter für Politische Bildung*, 12. Auflage, Verlag GmbH, Neuwied und Kriftel, 2001, s. 285, 286; Zippelius-Würtenberger, s. 478; Sağlam, s. 261.

⁸² Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2006, s. 115, 116.

yöntemlerinden birisi olan planlama faaliyetleri, özünde serbest araştırmayı ve verileri serbestçe ileri sürebilmeyi gerektiren özerk yapıda faaliyetlerdir⁸³. Planlamanın, kamu hizmetlerinin mümkün olduğunca tarafsız yürütülmesinin bir aracı olması⁸⁴, Başbakanlığa bağıllığında bile bunu hayata geçirecek derecede bir özerkliği gerektirir. “Bir bakanlığın emir ve komutasında olmak” ise planlama ile görevli kuruluşun kendine özgü işlevsel özerkliğini zedeler. Denetlenenlere vesayet denetimine nazaran daha fazla müdahale imkânı veren⁸⁵ hiyerarşik denetim, planlama görevlerinin tam olarak yerine getirilmesini engeller.

DPT'nin Başbakanlığa (hatta Başbakana⁸⁶), görevlerinde özerk biçimde bağılı olması, DPT'ye; Başbakana, bir bakan aracılığıyla değil, doğrudan ulaşabilme ve teknik konuları uzmanı tarafından aktarabilmek avantajı verir. Bu, diğer yönden, Bakanlar Kuruluna başkanlık eden ve hükümetin genel siyasetinden sorumlu Başbakanın, planlama çalışmalarına doğrudan ulaşabilmesi imkânı vermiş olur.

Planlama faaliyetlerinin Kalkınma Bakanlığına bağlanmasının şu sakıncaları olabilir:

1-) Bu yapılanmayla “müsteşarlık yapısı ortadan kaldırılmakta ve planlama örgütü bakanlık çatısı altına alınmaktadır. Bir başka deyişle özel bir konuda oluşturulan ihtisas birimi yapısına son verilmektedir.”⁸⁷ Siyasî bir kimlik taşıyan bakanın, planlama çalışmalarını, Başbakana “kendine uygun” haliyle aktarması planlamada hedeflenen farklı noktalara gelmesine sebep olabilir.

2-) Planlama faaliyetlerinin (DPT'nin üstlenimiyle) Başbakanlığa bağlanmamış olması, emir ve komutasına girdiği bakanın “görünmeyen başbakan yardımcısı” ya da koalisyon hükümetlerinde “Başbakan alternatifi” olarak etkinleşmesine sebep olabilir. Böyle bir durumun Başbakanın Anayasanın 112. maddesindeki konumuna uyarlı olmayacağı açıktır.

⁸³ Maurer, s. 429.

⁸⁴ Tortop, Nuri-İşbir, Eyyup G.-Aykaç, Burhan (1999), *Yönetim Bilimi*, Yargı Yayınları, Ankara, s. 52.

⁸⁵ Yıldırım, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 49, 50.

⁸⁶ Akyılmaz vd., s. 267.

⁸⁷ Övgün, Barış, “Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Örgütlenme: Kalkınma Bakanlığı” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 66, Sa. 3, 2011, s. 274.

3-) DPT'nin Başbakanlık bünyesinde bir uzmanlık kuruluşu olmasının beraberinde getirdiği kendine özgü görevlerinden kaynaklanan özerk nitelik, Kalkınma Bakanlığının doğrudan hiyerarşik kuruluşu haline geldiğinde kalkmış olacak ya da en dar seviyeye inecektir. DPT'nin planlama işlevleri giderek, sıradan, bir bakanlık faaliyetine dönüşmüş olacaktır.

4-) DPT'nin Kalkınma Bakanlığı olarak yeniden yapılandırılması sonucunda, bakanlığın görevleri haline dönüşen; hükümete danışmanlık yapmak ve hükümete görüş vermek ve/veya teklifte bulunmak gibi görevlerin, Kalkınma Bakanlığını "icracı bakanlık" olarak görülme yerine, "Bakanlar Kurulu iradesine tabi 'bağlı bakanlık'" haline getirmiş olabileceği⁸⁸ ihtimal dairesindedir.

5-) Planlama, ekonomik, sosyal, kültürel, idari ve benzer konularda çok yönlü araştırma gerektiren ve her birisi bir bakanlığın görev alanına giren faaliyetlerdir. Görevleri itibarıyla tüm bakanlıklarla işbirliği içinde olması gereken (planlama görevlerinin ve bunu üstlenen) DPT'nin, "Başbakanlığa bağlanması" gerekmektedir⁸⁹. Kalkınma planlarında ve yıllık programlarda, planların daha sağlıklı uygulanması için, her bir bakanlıkta araştırma, planlama ve koordinasyon kurumları önerilerek, DPT'nin bu birimlerle diyalog halinde olabilmesi üzerinde durulmuştur⁹⁰.

6-) Planlama faaliyetlerinin, Bakanlar Kurulunun TBMM'ye karşı sorumluluğuna esas olan "hükûmetin genel siyaseti"nin hazırlanmasındaki etkinliği; bakanlar üstü karar vermeyi gerektirmesi ve bir koordinasyon faaliyeti olması, (DPT'nin) Başbakanlığa bağlanmasını gerektirmektedir⁹¹.

İlk kez, 1961 Anayasasından evvel, 30.09.1960 tarihinde kurulan DPT'nin Başbakanlığa bağlanmasında⁹² da haklı olarak ileri sürülen bu gerekçeler önemli rol oynamıştır.

⁸⁸ Güler, (2012), s. 22.

⁸⁹ Tan, Turgut, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, no: 154, Ankara, 1976, s. 36.

⁹⁰ Tan, (1976), s. 36; Ertekin, Yücel, "Planlama Hizmetinin Örgütlenmesi Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, cilt 17 sayı 3, 1984, s.75.

⁹¹ Dik, Esra-Yılmaz, Aslı, "Türkiye'de Planlama Yönetiminde Değişim Devlet Planlama Teşkilatından Kalkınma Bakanlığına", *Kuram ve Yöntem Açısından Türkiye'de Kamu Yönetimi*, Kayfor 2011 Bildiriler Kitabı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü yayınları no: 367, Ankara, 2012, s. 794.

⁹² Gözübüyük, s. 86.

Bu gibi nedenlerle, bir kısım ülkelerde planlama teşkilatları başbakanlığa ya da bakanlar içinde ayrıcalıklı olanlarına bağlanmıştır⁹³. Planlama faaliyetleri Lüksemburg, Fransa ve İspanya gibi ülkelerde Başbakanlık düzeyinde yürütülmektedir⁹⁴. Almanya'da bile merkezi planlama bir federal bakanın sorumluluğunda olmakla birlikte⁹⁵ süreçte hükümet ve özellikle başbakan aktif rol almaktadır.

7-) DPT'nin gerek yaptığı araştırmalar ve gerekse araştırma sonuçlarının uygulanmasını sağlamak ve sonuçlarını gözlemek için, yüklü bir finansman ile desteklenmesini gerektirmektedir. Bu da ancak Başbakanın sevk ve idaresiyle hızlı, tatmin edici derecede, iyi ve kolay sağlanabilecektir.

8-) Başbakanlığın 2011/8 sayılı genelgesinde; daha evvel DPT bünyesinde bulunan ve yeni değişiklikle Kalkınma Bakanlığının bünyesine alınan Yüksek Planlama Kurulu ve Para-Kredi ve Koordinasyon Kurullarına, Başbakanın ya da Başbakanın öngördüğü bir bakanın başkanlık etmesi uygun görülmüştür. Bir kısım bakan ve müsteşar gibi bürokratlar da bu kurulların üyesidirler. Başbakanın ya da yetkilendirdiği bir bakanın başkanlık ettiği ve diğer bir kısım bakanların katıldığı kurulların Kalkınma Bakanının uhdesinde bulunması kendi içinde bir çelişkidir. Bu sorun planlama görevi üstlenecek DPT'nin yeniden kurulup Başbakanlığa bağlanmasıyla çözümlenmiş olacaktır.

9-) Anayasanın 166. maddesine 5982 sayılı Kanunla eklenen hükümlerle kurulan ve statüsü 4641 sayılı Kanunla düzenlenen Ekonomik ve Sosyal Konseyin (EKS), faaliyetlerinde özerk olması dolayısıyla, DPT'nin bir Bakanlık bünyesine alınmasının sakıncası giderilmiş olamaz. 641 sayılı KHK'ye göre sekretaryasını Kalkınma Bakanlığının üstlendiği ve çalışmalarından da yine bu bakanlığın sorumlu olduğu EKS, bir danışma organı olarak görülebilir⁹⁶. EKS ekonomik sosyal, kültürel ve benzeri konularda örgütlü olarak araştırma yapmak veya 5 yıllık ya da orta vadeli plan ve yıllık program hazırlama işlevine sahip değildir.

Bununla birlikte, EKS'nin çalışmaları için kurullar oluşturarak araştırma yapması, DPT ile çatışma alanı oluşturabileceği bir hukukî zaafiyet noktasıdır. Bu yüzden, görevleri tüm toplumsal sorunları kapsayan EKS ile plânlı

⁹³ Tan, (1976), s. 37.

⁹⁴ *Europäisches Raumentwicklungskonzept Auf dem Wege zu einer räumlich ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung der Europäischen Union, Europäische Gemeinschaften, Luxemburg, 1999, s. 12.*

⁹⁵ Maurer, s. 425.

⁹⁶ Atay, s. 263.

kalkınma görevini üstlenen DPT'nin (yeni düzende Kalkınma Bakanlığının) görev ve yetkilerinin koordinasyonu ayrı bir önem arz etmektedir⁹⁷.

SONUÇ

2011'den bu tarafa yapılan yeniden düzenleme çalışmalarıyla Başbakanlık ve bakanlıkların teşkilatlanmasında hukukî bir kısım sorunlara tanık olunmaktadır. Bakanlar Kurulunun, "hükûmetin genel siyaseti" kapsamına girmeyen birçok konuda adeta bir hizmet bakanlığıymış gibi karar almakla görevli olduğu görülmektedir. Yeni değişikliklerde Bakanlar Kurulunun asıl görevi dışındaki görevler başka bakanlıklara aktarılmamıştır. Hükûmetin genel siyasetinin yürütülmesiyle doğrudan ilgili olmayan konularda, örneğin bir bakanlığın çıkarabileceği yönetmeliğin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılması da Anayasayla uyarlı değildir.

Aynı gözlem Başbakanlık için de geçerlidir: Uzun zamandan beri kendi bünyesinde bulunan birçok kuruluşu yönetmekten kanunların ve hükûmetin genel siyasetinin uygulanmasının denetimi ve gözetimine yeterince vakit ayıramayacak kuruluş haline gelen Başbakanlık teşkilatında sadeleşmeye gidilmesine rağmen henüz tam bir sonuç alınmış değildir.

"Bağlı", "ilgili" ve "ilişkili" kuruluşların tanımlarında ve birbirlerinden ayırtedilmelerinde benimsenen ölçülerin daha somutlaştırılması gerekmektedir. Yeni yasal değişikliklerle 3046 sayılı kanununun 19/a maddesinde "ilişkili" kuruluşlar da tam olarak tanımlanmamıştır. Doktrinde Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kuruluşların düzenleyici idari kurum kapsamında görülmesi, "ilişkili kuruluşların" kapsamında belirsizliğe işaret etmektedir.

2011 yılında çıkarılan bir dizi KHK'yle Başbakanlıktan alınan bir kısım kurum ve kuruluşlar başka bakanlıklara aktarılmış ve yeni bakanlıklar kurulmuştur. AyM'nin 1989'dan bu yana istikrar kazanmış kararlarında belirtildiği gibi, KHK'ler, acil, zorunlu ve önemli durumlarda, yetki kanununa uygun olarak çıkarılabilirler. Sık sık KHK çıkarılması, KHK çıkarılabilecek konuların yetki kanununda geniş tutulması ve yetki kanunlarının süresinin uzatılması gibi haller, Anayasadaki "yasama yetkisinin devredilmezliği" prensibine aykırıdır. Başbakanlığın ya da bakanlığı teşkilatlanması gibi konuların uzun yıllara yayılacak acil ve zorunlu olmayan bir yapılandırma niteliği taşıması, bunların kanunlarla düzenlenmelerini gerektirmektedir.

⁹⁷ Derdiman, R. Cengiz, "Halkoyuna Sunulacak 5982 Sayılı Kanun Hükümleri Hakkında Düşünceler", *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, <http://www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm>, erişim: 24.07.2011.

Bu arada AyM'nin, bakanlıkların teşkilatlandırılmasına yetki veren 6223 sayılı kanunu görüştüğü 2011/147 sayılı kararında, KHK'lerle acil, zorunlu ve önemli durumlarda düzenleme yapılıp yapılamayacağını denetim yetkisinin dışında görmesi; Ülkede KHK ile düzenleme yönteminin yaygınlaşması tehlikesi taşımaktadır.

1961 Anayasası zamanında Bakanlıkların başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayıyla kurulmaları yöntemi amacından saparak siyasi pazarlıklara sebep olduğundan, 1982 Anayasasında bakanlıkların kanunla kurulması yöntemi benimsenmiştir. Bundan, 1982 Anayasasının, bakanlıkların özellikle kanunla kurulmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu yoruma itiraz edilse de, Bakanlıkların hiç olmazsa acil ve zorunlu durumda KHK ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, bir KHK'nin "geçici" olması için, çıkarılmasını takiben en kısa zamanda TBMM tarafından görüşülerek, kanunlaşması gerekmektedir. Bu makalede sözü edilen değişikliklere ilişkin KHK'ler TBMM'de henüz görüşülmemişlerdir.

Planlama faaliyetlerinin yukarıda anılan KHK'lerden 641 sayılı KHK ile kurulan Kalkınma Bakanlığı bünyesine alınması, (dolayısıyla Başbakanlığa "bağlı" DPT'nin lağvedilmiş olması), eleştiriye açıktır:

Planlama faaliyetleri, araştırılması, hazırlanması ve yetkili mercilere sunumu gibi yönleriyle fonksiyonel özerk faaliyetlerdir. Planlamanın bir bakanlığın emir ve komutasına verilmesi bu özerkliği zedeler. Planlama, toplumun tüm kesimleriyle ilgisi bulunan, dolayısıyla her bakanlıkla irtibat kurulmasını gerektiren bir koordinasyonu gerektirir. Planlama faaliyetlerini yürüten DPT, ilk kuruluşundan itibaren, yukarıda anılan sebeplerle Başbakanlığa bağlanmıştır. Aradan geçen sürede planlama faaliyetlerinin, niteliğinde bir değişme olmadığına ve hükümetin genel siyasetinin belirlenmesinde vazgeçilmez bir öneme sahip olduğuna göre, Başbakanlıktan alınarak Kalkınma Bakanlığına bağlanmasını gerektiren haklı bir neden yoktur.

KAYNAKÇA

Adamovich, Ludwig K.-Funk, Bernt Cristian-Holzinger Gerhard-Frank, Stefan L., *Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren des Verwahrungsrechts*, Springer-Verlag/Wien, 2009

Akyılmaz, Bahtiyar-Sezginer, Murat-Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkim Yayınları, Ankara, 2009.

Altundiş, Mehmet (2008), “Hukukî Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, Sa. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 60-94.

Arslan, Nagehan Talat-Arslan, Erkan, *Yeni Kamu Yönetimi ve Üst Kurullar*, Alfa-Aktüel Yayınları, Bursa, 2010.

Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012.

Barnett, Hilaire, *Constitutional And Administrative Law*, Fourth edition first published in Great Britain 2002 by Cavendish Publishing Limited, London, 2002.

Başbakanlık, <http://dtvt.basbakanlik.gov.tr/AnaSayfa.aspx>, erişim: 29.12.2012.

Besson, Waldemar-Jasper, Gotthard, *Das Leitbild der modernen Demokratie, Bauelemente einer freiheitlichen Staatsordnung*, Landeszentrale für politische Bildung, Franzspiegel Buch GmbH. Ulm, Bonn, 1990.

Birch, A. H., *The British System Of Government*, Revised Edition, George Allen & Unwin Ltd, London, 1975.

Bozkurt, Ömer-Ergun, Turgay-Sezen, Seriye (Ed), *Kamu Yönetimi Sözlüğü*, 2. Baskı, TODAİE Yayınları no: 342, Ankara, 2008.

Derdiman, R. Cengiz, “Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Oral Sander’e Armağan, cilt: 51, sayı: 1, yıl: 1997 s. 135-164.

Derdiman, R. Cengiz, *Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2003.

Derdiman, R. Cengiz, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2011.

Derdiman, R. Cengiz, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Aktüel Yayınları,

Bursa, 2013.

Derdiman, R. Cengiz, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2015.

Derdiman, R. Cengiz “Halkoyuna Sunulacak 5982 Sayılı Kanun Hükümleri Hakkında Düşünceler”, *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, <http://www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm>, erişim: 24.07.2011.

Dik, Esra-Yılmaz, Aslı, “Türkiye’de Planlama Yönetiminde Değişim Devlet Planlama Teşkilatından Kalkınma Bakanlığına”, *Kuram ve Yöntem Açısından Türkiye’de Kamu Yönetimi*, Kayfor 2011 Bildiriler Kitabı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü yayınları no: 367, Ankara, 2012, s. 786-801.

Duran, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler” *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 30, sa. 1 Mart 1997, s. 3-10.

Ertekin, Yücel, “Planlama Hizmetinin Örgütlenmesi Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, cilt 17 sayı 3 yıl: 1984 s. 72-79.

Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi Düşünceler Yapılar Fonksiyonlar*, Güncellenmiş 3. baskı, Okutman Yayıncılık, Ankara, 2010.

Europäisches Raumentwicklungskonzept Auf dem Wege zu einer räumlich ausgewogenen undnachhaltigen Entwicklung der Europäischen Union, Europäische Gemeinschaften, Luxemburg, 1999.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Fındıklı, Remzi, *İdare Hukuku*, Uzman Kariyer Yayınları, Ankara, 2012.

Gast, Henrik, “Politische Führung in der Kanzlerdemokratie: die Bundesrepublik Deutschland”, *Politische Führung in westlichen Regierungssystemen, Theorie und Praxis im Internationalen Vergleich*, Herausgegeben: Martin Sebaldt Henrik Gast, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010, s. 95-121

Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Ekin Kitabevi yayınları, Bursa, 2012.

Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil Midir?” *TBB (Türkiye Barolar Birliği) Dergisi* yıl: 2012

sayı: 98, s. 11-24.

Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Güncellenmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.

Gözübüyük, A. Şeref-Tan, Turgut, *İdare Hukuku, I: Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.

Güler, Birgül Ayman, *Türkiye'nin Yönetimi*, 2. bası, İmge Yayınları, Ankara, 2010.

Güler, Birgül Ayman, “Yetki Kanunu-6223: Genel Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek*, Derleyen: A. Argun Akdoğan, YAYED Yayınları, Ankara, 2012, s.11-31.

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.

Hesselberger, Dieter, *Das Grundgesetz, Kommanter für Politische Bildung*, 12. Auflage, Verlag GmbH, Neuwied und Kriftel, 2001.

Hopp, Gerhard, “Politische Führung in der Westminster-Demokratie: Großbritannien”, *Politische Führung in westlichen Regierungssystemen, Theorie und Praxis im Internationalen Vergleich*, Herausgegeben: Martin Sebaldt Henrik Gast, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010, s. 72-91.

Kamu Yönetimi Araştırma Raporu Genel Rapor, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 238, Ankara, 1991.

Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, 2012, <http://www.kdgm.gov.tr/index.snet?wapp=9432F796-CD41-4643-9F0A-42D276839BDC>, erişim: 03.01.2013.

Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2006.

Organisation der Bundesministerien 2012, <http://www.hausarb.eiten.de/faecher/vorschau/101221.html>, erişim: 02.01.2013.

Övgün, Barış, “Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Örgütlenme: Kalkınma Bakanlığı” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, No. 3, 2011, s. 263-281

Polat, Kerim, “Yetki Kanunlarının ‘Konu’ ve ‘İvedilik, Zorunluluk ve Önemlilik’ Unsurları Bakımından Yargısal Denetimi”, *Yasama Dergisi* Sa. 15, Mayıs – Haziran – Temmuz – Ağustos, 2010, s. 93-113.

Sağlam, Fazıl, “KHK Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c. 1, Ankara, 1984, s. 261-271.

Sezen, Seriyeye, *Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapıdan Kopuş*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, no:316, Ankara, 2003.

Sobacı, Mehmet Zahit, “Türk İdari Teşkilatındaki Adalar ‘Bağımsız İdari Otoriteler’”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 55, sayı: 2’den ayrı basım, 2006, s. 157-180

Sönmez, Ümit, *Piyasanın İdaresi Neoliberalizm ve Bağımsız Düzenleyici Kurumların Anatomisi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

Tan, Turgut, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, no: 154, Ankara, 1976.

Tan, Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 35, sa. 2, Haziran, 2002, s. 11-37.

Tortop, Nuri-İsbir, Eyyup G.- Aykaç, Burhan, *Yönetim Bilimi*, Yargı Yayınları, Ankara, 1999.

Uslu, Ferhat, “Geçici Bakanlar Kurulu ya da Seçim Hükûmeti”, 31 Ağustos 2015, <http://webunya.com/gecici-bakanlar-kurulu-ya-da-secim-hukumeti>, erişim: 12.09.2015

Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları no: 2166, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

Zippelius, Reinhold-Würtenberger,Thomas, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Auflage Verlag C. H. Beck, München, 2008.

KAMU GÖREVLİLERİNİN MİLLETVEKİLLİĞİ SEÇİMLERİNE KATILMAK ÜZERE GÖREVDEN ÇEKİLMELERİ VE GÖREVE DÖNMELERİ

Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI*

Burcu ERDİNÇ**

ÖZET

Kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerinde aday olabilmeleri için görevlerinden ayrılmaları gerekmektedir. Bu şart hem Anayasada hem de Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yer almaktadır. Anayasal zorunluluk gereği görevinden ayrılanların, aday olamamaları ya da milletvekili seçilememeleri halinde görevlerine dönebilmeleri mümkündür. Bu hak, istisnaları ile birlikte, Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Bazı kamu görevlilerinin göreve dönmesi yasaklanmıştır. Göreve dönme, aday olamama ya da milletvekili seçilememe halinde zorunlu kılınmıştır, idarenin takdirinde değildir. Ancak görev ifa ettikten sonra göreve dönme her görevli bakımından ilgili kanununda farklı düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Siyasi Katılım Hakkı, Seçim, Görevden Çekilme, Göreve Dönme.

RESIGNATIONS OF CIVIL SERVANTS FROM DUTIES FOR PARTICIPATING IN ELECTIONS FOR MEMBERS OF PARLIAMENT AND RETURNING TO FORMER DUTIES

ABSTRACT

It is required for civil servants to resign from their duties in order to be candidates in elections for members of parliament. This stipulation is included both in the Constitution and in the Law for the Election of Members of Parliament. As a Constitutional absolute necessity, it is possible for those who resign from their duties to return to their duties in case they do not become candidates or they are not elected as members of parliament. This right, together with exceptions, is included in the Law

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, erdalabduhah@hotmail.com

** Arş. Gör., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Araştırma Görevlisi, burcuerdnc@gmail.com

on the Basic Decrees of Elections. It has been forbidden for some civil servants to return to their duties. Returning to their duties has been made absolutely necessary in case former civil servants do not become a candidate or they are not elected; it is not under the discretion of the administration where they worked. However, returning to duties after performing these duties has been regulated differently in the related law from the aspect of each employee.

Key Words: Civil Servant, Right to Participate in Politics, Election, Resignation from Duties, Returning to Duties.

GİRİŞ

Kamu görevlilerinin, Anayasal bir hak olan siyasi katılım haklarını kullanarak milletvekili seçimlerine katılmaları, hem Anayasamızın 76. Maddesinde hem de seçimlere ilişkin kanuni düzenlemelerde *görevlerinden çekilmeleri* şartına bağlanmaktadır. Ancak konuya ilişkin yasal düzenlemelerde bu şarta tabi olanlar, “bütün kamu görevlileri” olarak belirtilmemiştir. Anayasada ve seçimlere ilişkin diğer mevzuatta görevden çekilmesi gereken kamu görevlilerinin kapsamı farklıdır. Düzenlemelerde sayılan kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmeleri gerekliliği açık olmakla birlikte, sayılmayan kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmelerinin gerekip gerekmeyeceği kanuni bir düzenlemeye sahip değildir. Bu nedenle sayılanlar dışında kalan kamu görevlilerinin seçimlere katılabilmek için görevlerinden çekilip çekilmeyeceğine ilişkin kararlar, Yüksek Seçim Kurulu’nun takdirindedir.

Kamu görevlisi kavramı, en genel anlamıyla idarenin insan unsurunu ifade etmektedir. İdare, iradesini kamu görevlileri aracılığıyla açıklar. Bireyler karşısında kamu gücü dediğimiz ayrıcalıklı ve üstün güce sahip idarenin iradesini açıklayan kamu görevlileri, bu gücü kendilerine siyasi avantaj sağlayacak şekilde kullanabilirler. Dolayısıyla idare adına irade açıklama yetkisine sahip bu kişilerin, siyasi katılım haklarını kullanırken görevlerinin sağladığı avantajlardan yararlanmalarını önlemek amacıyla görevlerinden çekilmeleri esası öngörülmüştür. Bu düzenleme, Anayasa tarafından vatandaşlara tanınmış olan siyasi katılım hakkının eşit şartlarda kullanılmasını sağlamak adına yerindedir.

Çalışmanın konusu oldukça güncel tartışmaları içermektedir. Ülkemizde 2015 yılı içerisinde iki kez milletvekili genel seçimleri yapılmıştır. İlk seçim

olan 7 Haziran seçimleri sonucu hükümet kurulamamış ve Anayasanın 116. Maddesine dayanılarak Cumhurbaşkanının kararıyla 1 Kasım tarihinde yeniden seçim yapılmıştır. Özellikle 7 Haziran 2015 tarihli milletvekili seçimi sürecinde çalışmamızın konusunu ilgilendiren birtakım gelişmeler yaşanmıştır. Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Müsteşarı Hakan Fidan'ın adaylık için istifası; ardından adaylıktan vazgeçip göreve dönmesi ve üstelik bir Bakanlar Kurulu Kararı ile görevine dönmesi konuya ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bunun yanı sıra, CHP İzmir adayı Atilla Sertel'in, aday gösterildikten sonra yapılan itiraz üzerine vaktinde görevinden istifa etmemiş olması nedeniyle Yüksek Seçim Kurulu tarafından adaylığının iptali çalışmamızla yakından ilgili olan bir diğer tartışma konusudur. Bu gibi güncel gelişmeler gözetilerek, özellikle kanuni düzenleme bulunmayan alanlar aydınlatılmaya çalışılacaktır. Yüksek Seçim Kurulu, bilindiği üzere seçimlere ilişkin olarak kanunlarda düzenleme bulunmayan hallerde karar mercidir ve Kurulun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Bu nedenle çalışmamız çerçevesinde Kurul kararlarını incelemenin ve değerlendirmenin önemi haizdir.

Özellikle Danıştay kararlarıyla şekillenen seçim sürecinden sonra kamu görevine dönme konusu çeşitli tartışmalara neden olmaktadır. Konuya ilişkin kapsamlı düzenlemeler mevcut olmadığından, somut olaylar çerçevesinde, bu olaylara ilişkin yargı içtihatları ve Yüksek Seçim Kurulu kararları doğrultusunda değerlendirmeler yapılmaktadır. Çalışmamız bu gibi tartışmalı konulara farklı bir bakış açısı ve açıklık kazandırma amacı taşımaktadır. Bu doğrultuda hazırlanan makalenin birinci bölümünde kamu görevlisi kavramı ve görevden çekilmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. İkinci bölümde ise, aday olabilmek için görevden çekilen kamu görevlilerinin göreve dönmesi hususu konuya ilişkin kanuni düzenlemeler ile Danıştay ve Yüksek Seçim Kurulu kararları çerçevesinde ele alınmaktadır.

BÖLÜM I: KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE GÖREVDEN ÇEKİLME

A. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

İdarenin insan unsurunu oluşturan kamu görevlisi kavramını¹, “geniş anlamda kamu görevlisi” ve “dar anlamda kamu görevlisi” olarak ayırmak gerekir. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki durumlarına ve yaptıkları

¹ Anayasa 128. Maddesinde “kamu görevlisi” kavramına yer vermiştir. Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişiler olarak memurlar ve diğer kamu görevlileri ifade edilmiştir.

görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade eder.² Örneğin, Cumhurbaşkanı, başbakan, milletvekili vb. Dar anlamda kamu görevlisi ise, devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevliler ile kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine tabi olan görevliler dışında kalan kamu görevlilerini ifade eder.³ Dar anlamda kamu görevlileri, faaliyetlerini meslek olarak yapan kişileridir.

Kamu kesiminde bir teşkilata bağlı olarak görev yapmak, kamu görevlisi olmak için muhakkak bulunması gereken bir koşuldur.⁴ Bu koşul için, kamu görevliliğinin organik koşulu da diyebiliriz. Kamu kesiminde çalışan herkes, idari esaslara tabi olmamakla birlikte, her kamu görevlisi dediğimiz insan unsuru sadece kamu kesiminde bir teşkilatta çalışmalıdır.

Kamu görevlilerinin milletvekili adayı olabilmek için, görevlerinden çekilmeleri yönündeki gereklilik ve bazı özel durumlara (örneğin vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının aday olmak istemeleri haline) ilişkin değerlendirme yapma gerekliliği, kamu görevlisi kavramıyla sıkı sıkıya ilişkilidir. Yerine getirilen görevin niteliği gereği, siyasi nitelikli bir işe girildiğinde kamu görevlisi olarak devam etmemek gerekir.

Dar anlamda kamu görevlileri muhakkak istifa etmeliyken, geniş anlamda kamu görevlileri bakımından net bir biçimde bunu söylemek zordur. Örneğin, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyeleri⁵, bir kamu hizmeti (yükseköğretim kamu hizmeti) görüyor olmaları nedeniyle hizmetle ilgili

² Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 580; Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 623; Ethem Ender ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 781-782.

³ GÜNDAY, s. 580; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 624; ATAY, s. 782.

⁴ GÜNDAY, s. 579.

⁵ Vakıf üniversitesi öğretim üyeleri ile üniversite arasındaki sözleşmenin niteliğine ilişkin bir çalışmada “öğretim üyesi-öğretim görevlisi” ayrımına yargı kararları çerçevesinde dikkat çekilmiştir. Bkz. Murat DEMİRCİOĞLU / Hasan Ali KAPLAN, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.5.2012, 5.11.2012 Ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15 (Özel Sayı), 2013, s. 54 vd; Tartışma konusu olan kavram, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu md. 3’te tanımlandığı üzere “Yardımcı Doçent, Doçent ve Profesör” kadrolarını karşılayan “öğretim üyesi” kavramıdır. Öğretim görevlisi, ders vermek ve uygulama yaptırmakla yükümlü bir öğretim elemanı olup, öğretim üyesi gibi bir kadroya sahip değildir. Bu nedenle öğretim görevlisi ile üniversite arasındaki sözleşmenin niteliği tartışılabilir. Ancak öğretim üyeleri bakımından aradaki sözleşmenin idari nitelik taşıdığı kanaatimizce tartışmasızdır. İlgili makalede öğretim üyeleri ile üniversite arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bkz. DEMİRCİOĞLU / KAPLAN, s. 72.

hususlarda kamu görevlisi sıfatını haizdir.⁶ Danıştay 8. Dairesi, öğretim üyeleri ile üniversite arasındaki hizmet sözleşmesini “idari hizmet sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir.⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararları da bu yöndedir.⁸

Bu bağlamda, yargı kararını dayanak aldığımızda ve üniversitelerin bir kamu tüzel kişiliği olduğunu ve görülen hizmetin de bir kamu hizmeti olduğunu birlikte değerlendirdiğimizde, öğretim üyelerinin bütün şartlarıyla dar anlamda olmasa da bir “kamu görevlisi” olduğunu kabul etmek gerekir.

B. GÖREVDEN ÇEKİLMEME İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Anayasal Düzenleme: Md. 76/3

Milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 1982 Anayasasının 76. maddesi, ilk fıkrasında kurala yer vermiş, ikinci fıkrasında ise istisnaları düzenlemiştir. Kural, yirmi beş yaşını dolduran her Türk vatandaşının milletvekili seçilebilmesidir. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen istisna hükmüne göre ise en az ilkökul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla,

⁶ Vakıf üniversitesi öğretim üyelerinin mali haklar bakımından iş sözleşmesine tabi oldukları Anayasada ya da Yükseköğretim Kanunu’nda açıkça düzenlenmemekte, ancak Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Öğretim elemanları” başlıklı 23. maddesinde “İlgili personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabi olacağı” düzenlenmektedir. Anayasa’nın “Yükseköğretim Kurumları” başlıklı 130. maddesine göre, mali ve idari konuların Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için öngörülen hükümlere tabi olmadığı belirtilmiştir: “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.*” Adı geçen Yönetmelik ise, açık biçimde aylık ve diğer özlük hakları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabi olunacağını belirtmektedir.

⁷ Danıştay 8. Dairesi’nin 04.02.2003 tarih ve E. 2002/5557, K. 2003/561 sayılı kararı için bkz. Ahmet KALAFAT, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukuki Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 12, Sa. 24, Güz 2013/2, s. 157.

⁸ Danıştay İDDK’nun 12.03.2010 tarih ve E. 2010/5 sayılı YD itiraza ilişkin kararı için bkz. www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2015; Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.12.2012 tarih ve E. 2012/273, K. 2012/289 sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2015.

kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

Milletvekili seçilme şartlarına ilişkin bu maddenin son fıkrasında, birtakım kamu görevlilerinin aday olabilmek için görevlerinden çekilmeleri gerekliliği yer almaktadır. Fıkraya göre; *“Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.”* Anayasanın söz konusu maddesi, milletvekili aday olabilmek ve milletvekili seçilebilmek için görevinden ayrılması gerekenleri açık biçimde saymıştır.

İlgili hükmün gerekçesinde⁹, kamu hizmetlerinde görev alanların milletvekili seçilme şartlarının düzenlenmesinin kanuna bırakılması uygun görüldüğü; ancak Hâkimler ve Silahlı Kuvvetler mensuplarının mesleklerinden çekilmedikçe aday olmaları uygun görülmediği belirtilmiştir. 1961-1980 arası uygulamalarda bu nitelikteki kamu hizmetlilerinin önemli görevler görmeleri nedeniyle bir siyasî partiden veya serbestçe aday olmalarının mesleklerinden çekilmelerine bağlanması uygun görüldüğü de gerekçede yer almıştır.

Kamu personelinin milletvekili seçimlerine katılabilmesi için görevinden çekilmesi şartı 1876 tarihli Kanuni Esasi döneminde Anayasada yer almamaktaydı. Sonrasında 1923 Anayasası döneminde sadece kendi seçim çevresiyle sınırlı olan şartın kapsamı, 1982 Anayasası ile birlikte oldukça genişlemiştir.¹⁰ Yaşanan darbe dönemlerinin ardından, yönetenlerin insanları “siyasetten uzaklaştırma” amacıyla bu durumu açıklamak mümkündür.

2. Kanuni Düzenleme: 2839 Sayılı Milletvekili Seçim Kanunu, Md. 18

Milletvekili Seçim Kanunu, Anayasa ile aynı doğrultuda olarak seçilme yeterliğini 10. maddesinde düzenlemiştir: *“Yirmi beş yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir.”* Bu yeterliliğin yanı sıra 12. maddesinin birinci fıkrasında, bir siyasi partiye mensup olsun veya olmasın seçilme yeterliğine sahip her Türk vatandaşının ilgili Kanun hükümlerine

⁹ Madde gerekçesi için bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

¹⁰ Ayhan DÖNER, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, Sa. 4, 2009, s. 737-776.

göre milletvekilliğine adaylığını koyabileceğini düzenlemiştir. Kanununun 11. maddesinde yer alan milletvekili seçilemeyecek olanlara ilişkin düzenleme, Anayasa ile aynı kapsamdadır.

Milletvekili Seçim Kanunu'nun, konumuz bakımından asıl önem arz eden, "Adaylık için görevden çekilmesi gerekenler" başlıklı 18. maddesi hükmü ise şu şekildedir: "*Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, aday olmak isteyen belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.*"

Görüldüğü üzere, Milletvekili Seçim Kanunu'nun 18. maddesi, Anayasanın 76. maddesinden ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Kanun, milletvekili adaylığı için görevden çekilmesi gerekenleri Anayasa'dan daha geniş yorumlamıştır.¹¹ Anayasada öngörülme "RTÜK üyeleri", "aday olmak isteyen belediye başkanları", "aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri", "il genel meclisi üyeleri", "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar" da aday olabilmek için görevden çekilmesi gereken kişiler olarak ifade edilmiştir.

Her iki düzenleme bakımından görevden çekilmesi gereken kişiler arasında yer alan "yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları" tartışma yaratan konulardan biridir. Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyeleri¹², yükseköğretim kamu hizmeti görmekle birlikte, İş Kanunu

¹¹ DÖNER, Anayasanın düzenlemesini çok geniş kapsamlı olduğu nedeniyle eleştirmektedir. Bkz. DÖNER, s. 758; Milletvekili Seçim Kanunu ise kapsamı genişleterek, siyasi katılım hakkının kullanılma alanını Anayasa'ya göre daha da daraltmaktadır.

¹² Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin hukuki statüsü, idari esaslara tabi olup olmayacakları tartışma konusudur. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KALAFAT, s.

hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesi ile çalışmaktadırlar. Bu nedenle devlet üniversitelerinde çalışan öğretim üyeleri gibi görevlerinden istifa etmelerinin gerekip gerekmediği hususu belirsizdir.

Anayasa Mahkemesi, başvuru vakıf üniversitesinin hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmasız el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini ileri sürdüğü bireysel başvuru kararında¹³, vakıf üniversitelerin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunu ve çalışanların mali ve idari işler dışında kamu hizmeti ile ilgili işlerde genel idare esaslarına tabi olacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi 30.05.1990 tarihli bir başka kararında, “*Anayasanın 130. maddesine atıfla vakıf üniversiteleri ile devlet üniversiteleri arasında temelde bir fark gözetilmediği; vakıf üniversitelerinin de kamu tüzel kişisi oldukları ve yalnızca mali ve idari yönden kendine özgü bir sistem içinde oldukları*” belirtmiştir.¹⁴

151 vd; Turan YILDIRIM / Figen SAMURAY, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa. 1, 2010, s. 81-95; Fatma BAŞTERZİ, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sarper Süzek’e Armağan Cilt II**, s. Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1301-1315; İdari sözleşmeye ilişkin bkz. M. Ayhan TEKİNSOY, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, Sa. 2, 2006, s. 181 vd.

¹³ “(21) Anayasa'nın 130. maddesi, çağdaş eğitim ve öğretim gerekleriyle “üniversite” kavramının içerdiği evrensel ilkelere uygun bir düzen içinde ülkenin gereksinimlerini karşılayacak nitelikte insan gücü yetiştirerek insanlığa hizmet etmek amacıyla değişik birimlerden oluşan, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitenin ancak yasayla kurulacağını öngörmektedir. Anayasa'nın 130. maddesi gereğince üniversiteler, devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmalarına bakılmaksızın, kamu tüzelkişiliğine sahip kuruluşlardır. Kamu tüzel kişiliği, üniversitelerin zorunlu niteliklerinden, hukuksal yapısının öğelerinden biridir. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasının zorunlu kıldığı “kamu tüzel kişiliği”, yine bu maddenin son fıkrası gereğince vakıfların kuracağı üniversiteler için de zorunlu niteliktir (AYM, E.1991/21, K.1992/42, 29/6/1992). (22) Vakıf üniversiteleri, devlet tarafından, kanunla ve kamu tüzel kişisi olarak kurulmaktadır. Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan ‘kamu tüzel kişiliği’ niteliği, üniversitelerin yapısına has bir özellik olduğundan, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin de kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıktır.” AYM, Başvuru Numarası: 2013/1430, Karar Tarihi: 21.11.2013, R.G. 18.12.2013.

¹⁴ “Anayasakoyucu, Anayasa'nın 130. maddesiyle üniversiteleri bir Anayasa kuruluşu olarak kabul etmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında, üniversitelerle ilgili başlıca kuralları belirtmiş, üniversitelerin, “kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip” olmaları ve “Devlet tarafından yasa ile kurulmaları” öngörülmüştür. Anayasa gerçek kişilere ve bir ayrık durum dışında Devlettten başka tüzelkişilere yükseköğretim kurumu kurma olanağı tanımamıştır. Bu ayrıklık, Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci ve onuncu fıkralarında belirtilen “vakıflar”a ilişkindir. Bu fıkralar “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları” kurulabilmesi ve bu yükseköğretim kurumlarının “... mali ve idari konuları

Danıştay 8. Dairesi kararına¹⁵ göre, “*davalı vakıf üniversitesinin, kamu hizmeti görmek amacıyla, davacı öğretim üyesi ile aralarında yaptığı sözleşme, kamu hukukuna tabi idari hizmet sözleşmesi niteliindedir.*”¹⁶ Bu kararla, devlet üniversitelerinde olduğu gibi, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim üyelerinin de “kamu görevlisi” olduğu ifade edilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 2012 yılında verdiği kararlar¹⁷, aradaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu ve uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi gerektiği yönündeki kararları Danıştay kararlarını destekleyicidir.

Bu kararlar, öncelikle *siyasi katılım hakkını* kullanmanın mali ve idari iş dışında olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılmasını beraberinde

dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere” bağlı olmayı gerektirmektedir. Bu bağlılık, malvarlığının kurucu vakfın ya da kurduğu bağımsız tüzel kişiliği bulunan üniversitenin sahipliğini ve bunlar üzerindeki tasarruf hakkını ortadan kaldırmaz. 130. maddenin son fıkrasında, “malî ve idarî konular” dışındaki akademik çalışmalar; öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarını bağlayan Anayasa hükümlerinin vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını da bağlayacağı açıkça belirtilmektedir./ Anayasa’nın 130. maddesinde açıklanan bu hükümler; maddenin birinci fıkrasında sayılan amaçlar ile yasayla kurulma, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olma, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasının gözetilmesi kuralları ve üniversite elemanlarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmeleri ve bunun sınırı, üniversite yönetim ve denetim organlarının ve öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulu’nun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmayacaklarına ilişkin güvence ile yükseköğretim kurumlarının örgütlenmeleri ve işleyişleriyle ilgili olarak maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan konuların da yasayla düzenlenmesi zorunluluğu olarak gösterilebilir. Bu ilkelere, ister Devlet, isterse vakıflar tarafından kurulsun, tüm yükseköğretim kurumlarına yönelik kurallardır./ Anayasa’nın 130. maddesi, üniversite çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortam içinde yapılmasını sağlayacak biçimde düzenlenmiştir. Anayasa’da, üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkelere ve hükümler 130. maddede özel olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere dayanarak kurulan ve Devlet yapısıyla bilim kuruluşları içinde yer alan üniversiteye, Devletin herhangi bir yönetim kademesininin, bu kurullarla bağdaşmayacak müdahaleler yapmasına ve böyle bir karışmaya olanak verecek yasal düzenlemelerde bulunulmasına yer yoktur.” AYM, 30.05.1990 tarih ve E. 1990/2, K. 1990/10 sayılı kararı, R.G. No: 20781, 09.02.1991.

¹⁵ Danıştay 8. Dairesi’nin 04.02.2003 tarih ve E. 2002/5557, K. 2003/561 sayılı kararı için bkz. KALAFAT, s. 157.

¹⁶ Aynı yönde Danıştay İDDK’nun 12.03.2010 tarih ve E. 2010/5 sayılı YD itiraza ilişkin kararı için bkz. www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2015; Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.12.2012 tarih ve E. 2012/273, K. 2012/289 sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2015.

¹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.05.2012 tarih ve E. 2012/15, K. 2012/ sayılı kararı, R.G. 18.06.2012, mükerrem; Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.12.2012 tarih ve E. 2012/273, K. 2012/289 sayılı kararları için bkz. www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2015.

getirmektedir. Kanaatimizce, kamu görevlilerinin siyasi katılım haklarını kullanırken kamu görevlerinden ayrılmalarının temelinde yatan kamu görevliliği sıfatının avantajlarından yararlanmalarının önlenmesi gerekliliği¹⁸, konunun genel idare esasları içerisinde değerlendirileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Çünkü siyasi katılım hakkı, kişinin idare hukuku çerçevesinde sahip olduğu statüden etkilenmekte ve bu nedenle kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla görevden çekilmeleri gerekliliği hususunda devlet üniversitesi öğretim üyeleri ile aynı değerlendirmeyi yapmak gerekir.

3. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Görevden Çekilme

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 94 ila 98. maddeleri arasında memuriyetin sona ermesini düzenlemiştir. Kamu görevlilerinin kendi istekleriyle görevden ayrılmaları “çekilme” başlığı altında 94. maddede düzenlenmiştir. Milletvekili aday olmak isteyen memurlar, bu maddeye göre görevlerinden çekilmelidirler.

94. maddenin birinci fıkrasında göre, “Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır.”

Milletvekili aday olabilmek için ifa ettikleri kamu görevinden ayrılması gereken görevliler, bu madde uyarınca görevlerinden çekilmekle yükümlüdürler. Aksi halde aday olmaları mümkün değildir. Bu şarta uymayanların adaylığı itiraz üzerine tespit edildiğinde YSK tarafından iptal edilecektir. Ancak seçildikten sonra bu şartın gerçekleşmediğinden bahisle itiraz edildiğinde, YSK'nın istikrar kazanmış kararları doğrultusunda “*istifa etmenin seçilme ehliyetini ortadan kaldırmayacağı gibi kamu düzenini de ilgilendirmediği, bu nedenle de, işe el konularak tam kanunsuzluk nedeniyle tutanağın iptaline karar verilemeyeceğine*” hükmedilmektedir.¹⁹

¹⁸ Cemil KAYA, “Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 13, Sa. 1, Ocak 2004, s. 274.

¹⁹ YSK, Karar No: 188, 17.07.1976, *YSK Kararları (1976 Yılı)*, Ankara, 1977, s. 96 vd; YSK, Karar No: 102, *YSK mu (1995-1996-1997 Yılları)*, Ankara, 1999, s. 237 vd.

C. ÇEKİLME VE AYRILMA KAVRAMLARI

Anayasa, konuyla ilgili 76. maddesinde kamu görevinden “çekilme” kavramından bahsederken Milletvekili Seçimi Kanunu, 18. maddesinde “ayrılma” kavramından bahsetmektedir. Dolayısıyla burada ayrılma ve çekilme farklı kavramlar mıdır, yoksa kavramlar aynı anlamda mı kullanılmıştır sorusu gündeme gelmektedir.²⁰

Çekilme kavramı, personel hukukunda “istifa” kurumunu karşılamaktadır.²¹ İstifa, kamu görevlisinin görevinden kendi isteğiyle ayrılmak istediğini amirine yazılı olarak iletmesi ve usuli süreçlere uyarak görevinden çekilmesini ifade etmektedir.²² Personel hukukunda yer almayan “ayrılma” kavramının nasıl bir kurumu ifade ettiği konusunda kanuni bir düzenleme olmadığından yargı kararlarına başvurmak gerekir.

Danıştay 5. Dairesi²³, “2839 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca görevden ayrılma halinde bu süre içinde kamu görevlisinin göreviyle hukuki irtibatın devam etmediği açıktır. Ancak anılan kanunda kamu görevlisinin görevinden “çekilmesinden” değil “ayrılmasından” söz edilmesi, 298 sayılı Kanunun ek 7. maddesiyle tekrar göreve döndürülme olanağının öngörülmüş bulunması ve seçme ve seçilme hakkının Anayasal bir hak olarak tanınmış olması bu ayrılmanın geçici bir ayrılma olduğunun kabulünü gerektirmektedir.” ifadesiyle ayrılmanın istifadan farklı bir kurum olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, istifanın aksine, ayrılmayı geçici bir durum olarak algılamak gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumun kabulü, göreve dönüldüğünde mahrum kalınan hakların ödenmesi bakımından önem taşımaktadır. Ancak, belirtelim ki geçici bir ayrılma şeklindeki değerlendirmenin doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Danıştay 1. Dairesi²⁴ ise, Anayasanın çekilme, yani istifa olarak düzenlemiş olduğunu, bu nedenle kadroda geçici bir boşalma olarak ifade edilmeyeceğini, kişinin çekilmesiyle idarenin kadro üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğunu ifade etmiştir. Esas olanın çekilme olduğu kararda vurgulanmıştır.

²⁰ KAYA, s. 278 vd.

²¹ GÜNDAY, s. 637 vd; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 703 vd; ATAY, s. 904.

²² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 703 vd;

²³ Danıştay 5. Dairesi’nin 20.05.1993 tarih ve E. 1992/5077, K. 1993/2127 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

²⁴ Danıştay 1. Dairesi’nin 26.10.1992 tarih ve E. 1992/313, K. 1992/339 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 87, 1993, s. 61 vd.

Kanaatimizce çekilme ve ayrılma kavramları konusunda yerinde olan karar, Danıştay 1. Dairesi'nin değerlendirmesidir. Çekilme, yani istifa kadroda kalıcı bir boşalmaya neden olmaktadır. Kamu görevlisi, istifa iradesini ortaya koyarken görevinden ayrılmak isteğini belirtmektedir. İrade açıklamasının amacı, görevle olan bağlarını koparmaktır. Dikkat etmek gerekir ki, istifa gibi emekliye ayrılma²⁵ da bir görevin artık sona ermesini ifade eder.

YSK, istifa ve emeklilik dilekçeleri arasında fark olmadığını belirterek²⁶, bu duruma vurgu yapmıştır. Emeklilik hali, kalıcı bir ayrılmadır, geçici niteliği yoktur; tıpkı istifa gibidir. Dolayısıyla çekilme ve ayrılma aynı kavramlar olmamakla birlikte, ayrılma kapsamında bulunan emekliye ayrılma, çekilmeyi ifade eden istifayla aynı sonucu haizdir.

D. KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVDEN ÇEKİLMESİNE İLİŞKİN GÜNCEL BİR YSK KARARI: ATILLA SERTEL'İN ADAYLIĞININ İPTALİ

Atilla Sertel'in, 7 Haziran 2015 seçimleri milletvekilliği aday adaylığı sürecinde, *Basın İlan Kurumu'ndaki görevinden süresi içinde istifa etmediği* gerekçesiyle hakkında yapılan itirazı haklı bulan Yüksek Seçim Kurulu, 18.04.2015 tarih ve 2015/691 sayılı kararı ile Sertel'in 7 Haziran 2015 milletvekili seçimlerinde İzmir 2. Bölge milletvekilliği adaylığını iptal etmiştir.²⁷

YSK kararını doğru değerlendirebilmek için öncelikle şahsın “kamu görevlisi” sıfatını haiz olup olmadığını ortaya koymak gerekir. Basın İlan Kurumu, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurumdur. Ancak ilgili Basın İlan Kurumunda çalışmamakta, Kurumun Genel Kurulunda İzmir Gazeteciler Cemiyetini temsil etmektedir. Genel Kurul “gazete temsilcileri”, “hükümet temsilcileri” ve “tarafsızlar” olarak adlandırılan üniversite ve meslek örgütü temsilcilerinden oluşmaktadır. Temsilci olarak katıldıkları, 3 ayda bir toplanan bu grup nedeniyle kişilerin kamu görevlisi niteliği tartışılmalıdır.

²⁵ ATAY, s. 907 vd.

²⁶ YSK Karar No: 276, 15.11.2008. Karar için bkz. Bahadır DOĞUSOY / Kutlay TELLİ, **2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ve Uygulaması**, Anses İletişim Yayınları, Ankara, 2011, s. 301 vd. İlgili karara YSK internet sitesinden de ulaşılabilir: <http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Kararlar/2008-276.pdf>, Erişim Tarihi: 12.08.2015.

²⁷ AYM, Başvuru Numarası: 2015/6723, Karar Tarihi: 14.07.2015, R.G. 07.10.2015, Paragraf 16.

Sertel, YSK kararları kesin olduğundan, bu nedenle başvurulacak başkaca bir kanun yolu kalmadığından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, Yüksek Seçim Kurulu'nun 05.01.2015 tarihli kararı²⁸ gereği, istifasının gerekmediğini ileri sürmüştür.²⁹ Anayasa Mahkemesi, bu konuda Anayasa'nın 79. maddesi uyarınca YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamadığını belirterek, başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³⁰:
“...Tartışılması gereken temel husus, YSK'nın yargı yeri ve kararlarında yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi Anayasa'nın 79. Maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi karşısında YSK kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenip incelenemeyeceği sorunudur. Bu konunun aydınlatılmasında Anayasa'nın anılan hükmünde geçen “Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” İbaresini ve 298 sayılı Kanun'un 132. Maddesinde geçen “Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.” İbaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan “merci” ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer ve makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dahildir. Buna göre anılan hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir.”

Bu kararıyla Yüksek Mahkeme, karşı oylarda aksi savunulsa da, YSK kararlarının bireysel başvuruya konu olamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, konu bakımından yetkisizlik kararı verdiğinden, değerlendirmesinde başvurucunun kamu görevlisi olup olmadığını tartışmamıştır. Ancak PAKSÜT tarafından yazılan karşı oyda kamu görevliliği bakımından ilgilinin durumu değerlendirilmiştir. 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkilane Dair Kanunu'nun genel kurul üyeleri bakımından kamu görevlisi statüsü ihdas etmediği ve Kanunun 50. Maddesinde genel kurul üyelerinin işleyecekleri suçlar dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun devlet memurlarına ait hükümleri ile cezalandırılacağı yönündeki düzenlenmenin üyelerin kamu görevlisi olmadığını gösterdiği ifade edilmiştir.

²⁸ YSK, Karar No: 6, 05.01.2015, R.G. 06.01.2015.

²⁹ Atilla Sertel'in, adaylığının YSK tarafından iptali bireysel başvuru yaptığına ilişkin haber metni için bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/259561/Atilla_Sertel_Anayasa_Mahkemesine_basvurdu.html#, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

³⁰ Paragraf 40.

Görüldüğü üzere, ilgili düzenlemelerde açıkça sayılan kamu görevlileri dışında kalan ve kamu görevlisi olup olmadığı tartışmalı olan kişilerin istifa edip etmemesine ilişkin karar YSK'nın takdirindedir.

BÖLÜM II: DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇEKİLENLERİN GÖREVE DÖNMESİ

A. GÖREVE DÖNMEYE İLİŞKİN GENEL DÜZENLEME

657 sayılı Kanun, çekilen kamu görevlilerinin göreve dönmelerine ilişkin aykırılığın türüne göre çeşitli süreler öngörmüştür. “Çekilen ve çekilmiş sayılanların yeniden atanmaları” başlıklı 97. madde³¹, mali ve cezai sorumlulukları saklı kalmak üzere, hangi kamu görevlilerinin hangi sürelerde göreve dönebileceklerini düzenlemektedir.

Memurluktan çekilenlerin yeniden atanmalarını düzenleyen 92. madde, birinci fıkrasında, iki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleriyle çekilenlerden veya bu Kanun hükümlerine göre çekilmiş sayılanlardan tekrar memurluğa dönmek isteyenlerin, ayrıldıkları sınıfta boş kadro bulunmak ve bu sınıfın niteliklerini taşımak şartıyla ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine veya 71 inci madde hükümlerine uyulmak suretiyle, diğer bir sınıfta eşit derecedeki kadrolara atanabileceklerini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, 657 sayılı Kanuna tabi olmayan personelden kendi istekleri ile görevinden çekilmiş olanlar, boş kadro bulunmak ve gireceği sınıfın niteliklerini taşımak kaydı ile bu Kanuna tabi kurumlardaki memuriyetlere atanabilirler. Maddenin 3. Fıkrası ise, milletvekili ve bakanlara ilişkin ayrıksı bir hükme yer vermektedir: “*Yasama görevinde veya bakan olarak geçirilen her yıl bir kademe ilerlemesi ve her iki yıl bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir.*”

Kamu görevlilerinin milletvekilliği adaylığı için görevden çekilip, aday olamama ya da seçilememe halinde göreve dönmeleri, bu genel düzenlemelerden ayrı biçimde, özel bir hükümle düzenlenmiştir. 657

³¹ 657 sayılı DMK, madde 97: “*Memurlardan mali ve cezai sorumlulukları saklı kalmak üzere;*
A) 94 üncü maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkrasına uygun olarak memuriyetten çekilenler altı ay geçmeden,
B) Bu Kanuna göre çekilmiş sayılanlar ile 94 üncü maddenin 2 nci fıkrasına uymadan görevlerinden ayrılanlar bir yıl geçmeden,
C) 95 inci maddede yazılı zorunluluklara uymayanlar 3 yıl geçmeden,
D) 96 ncı maddede aykırı hareket edenler hiçbir surette,
Devlet memurluğuna alınamazlar.”

sayılı Kanununun 92. maddesi hükümleri, seçimler dışındaki bir sebeple ayrılanların dönmesine ilişkindir. Seçimlere katılmak üzere istifa edenlerin göreve dönüşüne ilişkin olarak, 298 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun” Ek 7. maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. Milletvekili adaylığı için kamu görevinden çekilen ancak milletvekili adayı olamayan ya da milletvekili seçilmeyen kişilerin göreve dönmeleri bakımından özel hüküm niteliğindeki Ek 7. madde uygulanmaktadır. 657 sayılı Kanununun 92. Maddesi, göreve dönmeye ilişkin genel düzenleme olup, seçimlere katılmak üzere görevlerinden çekilen kamu görevlilerinin göreve dönmesi halinde uygulanmamaktadır.

**B. ADAY OLAMAYANLARIN YA DA SEÇİLEMEYENLERİN
GÖREVE DÖNMESİ BAKIMINDAN TEMEL DÜZENLEME:
298 SAYILI SEÇİMLERİN TEMEL HÜKÜMLERİ
HAKKINDA KANUN’UN EK 7. MADDESİ**

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkında Kanun’un Ek 7. maddesi göreve dönmeye ilişkin temel düzenlemedir. Anayasa md. 76 ve Milletvekili Seçim Kanunu md. 18 gereği milletvekili adayı olmak ve seçilebilmek için kamu görevinden istifa edenlerin aday olamamaları ya da aday olduktan sonra milletvekili seçilememeleri halinde, çekildikleri görevlerine geri dönebilmeleri mümkündür.

Maddeye göre, “*Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.*”

298 sayılı Kanuna göre, sadece “yüksek mahkeme üyeleri”, “hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar” ile “subay ve astsubaylar” göreve dönebilirler.³² Milletvekili Seçimi Kanunu ise, “subay ve astsubayların” göreve dönebileceğini düzenlemiştir. Tüm bu düzenlemeler bakımından üst norm olan Anayasa md. 76’da ise göreve dönme ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu kişilerin göreve dönebilmeleri, yaptıkları

³² 298 Sayılı Kanunda 2005 yılı değişiklikleri yapılmadan önce, sadece subay ve astsubaylar seçimlerde aday veya aday adayı olmak için istifa ettiklerinde göreve dönebilmekteydi. Yasağın kapsamı 2005 yılındaki değişikliklerle genişletilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNER, s. 769 vd.

görev nedeniyle tarafsızlıklarını kaybetmelerinden kaynaklanmaktadır. Ancak, bu kuralın yerindeliği ve eşitlik ilkesi karşısında varlığının hukukiliği tartışılabilir.³³

Ek md. 7'deki düzenlemeye göre, görevden çekilen kişilerin kamu görevlerine dönmek istemeleri halinde idarenin takdir hakkı yoktur; idare bağlı yetkiye sahiptir. Kişiler talep etmeleri halinde göreve dönebilirler. "Seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içerisinde müracaat etmek kaydıyla" ibaresi önemlidir. Bu süre, açıktır ki başvurunun yapılabileceği en son tarihi ifade etmektedir. Bu durumda, sürenin başlangıcına ilişkin nasıl bir değerlendirme yapmak gerekir? Madde metninde seçim sonuçlarının ilanından itibaren 1 ay içerisinde başvurulacağı ifade edilmiştir. İlandan önce başvuru yapıp yapılamayacağı net değildir. Ancak Danıştay kararları, aday olamayan ya da seçilemeyen kişilerin seçim sonuçları beklenmeden göreve dönmek için başvuru yapılabileceği yönündedir.

Danıştay 12. Dairesi'nce incelenen bir olayda³⁴, tetkik hâkimi düşüncesinde davacının öncelikle söz konusu kadroya atanması gerekirken isteminin Yüksek Seçim Kurulu tarafından seçim sonuçlarının ilanından sonra dikkate alınacağı gerekçesiyle reddinde hukuka uyarlık görülmediği vurgulanmıştır. Daire, bu doğrultuda, davacının göreve iade istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuki isabet görülmediğine hükmetmiştir.

Danıştay 12. Dairesi'nin bir başka kararında³⁵, ilk derece mahkemesinin "2972 sayılı yasanın geçici 13. maddesi hükmü gereğince seçimi kaybedenlerin sonuçların Yüksek-Seçim Kurulunca ilanını takip eden bir ay içinde müracaatta bulunmaları halinde eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık dereceleriyle başka bir göreve atanmalarının idarelerce uyulması gerekli

³³ Örneğin, 7 Haziran 2015 seçimlerinde Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarının göreve dönmesi tarafsızlığını kaybettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Bkz. <http://odatv.com/n.php?n=hakanfidan-neden-mitin-basinda-duramaz-1503151200>, Erişim Tarihi: 12.08.2015) Devletin istihbarat teşkilatının başındaki kamu görevlisinin bir siyasi partiden aday olmak için istifa etmesi, ancak adaylıktan vazgeçerek göreve dönmesi tarafsızlığını ortadan kaldırmaktadır. İlgili madde yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar bakımından tarafsızlığı önemserken, devletin istihbarat teşkilatının başı olan MİT Müsteşarının tarafsızlığını neden önemsememektedir? Mevcut düzenlemeler bu soruya yanıt vermemektedir.

³⁴ Danıştay 12. Dairesi'nin 27.02.2001 tarih ve E. 1997/1057, K. 2001/678 sayılı kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı 1, 2003, s. 491 vd.

³⁵ Danıştay 12. Dairesi'nin 06.10.1997 tarih ve E. 1995/9351, K. 1997/1986 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

yasal bir zorunluluk olduğu, bu kanun hükmünün, kamu harcamalarındaki tasarruf tedbirlerine ilişkin genelge ile daraltılması ve genelgeden bahisle uygulanmasının engellenmesinin hukuken mümkün olmayacağı, bu durumda davacının göreve iade edilmemesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.” hükmünü onamıştır. Seçimin ertesi günü seçimi kaybettiğini anlaması üzerine, kişinin erken yaptığı başvurunun hak kaybına neden olmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bu konuya ilişkin bir başka yol gösterici açıklama, Devlet Personel Başkanlığı tarafından 2015 genel seçimlerine ilişkin yayınlanan rehberde³⁶ yer almaktadır. Rehberde göre, istifa etmiş ancak aday adayı veya aday olamamış kamu görevlilerinden geri dönüş hakkı bulunanların aday listelerinin kesinleşme tarihinden itibaren kurumlarına müracaat etmeleri halinde Yüksek Seçim Kurulu tarafından kesin seçim sonuçlarının açıklanması beklenmeksizin atamalarının yapılması mümkün bulunmaktadır. Rehberde vurgulandığı üzere, dayanak Danıştay ve YSK kararlarıdır.

C. GÖREVE DÖNMEDE İZLENECEK USUL

1. Göreve Dönme Yeni Bir Atama İşlemi İle Gerçekleşir

Danıştay 1. Dairesi, göreve dönmek isteyen kişiler bakımından ilk atama işlemiyle aynı usule tabi bir atama işleminin yapılması gerektiğini belirtmiştir³⁷: “Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin seçimlere katılmak üzere görevlerinden ayrılmaları üzerine kamu göreviyle ilişkileri kesilmiş olduğundan, ilgililerin adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde göreve dönmek için başvurmaları durumunda idarece yapılacak olanın öncelikle yasal koşulların oluştuğunu saptamak, daha sonra da bu kişilerin yeniden statüye dönmelerini sağlamak amacıyla bir atama işlemi tesis etmekten ibaret bulunduğu kuşkusuzdur. Yine, o göreve ilk atama hangi usulle yapılıyor ise, 298 sayılı Kanun Ek 7nci maddesi uyarınca yapılacak atamanın da aynı usulle yapılması gerektiği açıktır. Sonuç olarak; seçimlere katılmak üzere görevlerinden ayrılan ve adaylığı veya seçimi kazanamayan kamu görevlilerinin, seçim sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca ilanını takip eden bir ay içinde başvurmaları kaydıyla eski görevlerine veya durumlarına

³⁶ http://www.tbb.gov.tr/storage/userfiles/rehber_ve_bilgi_notlari/2015_secim_rehberi_dpb.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

³⁷ Danıştay 1. Dairesi'nin 26.10.1992 tarih ve E. 1992/313, K. 1992/339 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 87, 1993, s. 61 vd.

uygun bir göreve dönebilmeleri için idarelerce gerekli atama işleminin tesisi zorunlu...”

Kararda, açıkça göreve dönmenin yeni bir idari işlemle yapılacağı belirtilmiştir. Atamaya yönelik yeni bir idari işlem yapılırken, göreve dönmek isteyen kamu görevlisinin aranan yasal koşulları taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Yapılacak atama işleminin, ilk atama işlemiyle aynı usullere tabi bir işlem olduğu da kararda vurgulanmaktadır.

Doktrinde, yeniden yapılan atama işlemleriyle ilgili olarak, Devlet Memurları Kanunu'na göre kendi istekleriyle iki defadan fazla istifa edenlerin tekrar atanamayacaklarına ilişkin genel düzenlemenin, milletvekilliği için istifa durumunda uygulanmayacağı savunulmuştur.³⁸ Kişinin anayasal ve yasal bir zorunluluk gereği istifa etmesi nedeniyle göreve dönme hakkının iki defayla sınırlı tutulmasının seçilme hakkına ve eşitlik ilkesine aykırı olacağı savunması haklı gözükmeyle birlikte, tereddütlü yaklaşılması gereken bir görüştür. Tereddüdün kaynağı, milletvekilliği için kamu görevinden çekilmenin, istifa hükmünde olmasıdır. Yasal bir düzenlemeyi, aynı nitelikteki işlemlere farklı uygulamanın yine yasal bir gerekçesi olmalıdır. 298 sayılı Kanunun ek 7. maddesi, göreve dönmeye ilişkin herhangi bir sınırlamadan söz etmemektedir.

Bu tereddüdü saklı tutarak, temel hak ve özgürlükler lehine yorum yapmanın doğru olacağı kanaatindeyiz. Göreve dönme bakımından herhangi bir sınır olmadığı ve bu durumun istifaya ilişkin genel düzenlemenin bir istisnasını oluşturduğunun kabulü gerekir.

2. İdarece Uyulması Gereken Süre

298 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde, kişilerin göreve dönme talebiyle idareye başvurmaları üzerine, idare tarafından göreve başlatılmaları bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu konudaki belirlemeler, Danıştay kararları doğrultusunda yapılmaktadır. Danıştay kararlarında, aday olamayan veya seçilemeyen kişinin kamu görevine dönüşünün gerçekleştirilmesinde esas alınmak üzere, “makul süre” ve “60 günlük dava açma süresi”nden bahsedildiğini görüyoruz.

³⁸ KAYA, s. 283.

Danıştay 12. Dairesi'nin bu konudaki bir kararına³⁹ göre, göreve iade, kadronun boş ya da dolu oluşu göz önünde bulundurularak makul bir sürede yapılmalıdır ve olayda söz konusu olan 18 günlük süre makul bir süre değildir: “298 sayılı Kanunun Ek 7. maddesinde, seçime katılmak için görevlerinden ayrılanların öngörülen sürede müracaat etmeleri halinde göreve dönebilecekleri hükme bağlanmış ancak bu durumdakilerin ne kadar süre içinde göreve başlatılacakları konusunda açık bir düzenleme getirilmemiştir. Dolayısıyla ilgililerin eski görevlerine dönmek için yaptıkları başvuruyu takiben idarece kadronun dolu ya da boş olması, ilgilinin atanma şekli gibi hususlar göz önünde tutularak atama işleminin tekemmül ettirilebilmesi için İdareye atama konusunda makul bir süre tanınması gerektiği açıktır. Bu durumda davacının, göreve iade edilmesi istemiyle idareye başvurduğu 19.9.2002 tarihinden, aday olamaması nedeniyle önceki görevine iade istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin tesis edildiği 7.10.2002 tarihi arasındaki süreye ait maddi haklarının davacıya ödenmesi ve özlük haklarının tanınması mümkün bulunmamaktadır.”

Danıştay 12. Dairesi bir başka kararında⁴⁰, 60 günlük dava açma süresi geçtikten sonra hala göreve başlatılmamış olan kişinin, 60 günün bitiminden göreve başlatılana kadarki sürede uğradığı maddi zararın tazminine hükmetmiştir. Karara göre, “...ilgililerin eski görevlerine dönmek için yaptıkları başvuruyu takiben idarece kadronun dolu ya da boş olması, ilgilinin atanma şekli gibi hususlar göz önünde tutularak atama işleminin tekemmül ettirilebilmesi için idareye atama konusunda makul bir süre tanınması gerektiği ve bu sürenin de dava süresi kadar olmasının hukuka ve hakkaniyete uygun düşeceği açıktır. Bu durumda davacının, göreve iade edilmesi istemiyle idareye başvurduğu 4.1.1996 tarihini izleyen 60 günlük dava açma süresinin sonu olan 4.3.1996 tarihi ile göreve iade edildiği 1.4.1996 tarihi arasındaki süreye ait maddi haklarının davacıya ödenmesi mümkün bulunmaktadır.”

³⁹ Danıştay 12. Dairesi'nin 17.03.2006 tarih ve E. 2003/4641, K. 2006/972 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*; Kişiyi göreve başlatmak için idareye makul bir süre tanınması gerektiği ve bu süre içerisinde göreve başlatılan kamu görevlisine tazminat ödenmesini haksız bulan Danıştay kararları da “makul süre” kavramından bahsetmektedir. Örneğin, Danıştay İDDGK'nun 07.05.1999 tarih ve E. 1997/414, K. 1999/538 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*; Danıştay 12. Dairesi'nin 27.02.2001 tarih ve E. 1997/1057, K. 2001/678 sayılı kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı 1, 2003, s. 491 vd.

⁴⁰ Danıştay 12. Dairesi'nin 09.10.2000 tarih ve E. 2000/1231, K. 2000/3283 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*; Aynı yönde Danıştay İDDGK'nun 19.02.2004 tarih ve E. 2001/841, K. 2004/175 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

Söz konusu kararlar doğrultusunda, makul süre olarak 60 günlük dava açma süresinin esas alınması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. 60 günlük süre, idari yargılama usulü bakımından dava açma süresini ifade etmekle birlikte, idari usul bakımından idarelerin genel olarak cevap vermediği halde yapılan başvuruları zımnen reddettiğini ifade eden bir süredir. Kadronun boş ya da dolu olması hallerinin de göz önünde bulundurularak bu sürede kişinin göreve dönmesine ilişkin bir idari işlem tesis edilebileceği kabul edilmelidir.

İlaveten belirtmek gerekir ki, tarafımızdan 60 gün olarak kabul edilen makul sürede atama yapılmazsa, açılacak bir tam yargı davasında, idare “hizmet kusuru”⁴¹ nedeniyle kişinin zamanında göreve başlatılmaması nedeniyle uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. Danıştay 12. Dairesi, yukarıda bahsettiğimiz E. 2000/1231 sayılı kararında 60 günlük dava açma süresinin sonu ile kişinin göreve başlatıldığı süre arasında kalan süreye ait maddi hakların davacıya ödenmesine karar vermiştir.

3. Kadronun Boş Bulunmaması Hali

Ek md. 7’ye göre, adaylığı veya seçimleri kaybedenlerin eğer ayrıldıkları kadro boş ise önceki görevlerine dönmeleri asıldır. Ancak başvuru tarihinde kadro dolu ise “kazanılmış hak aylık derecelerindeki eşdeğer bir göreve” döndürülmeleri gerekir.

Danıştay İDDGK 2004 tarihli bir kararında⁴², davacının çekildiği (...) İli Kültür Müdürlüğü kadrosunun boş olmasına rağmen, idare tarafından başka bir

⁴¹ Hizmet kusuru kavramı, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanmaktadır: “İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilecek hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve bu nedenle doğan zararın, zararlı idari işlem veya eylem arasında nedensellik bağının kurulabilmesi halinde, idarece tazmin edilmesini gerektirmektedir. Öte yandan, idarenin faaliyetlerini yerine getirirken kimsenin zarar görmemesi için gerekli önlemleri alması zorunludur. Bu zorunluluğun gereği gibi yerine getirilmemesi, hizmetin amacına uygun biçimde işlemediğini, yeterli önlem alınmadığını gösterir.” Danıştay İDDK’nun 24.02.2011 tarih ve E. 2007/1884, K. 2011/88 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*; İdarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Cüneyt OZANSOY, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989, *passim*; Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 742-743.

⁴² Danıştay İDDGK’nun 19.02.2004 tarih ve E. 2001/841, K. 2004/175 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

göreve, Anıtlar ve Müzeler Genel Müdürlüğü Uzmanlığına atanmasını hukuka aykırı bulunmuştur. Kararda, “...böylece görevlilerinin adaylığı ya da seçimi kaybetmeleri halinde istekleri üzerine eski görevlerine döndürülmelerinin asıl olduğu, ancak başvuru tarihinde kadronun dolu olması durumunda kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka göreve atanmalarının öngörüldüğü, bu durumda, seçime katılmak için ayrıldığı... İl Kültür Müdürlüğü kadrosunun davacının başvuru tarihi itibarıyla boş olması halinde bu göreve, aksi halde eş değer bir kadroya atanması gerektiği ve 13.9.1999 tarihli ara kararına davalı idare tarafından savunmada verilen cevaptan davacının başvuruda bulunduğu tarihte... İl Kültür Müdürlüğü kadrosunun boş olduğunun anlaşıldığı, buna göre davacının önceki görevine iadesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuki isabet görülmediği...” sonucuna varılmıştır.

Danıştay İDDGK, 1998/31 sayılı kararında⁴³, kadronun göreve dönmek için başvuru yapıldığında dolu olması halinde, kişinin eşdeğer bir göreve atanmasını hukuka uygun bulmuştur: “...eski görev kadrosu idareye başvurduğu tarihte hukuken dolu olan davacının yukarıda anılan Kanunun idareye verdiği yetki içinde eşdeğer bir kadro olan Başbakanlık Müşavirliğine atanmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir.”

Danıştay, söz konusu kararında, vekaleten nitelendirilemeyecek olan görevlendirmenin, kadronun dolu olduğu anlamına geldiğini de vurgulamıştır: “...yapılan görevlendirme işlemi vekalet olarak nitelendirilemeyeceğinden uyumsuzluk konusu olan kadronun dolu olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda eski görev kadrosu idareye başvurduğu tarihte hukuken dolu olan davacının yukarıda anılan Kanunun idareye verdiği yetki içinde eşdeğer bir kadro olan Başbakanlık Müşavirliğine atanmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir.” Dikkat etmek gerekir ki, eşdeğer göreve döndürülebilmeleri için, çekildikleri kadronun “asaleten dolu olması” gerekir. Kadro vekâleten dolu ise, adaylığı veya seçimleri kaybedenlerin önceki görevlerine döndürülmeleri gerekir.⁴⁴

4. Rektörlük, Dekanlık, Belediye Başkanlığı Gibi Görevlere Dönme

Kural olarak, seçimle gelinen ve belirli bir süre ile sınırlı olan görevlere geri dönülemez. Söz konusu kural, Danıştay ve YSK kararlarıyla

⁴³ Danıştay İDDGK'nun 01.10.1999 tarih ve E. 1998/31, K. 1999/847 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

⁴⁴ KAYA, s. 286.

belirlenmiştir. Danıştay 8. Dairesi'nin 1996/5080 Esas sayılı kararına⁴⁵ konu uyuşmazlık, ... Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Dekanı iken görevinden ayrılarak katıldığı milletvekili seçimini kazanamayan davacının görevine döndürülmesi istemiyle yaptığı başvuru üzerine, dekan olarak değil, öğretim üyesi olarak atanmasına ilişkin işlemde doğmuştur.

İlgili karara göre, “*Davacının asıl görevi öğretim üyeliği olup, istifa etmeden önce yürüttüğü Dekanlık görevi ise seçimle gelinen ve belli bir süre ile sınırlı olan ikinci bir görevdir. Belirli bir süre için seçimle gelinen bir görevin istifa yoluyla boşaltılması durumunda, ilgilinin yarım kalan görev süresini tamamlamak üzere doğrudan ayrıldığı görevine atanması mümkün değildir. Aynı göreve yeniden atanmasının ilk atamasındaki usule göre yapılacağı, atanma şansının aynı görev için yeterliğe sahip, diğer adaylarla eşit olduğu ve atanıp atanmamasının, bu konuda takdir yetkisi verilmiş olan makam ve organların takdirine bağlı bulunduğu açıktır. Bu durumda, rektörlük tarafından davacının fen edebiyat fakültesi dekanı olarak Yükseköğretim Kuruluna önerilmeksizin, öğretim üyesi olarak atamasının yapılmasında, 2547 sayılı Yasanın 16. maddesi ile rektörlere tanınan takdir yetkisi nedeniyle hukuka aykırılık yoktur.*”

Danıştay 8. Dairesi'nin 1988 tarihli bir kararına⁴⁶ göre, belediye başkanının yeniden göreve gelebilmesi için yapılacak seçimi kazanması gerekir. Seçilmiş bir organın çekilme isteğinin tek taraflı irade açıklaması olduğu, gerek çekilme ve gerek bunun geri alınmak istenmesinde vesayet makamlarının bir yetkisi olmadığı, çekilme isteminde bulunulduğu anda, sonuç doğmuş ve görevden ayrılmış olduğu; bu durumun seçimle gelen organların görevlerinden çekilme veya yargı yolu ile uzaklaştırılabilecekleri yönündeki yasa kurallarının bir sonucu olduğu ve bu nedenle kişinin göreve dönemeyeceğine ilişkin işlemin hukuka uygun olduğu karara bağlanmıştır: “*...herhangi bir nedenle görevinden çekilmiş olan belediye başkanının çekilme isteğinin kabulü veya reddi söz konusu olmadığından, mülki amirlerin de bu yönde bir yetki ve görevleri de bulunmadığı gibi görevinden çekilen belediye başkanının yeniden görevine gelebilmesi için, yapılacak seçimi kazanması gerekir. Bu nedenle seçimlere katılmak üzere, görevinden çekilmiş olan davacının yeniden görevine dönemeyeceği yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*”

⁴⁵ Danıştay 8. Dairesi'nin 14.03.1997 tarih ve E. 1996/5080, K. 1997/874 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

⁴⁶ Danıştay 8. Dairesi'nin 28.09.1988 tarih ve E. 1988/670, K. 1988/613 sayılı kararı, *UYAP Mevzuat Bilgi Bankası*.

YSK ise, Danıştay ile aynı doğrultuda 1985 tarihli bir kararında⁴⁷, köy muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliğinden istifa dilekçelerinin verilmesiyle birlikte hüküm ifade edeceğine ve herhangi bir makam ya da merciin kabul kararı ile geri dönülemeyeceğine karar vermiştir.

Bu kararlar ışığında, Milletvekili genel seçimleri ya da yerel seçimler için istifa edip aday gösterilmeyen ya da milletvekili veya belediye başkanı seçilemeyen rektörler, bu kural gereği rektörlük görevlerine dönemeyecekler; fakat öğretim üyeliği görevlerine dönebileceklerdir. Çünkü rektörlük seçilerek geldikleri bir görev olmakla birlikte, öğretim üyeliği bir atama işlemine dayanan asıl kamu görevidir.

D. SEÇİMLE GELİNEREN GÖREVİ İFA ETTİKTEN SONRA GÖREVE DÖNME

Şimdiye kadar yapılan açıklamalar, aday olamama ya da seçilememe halinde göreve dönmeye ilişkindi. Bu durumda ilgili kurum kişiyi boşsa çekildiği göreve, doluya kazanılmış hak aylık derecelerindeki eşdeğer bir göreve atamalıdır. Ancak seçildikten sonra belirli bir süre görev yapıp göreve dönmek isteyenlerin durumu farklıdır.

Kişiler milletvekili olarak görev ifa ettikten sonra, önceki görevine dönme talebiyle ilgili kurumlarına başvurabilirler. Bazı kamu görevlilerinin ilgili olduğu mevzuatta söz konusu hak düzenlenmiştir. Örneğin, Yükseköğretim Kanunu'nda seçimle gelinen görevi ifa ettikten sonra öğretim üyelerinin çekildikleri göreve dönmek istedikleri durumlarda, üniversitelerin takdir hakkı olmadığı ve kadro koşulu aranmaksızın göreve döndürülmeleri gerektiği belirtilmiştir. İlgili düzenleme Kanun'un 60. maddesinde yer almaktadır: “Bir süre öğretim üyesi olarak çalıştıktan sonra Bakanlar Kuruluna veya Yasama Organı Üyeliğine seçilenler, bu görevlerde geçirdikleri süreler hesaba katılmak ve buna göre aylık dereceleri yükseltilmek, meslek unvan ve sıfatlarını kazanma ile ilgili hükümler saklı kalmak şartıyla başvurmaları halinde bu Kanun hükümlerine göre ayrıldıkları yükseköğretim kurumuna kadro koşulu aranmaksızın dönerler.” Görüldüğü üzere ilgili Kanun, idareye takdir hakkı tanımamıştır.

Oysaki Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda idareye, çekilen kamu görevlilerinin milletvekilliğini ifa ettikten sonra kamu görevine dönmesi konusunda takdir yetkisi tanıdığını görüyoruz. İlgili 40. maddenin birinci ve üçüncü fıkrası hükmü şöyledir: “(1) Hâkimlik ve savcılık mesleğinden kendi istekleriyle çekilen veya emekli olanlardan tekrar mesleğe dönmek

⁴⁷ YSK, Karar No: 504, 1985. Karar için bkz. KAYA, s. 285.

isteyenler, mesleğe kabulde aranan nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşulu ile ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanabilirler... (3) Yukarıda yazılı atamalarda, isteklilerin mesleğe alınıp alınmayacakları Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belli edilir.”

Bu farklı düzenlemeler, kamu görevlileri arasında göreve dönme bakımından eşitsizlik yaratmaktadır. Takdir yetkisinin tanındığı hâkim ve savcıların göreve dönmesi konusunda, ilgili kişilerin yerine getirdikleri hizmet gereği tarafsızlıklarına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, idarenin de bu değerlendirmeyi ne derece sağlıklı ve yerinde yapacağı tartışmaya açıktır.

Öte yandan, aday olamayan ya da seçilemeyenlerin göreve dönmesinde idarenin takdir hakkı yokken, görev ifa ettikten sonra göreve dönmesinde idareye takdir hakkı tanımak da eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir. Oysaki iki durum arasında fark gözetilmemesi gerekir. Göreve dönmek isteyen, seçilsin ya da seçilmesin bir siyasi partiden yana görüşünü açığa vurmuş bir kişidir. Ya her iki durumda da idarenin takdir hakkı olmalı ya da her iki durumda da bağlı yetkisi bulunmalıdır.

Konuyu insan hakları odaklı değerlendirdiğimizde, olması gerekenin kişilerin görevlerine dönebilmesi olduğunu belirtmek gerekir. Aktif statü hakkı olan siyasi katılım hakkı ile pozitif statü hakkı olan kamu hizmetlerine katılma hakkının birbirinin yerine tercih edilmesi düşünülemez. Siyasi görüşünü açığa vurmuş olmanın kamu görevliliği ile bu kadar iç içe yorumlanması doğru bir yaklaşım değildir. Siyasi görüşünü kamu hizmetini görürken kullanan, yaptığı işlem ve eylemlerde kamu yararı dışında amaçlar güden bir kamu görevlisi elbet denetime tabi olmalıdır. Ancak görev yaptıktan sonra kişilerin göreve dönebilmesi yolunun açık tutulmuş olması, aday olamayan ya da seçilemeyenler bakımından amaçlandığı savunulan tarafsızlığı sağlamayla bağdaşmamaktadır.

E. MAHRUM KALINAN HAKLAR

Seçimde aday olabilmek için istifa eden memurlar, memuriyete ilişkin haklardan yararlanma bakımından normal şekilde istifa eden memurlarla aynı durumdadırlar. Bu şekilde görevlerinden ayrılan memurların görevlerinden ayrı kaldıkları sürece memuriyete ilişkin özlük haklarından yararlanmaları mümkün olmadığı gibi bu sürelerin emeklilik bakımından değerlendirilmesine de imkân bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, aday olamamaları ya da aday olup da seçimi kazanamamaları üzerine görevlerine geri dönmeleri halinde, görevden ayrı

kaldıkları süre için kendilerine mali ve sosyal haklar kapsamında hiçbir ödeme yapılmayacak, bu döneme ilişkin olarak sosyal güvenlik kesintileri de kurumları tarafından ödenmeyecektir. Bunun nedeni, istifa ile kamu görevlisinin statüsünden ayrılmış olmasıdır.⁴⁸

Bu durum, bireylerin aktif statü hakkı olan seçilme hakkını kullanırken işlerinden, gelirlerinden ve özlük haklarından mahrum kalmalarına neden olduğundan eleştirilebilir. Ancak kamu yararı amacıyla seçimlerin tarafsızlık ve adalet içerisinde yürütülebilmesi için bireylerin bu süreçte kamu görevlerinden ayrı kalması gerekliliği de göz ardı edilmemelidir. Söz konusu iki durum arasında dengenin sağlanması gerekir. Görevden çekilme zorunluluğu Anayasada düzenlendiğinden, burada kamu yararı ve kamu düzeni kavramlarına, seçilme hakkı karşısında üstünlük tanınmıştır diyebiliriz.

F. 2015 YILI 25. DÖNEM MİLLETVEKİLİ GENEL SEÇİMİNDE ADAY OLMAK İSTEYEN KAMU GÖREVLİLERİYLE İLGİLİ REHBER

Devlet Personel Başkanlığı'nın sayfasından şuan erişilebilir olmayan, ancak Barolar Birliği'nin internet sayfasından ulaşılabilen 2015 Genel Seçimlerine ilişkin rehberde⁴⁹, aday olabilmek için istifa eden kamu görevlilerinin göreve dönmelerine ilişkin birtakım kurallar yer almaktadır. Rehberde, mevcut kanuni düzenlemeler, idari yargı yeri kararları ve YSK kararları çerçevesinde 2015 genel seçiminde kamu görevlilerinin görevden çekilmeleri ve sonrasında göreve dönmelerine ilişkin belirlemeler yapılmıştır.

Rehberde göre, “yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç” seçimlerde aday olabilmek için görevlerinden ayrılmak zorunda olan kamu görevlileri, adaylık veya seçim sonuçlarına göre yeniden göreve dönebilecek olup, bu konuda kamu idarelerinin *takdir hakkı bulunmamaktadır*. Ayrıca, idari yargı mercileri tarafından konuya ilişkin verilmiş kararlarda, seçimlere katılmak üzere istifa eden ancak aday listelerinde yer alamayanların, başvuruda bulunması ve seçime katılmak için ayrıldığı kadronun boş olması halinde, *YSK Başkanlığı'nca kesin seçim sonuçlarının açıklanmasından önce* eski görevlerine dönmelerinin mümkün olacağına hükmedilmiştir.

⁴⁸ GÜNDAY, s. 616 vd.

⁴⁹ 2015 Yılı 25. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Aday Olmak İsteyen Kamu Görevlileriyle İlgili Rehber, http://www.tbb.gov.tr/storage/userfiles/rehber_ve_bilgi_notlari/2015_secim_rehberi_dpb.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

Yüksek Seçim Kurulu da, adaylığı ve seçimi kaybeden memurların göreve döndürülmesi konusunda Danıştay kararları doğrultusunda işlem yapılmasının uygun olacağını belirtmiştir.⁵⁰ Buna göre, istifa etmiş ancak aday adayı veya aday olamamış kamu görevlilerinden geri dönüş hakkı bulunanların aday listelerinin kesinleşme tarihinden itibaren kurumlarına müracaat etmeleri halinde, kesin seçim sonuçlarının açıklanması beklenmeksizin, Yüksek Seçim Kurulunca atamalarının yapılması mümkündür.

G. 7 HAZİRAN 2015 MİLLETVEKİLİ SEÇİMİ SÜRECİNDE MİT MÜSTEŞARI HAKAN FİDAN'IN ADAY ADAYLIĞINDAN ÇEKİLMESİ VE GÖREVE DÖNMESİ

Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı Hakan Fidan, 7 Haziran 2015 Milletvekili genel seçimlerinde aday adayı olabilmek için 10 Şubat 2015 tarihinden geçerli olmak üzere kamu görevinden istifa etmiş⁵¹, ancak bir süre sonra aday adayı olmaktan vazgeçtiğini bildirerek görevine dönmek istemiştir.⁵² Bir Bakanlar Kurulu Kararı'yla⁵³ da görevine dönmüştür. Bu bilgiler ışığında cevaplanması gereken bazı sorular vardır: İstifanın ardından göreve dönmesi MİT Kanununda yer alan “5 yıl” şartı çerçevesinde mümkün müdür? “5 yıllık” engele takılmıyorsa, devam eden aday belirleme sürecinde görevine dönmesi hukuken mümkün müdür? Göreve yeniden atanmasında izlenecek usul nedir? Yapıldığı üzere Bakanlar Kurulu Kararı ile göreve dönmesi hukuka uygun mudur?

İstifanın ardından göreve dönmesi “5 yıl” şartı çerçevesinde mümkün olup olmadığı sorusu, MİT Kanunu'nun “İstifa” başlıklı 14. Maddesine göre cevaplanabilir. Maddeye göre, “*MİT fiili kadrosuna atanan personelden; bu teşkilattaki göreve başladıkları tarihten itibaren beş yıl geçmeden istifa edenler veya istifa etmiş sayılanlar, görevle ilişkilerinin kesildiği tarihten itibaren beş yıl geçmedikçe Devlet memurluğuna alınamazlar. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 97nci maddesinin (D) bendi hükümleri saklıdır.*”

⁵⁰ 2015 Yılı 25. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Aday Olmak İsteyen Kamu Görevlileriyle İlgili Rehber, s. 4.

⁵¹ Hakan Fidan'ın istifasına ilişkin haber metni için bkz. <http://www.cnnturk.com/haber/turkiye/hakan-fidan-istifa-etti>, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

⁵² Hakan Fidan'ın milletvekilliği adaylığından çekilmesine ilişkin haber metni için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/28410339.asp>, Erişim Tarihi: 15.04.2015.

⁵³ Hakan Fidan'ın Bakanlar Kurulu toplantısı sonunda göreve yeniden atanmasına ilişkin haber metni için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/28410339.asp>, Erişim Tarihi: 15.04.2015.

Burada tartışılmalı durum, Fidan'ın MİT'te çalışmaya başladığı 17 Nisan 2009 tarihinden itibaren mi, yoksa Müsteşar olduğu 10 Mayıs 2010 tarihinden itibaren mi 14. maddede öngörülen 5 yılın hesaplanacağıdır. Maddenin lafzından çıkan sonuç, MİT'te çalışmaya başladığı ilk tarihten, yani 17 Nisan 2009'dan itibaren 5 yılın hesaplanması gerektiğidir. Süre bakımından md.14'e göre göreve alınmasında bir hukuka aykırılık yoktur. 5 yıl çalışmış olma koşulunu sağlamaktadır. Kamu görevlisi olma bakımından statü MİT personeli olmaktır, müsteşar olmak değil. Bu nedenle MİT personeli olarak teşkilata dönmesinde sakınca yoktur.

İkinci soru, “5 yıllık” engele takılmıyorsa, devam eden aday belirleme sürecinde görevine dönmesinin hukuken mümkün olup olmadığıdır. Aday olamayanların göreve dönebileceği, yukarıda belirttiğimiz üzere ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Kanaatimizce adaylıktan vazgeçmeyi de aynı şekilde değerlendirmek gerekir. 298 sayılı Kanun Ek madde 7, buna engel değildir. Ayrıca, Devlet Personel Başkanlığı'nın 2015 Seçim Rehberi'nde⁵⁴ de “...istifa etmiş ancak aday adayı veya aday olamamış kamu görevlilerinden geri dönüş hakkı bulunanların...” ifadesiyle bu hususa açıkça izin verildiği görülmektedir.

Cevap bekleyen son soru, göreve yeniden atanmasında izlenecek usul ve yapıldığı üzere Bakanlar Kurulu Kararı ile göreve dönmesinin hukuka uygun olup olmadığıdır. Danıştay 1. Dairesi'nin 1992 tarihli bir kararına⁵⁵ göre, “...ilgililerin adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde göreve dönmek için başvuruları durumunda idarece yapılacak olanın öncelikle yasal koşulların oluştuğunu saptamak, daha sonra da bu kişilerin yeniden statüye dönmelerini sağlamak amacıyla bir atama işlemi tesis etmekten ibaret bulunduğu kuşkusuzdur. Yine, o göreve ilk atama hangi usulle yapılıyorsa, 298 sayılı kanun ek 7 nci maddesi uyarınca yapılacak atamanın da aynı usulle yapılması gerektiği açıktır... idarelerce gerekli atama işleminin yapılması zorunlu...”

MİT Kanunu md. 13'e göre, “Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı, Milli Güvenlik Kurulunda görüşüldükten sonra Başbakanın inhası ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır.” Yani, müsteşarın atanması müşterek kararname ile gerçekleştirilmektedir. Fidan, Cumhurbaşkanı ile görüşen

⁵⁴ 2015 Yılı 25. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Aday Olmak İsteyen Kamu Görevlileriyle İlgili Rehber, s. 4.

⁵⁵ Danıştay 1. Dairesi'nin 26.10.1992 tarih ve E. 1992/313, K. 1992/339 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 87, 1993, s. 61 vd.

Başbakanın onayı ile göreve geri dönmüştür. Yani sürece katılması gereken Milli Güvenlik Kurulu, sürece dahil olmamıştır. Yukarıda anılan Danıştay kararında belirtilen usule uyulmadan yapılan bu atama işlemi açıkça hukuka aykırıdır. Aslında Müsteşar atamaları md. 13'e göre gizli olduğundan ve Resmi Gazetede yayımlanmadığından nasıl bir usul izlenmiş olduğunu da net biçimde görmek mümkün değildir. Sadece Hükümet Sözcüsü Bülent Arınç'ın konuya ilişkin açıklamaları⁵⁶ çerçevesinde değerlendirme yapabilmekteyiz.

MİT Müsteşarının göreve dönmesi noktasında tartışılması gereken bir başka husus, müşterek kararname ile göreve gelen müsteşarın durumunun "seçilerek ve belirli bir süreyle" göreve gelenlerin durumuyla aynı değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Konuya bu açıdan baktığımızda; yeniden, eşit şartlardaki adaylar arasından ilk atandığı usulle seçilmesi gerekmez mi, sorusunu sormak ve tartışmak gerekir. Kanaatimiz MİT müsteşarı bakımından da göreve dönmenin dekanlık, rektörlük gibi değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. MİT Kanunu, Milli Güvenlik Kurulu'nda görüşüldükten sonra Başbakanın inhası ve Cumhurbaşkanının onayı ile müsteşarlık görevine atama yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle hukuka uygunluk noktasında Fidan'ın, istifa ettiği görevine yeniden aynı usulle atanması gerekirdi.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerinde aday olabilmek için görevden çekilmeleri ve aday olamamaları ya da seçilememeleri halinde göreve dönmeleri, Anayasa ve ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Kanunlarda düzenlenmeyen ya da yeterince açık olmayan hususlarda ise, Danıştay ve Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları doğrultusunda hareket edilmektedir.

Aday olamayan veya milletvekili seçilemeyen kamu görevlilerinin göreve dönmeleri, Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkında Kanun'un Ek 7. maddesince mümkün kılınmıştır. İdareler, aday olamayan veya milletvekili seçilemeyen ve göreve dönme talebinde bulunan kişileri göreve yeniden atamakla yükümlüdürler. Ancak atamanın yapılması gereken süre bakımından kanunda bir düzenleme yer olmadığından, Danıştay kararları çerçevesinde "makul süre" ve "dava açma süresi olan 60 gün" gibi süreler belirlenmiştir. Danıştay kararları incelendiğinde ve idari usul ile idari yargılamanın ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda 60 günlük dava açma süresinin göreve yeniden atanma bakımından makul süre olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁵⁶ <http://www.tarafsizbolge.com/genel/hakan-fidan-in-donusu-icin-3-farkli-kanun-var-h21139.html>, Erişim Tarihi: 12.08.2015.

Bir süre görev yaptıktan sonra dönmek isteyenler bakımından ise, ilgili kanunlarında farklı düzenlemeler yer almakta ve bazı idarelerin göreve iade konusunda bağlı yetkisi bulunurken bazılarının takdir yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, öğretim üyeleri bakımından üniversiteler bağlı yetkiye sahipken, hakim ve savcılar bakımından HSYK takdir yetkisine sahiptir. Bu farklı düzenlemeler kamu görevlileri arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Konunun idarelerin takdirine bırakılması, farklı uygulamaların hukuki güvenlik ilkesine zarar vermesi endişesi doğurmaktadır. Ayrıca bu uygulama hukuki belirlilik ilkesine de uygun değildir. Takdir hakkı yerine, seçilemeyenlerde olduğu gibi tüm görevliler bakımından idarelerin bağlı yetkisi kabul edilmelidir. Çünkü farklı uygulamalar konunun karmaşık hale gelmesine ve seçme seçilme hakkının eşitlik ilkesinden uzaklaşarak uygulanmasına yol açmaktadır.

Aday olamadığından göreve dönmek isteyenler ile milletvekilliği görevini yaptıktan sonra göreve dönmek isteyen *aynı mesleğe mensup kişiler* bakımından farklı hükümler uygulanması söz konusudur. Hakimler ve savcılar, adaylık için istifa edip aday gösterilmezlerse ya da milletvekili seçilemezlerse, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkında Kanun'un Ek 7. Maddesine göre görevlerine dönememekteler. Oysaki Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun çekilen kamu görevlilerinin milletvekilliğini ifa ettikten sonra kamu görevine dönmesine ilişkin 40. Maddesi HSYK'ya bu konuda takdir yetkisi tanımaktadır. Seçilip görev ifa ettikten sonra göreve dönebilmeleri mümkünken, aday olamayan ya da milletvekili seçilemeyenlerin göreve dönmeleri açıkça yasaklanarak aynı meslek grubuna mensup kişiler arasında dahi eşitsizlik oluşturulmuştur.

298 sayılı Kanunun Ek 7. maddesinde kamu görevlilerinin, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilecekleri düzenlenmiştir. Ancak maddede seçim sonuçlarını takip eden bir ay içinde ifadesiyle başvurulacak son süre belirtilmekte, sürenin başlangıcından bahsedilmemektedir. Danıştay ve YSK kararları doğrultusunda bu eksiklik giderilmiştir. Aday listelerinin kesinleşmesi tarihinden itibaren, kişilerin kurumlarına müracaat etmeleri halinde Yüksek Seçim Kurulu tarafından kesin seçim sonuçlarının açıklanması beklenmeksizin atamalarının yapılması mümkün kılınmıştır.

Görüldüğü üzere, kamu görevlilerinin göreve dönmesi bakımından var olan kanuni düzenlemeler yetersizdir ve eşitlik ilkesi bakımından sorunludur.

Görevden çekilme şartına kimlerin tabi olacağı konusunda her kamu görevlisinin tek tek belirtilmesi düşünülemez. Bu noktada YSK'nın Anayasa ve 2839 sayılı Kanununun 18. Maddesinde sayılan görevliler ve kamu görevlisi kavramını göz önünde bulundurarak karar vermesi sorun teşkil etmemektedir. Ancak göreve dönmeye ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi, bu sayede hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin sağlanması gereklidir. İdare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olma özelliği bağlamında Danıştay kararları eksikliği gidermektedir. Ancak kanunla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Seçilememe halinde göreve geri dönme sürecinde yaşanan sıkıntılar ve seçilip görev ifa ettikten sonra göreve dönmek istendiğinde, göreve dönmenin idarenin takdirine bağlı olması, kişileri aktif siyasete katılmadan uzaklaştırabilir durumlarıdır. Anayasa tarafından kişilere tanınan kamu görevlisi olma hakkı ile siyasete katılma hakları çatışmaktadır. Anayasanın tanıdığı bu haklardan biri diğerine üstün değildir. Ancak bu çatışma halinde haklardan biri göz ardı edilebilmekte, sınırlamaya tabi tutulmaktadır.

Özellikle adaylık süreci bakımından kişilerin ücretsiz izinli sayılması sonradan göreve geri dönme prosedürleriyle uğraşmama bakımından tartışılabilir. Ancak "kamu hizmetlerinin sürekliliği" ilkesi gereği hizmetin aksamadan devam edip etmeyeceğini göz ardı etmemek gerekir. Bir seçim sürecinde, istifa ile adayların belirlenmesi arasında yaklaşık iki aylık bir süre söz konusu olabilmektedir. Kamu hizmetleri bakımından bu sürenin uzunluğu aksaklıklara yol açabilecektir. Sonuçta kamu hizmetleri bakımından süreklilik ilkesi esastır. Örneğin istifa eden öğretim üyelerini ele alalım, açıktır ki bu süreçte yükseköğretim hizmeti aksayacaktır. Elbette siyasi katılım hakkı temel bir haktır ve kullanılması engellenemez. Ancak belirli şartlar çerçevesinde kullanılmaması kamu düzenine zarar verebileceğinden, hakkın kullanımında bazı sınırlar çizilebilir. Kamu yararı kavramı, bu yorumu zorunlu kılmaktadır. Nihayetinde öngörülen istifa şartı hukuka aykırılık oluşturmamaktadır.

Her iki hak arasında dengeyi ve kişiler bakımından eşitliği sağlayacak bir düzenleme yapmak gerekmektedir. Kamu yararı amacına hizmet eden göreve ilişkin bir kadronun boş bekletilmesi elbet düşünülemez; ancak kadrolara vekâleten görevlendirmeler yapılması düşünülebilir. Çünkü aslen görevlendirme yapılmadıysa, kadro boş olduğundan kişi adaylık ya da seçim süreci sonrası çekildiği görevine dönebilmektedir. Göreve dönmeye ilişkin temel düzenleme olan Ek 7. Madde göreve dönmeyi mümkün kıldığından ve asıl olan çekildiği göreve atanmak olduğundan bu çözüm düşünülebilir.

Göreve dönmenin yasaklanması, Anayasa tarafından kişilere tanınan kamu hizmetine girme hakkı ile seçme ve seçilme hakkı çatıştığında kişileri bir haktan yoksun bırakmaktadır. Oysaki bu haklardan birini tanımak için kişiyi öteki haktan yoksun bırakmak doğru bir tercih değildir. Kişilerin siyasi katılım haklarını kullanmaları, kamu hizmetine katılma bakımından aleyhlerine sonuçlar doğuracak şartlarla mümkün kılınmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ekim, 2012.

ATAY, Ethem Ender: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

BAŞTERZİ, Fatma: “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sarper Süzek’e Armağan Cilt II**, s. Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1301-1315.

DEMİRCİOĞLU, Murat / KAPLAN, Hasan Ali: “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.5.2012, 5.11.2012 Ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15 (Özel Sayı), 2013, s. 51-80.

DOĞUSOY, Bahadır / TELLİ, Kutlay: **2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ve Uygulaması**, Anses İletişim Yayınları, Ankara, 2011.

DÖNER, Ayhan: “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 58, Sa. 4, 2009, s. 737-776.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

KALAFAT, Ahmet: “Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukuki Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 12, Sa. 24, Güz 2013/2, s. 149-172.

KAYA, Cemil: “Kamu Görevlilerinin Seçimlere Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, Sa. 1-2, Haziran-Aralık 2004, s. 273-290.

KAYA, Cemil: “Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 13, Sa. 1, Ocak 2004, s. 33-49.

OZANSOY, Cüneyt: **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989.

ÖZYÖRÜK, Mukbil: **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1977.

TEKİNSOY, M. Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, Sa. 2, 2006, s. 181-227.

YILDIRIM, Turan / SAMURAY, Figen: “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa. 1, 2010, s. 81-95.

GÖREVİ YAPTIRMAMAK İÇİN DİRENME SUÇU

Ramazan KEKLİK*

ÖZET

TCK'nın 265. maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin düzenlemede yer alan suç tanımında, pasif direnme eylemleri kapsam dışı bırakılmıştır. Bu suç münhasıran kamu görevlisi olan mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılması suretiyle işlenebilir. Cebir eyleminin kasten yaralama boyutuna varması zorunlu değildir. Ayrıca failde görevi yaptırmama amacı bulunmalıdır. Dolayısıyla bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Benzer suçlarla kıyaslandığında, ceza adaleti ile bağdaşmayan sonuçlara yol açması kuvvetle muhtemeldir. Şikayet hakkının kullanılması, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin suçu ortadan kaldırması mümkündür. Özellikle kolluk güçlerine karşı işlenen suçlarla ilgili yargılamada, bireylerin "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edilmemesi için dikkatli olunmalıdır. Ceza adaletinin sağlanması ve adil yargılamanın temini için yasal değişikliklere ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: görevi yaptırmamak için direnme, cebir, tehdit, kamu görevlisi, kasten yaralama

THE CRIME OF PREVENTION OF PERFORMANCE

ABSTRACT

The definition of the crime of resisting an officier (prevention of performance) in Article 265 of Turkish Penal Code exclude nonviolent resistance. This crime can only be committed by using force or threat against public servants. The victim does not have to be injured. Offender must have purpose of preventing a public office. This can be described as *dolus directus*. There may be some unfair results due to differences between this crime's punishment limits and similar crimes'. Some deeds are not crime though they contain threat or violence, because the doer has the right of self defence. Judges have to be careful when they try criminals who are alleged to commit this crime against law enforcement officers. They have advantageous position to temper evidences and this situation may damage people's right to fair trial. Finally, there is a need to some amendments in the article to fix probable problems.

Keywords: prevention of performance, force, threat, public servant, felonious injury

* Dr. Gaziantep Cumhuriyet Savcısı- ramazankeklik01@gmail.com)

GİRİŞ

Görevi yaptırmamak için direnme suçu, dar manada devlet işleyişinin geniş anlamda ise kamu düzeninin sağlanması bakımından önemli bir kamusal enstrümandır. Esasen, kamu otoritesi ya da diğer bir deyişle devlet idaresine kamu düzenini sağlaması için tanınan temel ayrıcalık, bireyler üzerinde fiziksel kuvvet kullanabilme olanağıdır. Şüphesiz kamu otoritesi, fiziksel kuvvet kullanırken pozitif hukuk kurallarına ve evrensel hukuk prensiplerine uygun hareket etmek zorundadır. Öte yandan, devletin fiziksel kuvvet kullanımının tek sınırı bunlar değildir. Dış dünyada geçerli olan fiziksel, ekonomik ve sosyal kurallar da doğal birer sınır teşkil eder. Diğer bir deyişle, devletin üstlendiği görevlerin hepsini birden anlık fiziksel kuvvet kullanarak yerine getirmesi, hukuken mümkün olsa da fiilen mümkün değildir. Sözgelimi bir ayaklanma sırasında, anlık fiziksel kuvvet kullanılması bakımından hukuki bir engel olmasa bile söz konusu doğal bariyerlerin etkisiyle kamusal fonksiyonların aksaması gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla tek başına anlık fiziksel kuvvet kullanmak suretiyle kamu düzeninin etkin ve kalıcı olarak sağlanması mümkün değildir.

Kamu düzeninin kalıcı ve etkili bir biçimde sağlanması, toplumu oluşturan bireylerin büyük bir çoğunluk olarak bunu önemseyip kabullenmesi ve ona göre hareket etmesi ile mümkündür. Bireylerin bu bilinçle hareket etmesi, büyük oranda kamu düzenine duydukları ihtiyaç ve kültürel miras içinde şekillenen birlikte yaşama duygusundan kaynaklanır. Öte yandan, kamu düzeninin sağlanması, bireylerin iyiniyet ve tercihlerine bırakılmayacak kadar önemlidir. Bu noktada, kamu düzeninin sağlanmasında anlık fiziksel kuvvet kullanımının yetersiz yönlerinin müstakbel fiziksel kuvvet kullanımıyla giderilmesi gündeme gelir. Yani devlet idaresinin kamusal faaliyetlere engel olacak davranışları, ceza tehdidiyle yasaklaması söz konusudur. Hukuk devletlerinde bu yasaklama, söz konusu davranışların suç olarak tanımlanması suretiyle yapılır. Pozitif hukukumuzda bu amaçla vaz edilen düzenlemelerin başında, TCK'nın 265. maddesinde¹ düzenlenen “görevi yaptırmamak için direnme” suçu gelir.

¹ **Madde 265** - (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. (4) Suçun, silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

A. GENEL OLARAK

Görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin düzenleme, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ında "Dördüncü Kısım" altında yer alan "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı "Birinci Bölüm"de yer almaktadır.

TCK m. 265'in başlığında, suç adı "görevi yaptırmamak için direnme" şeklinde yer almaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki bu ibare, madde metnindeki suç tanımıyla tam olarak uyumlu değildir. Şöyle ki suç adında "direnme" kelimesine vurgu yapılmaktadır. Bu kelime, "herhangi bir düşüncede, bir istekte veya durumda ayak diremek, inat etmek"² anlamına gelmektedir. Dolayısıyla madde başlığı, daha ziyade bir eylemsizlik durumunu çağrıştırmaktadır. Oysa suç tanımında, suçu oluşturacak fiiller, cebir veya tehdit olarak sayılmaktadır. Her iki hareket tarzının aktif davranışlar gerektirdiği dikkate alındığında, bahsettiğimiz uyumsuzluk belirginleşmektedir. Kaldı ki suç tanımında, bir kamu görevinin kısmen veya tamamen engellenmesine de unsur olarak yer verilmiş değildir.

765 sayılı TCK'da görevi yaptırmamak için direnme suçunun karşılığı olarak kabul edilebilecek düzenlemeler, söz konusu kanunun 258 ve 260. maddelerinde yer almaktaydı. 01.06.2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da yer alan "memura pasif direnme" ve "memura aktif direnme" şeklindeki ikili ayrıma yer verilmemiş; bu kanunun 260. maddesinde düzenlenen ve "pasif direnme olarak"³ nitelendirilen eylemler suç olmaktan çıkarılmıştır⁴.

² <http://www.tdk.gov.tr/>, erişim tarihi: 01.07.2015

³ 765 sayılı TCK'nın 260. maddesinde düzenlenen ve "pasif direnme" olarak adlandırılan suçun oluşumu için eşya üzerinde cebir uygulanması aranmaktaydı. Bkz. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s. 908.

⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 905; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s. 975; "TCK'nın 265. maddesinde "görevi yaptırmamak için direnme" başlığıyla "seçimlik hareketli" ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme amacıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin "cebir veya tehdit" şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alındığında; mağdur polis memurlarının aşamalarda suça sürüklenen çocuğun kendilerine yönelik cebir veya tehdit niteliğinde bir eylemde bulunduğu dair beyanlarının olmadığı, dosya kapsamına göre de yakalanmamak için kaçmaya çalışmak dışında bir davranışta bulunmadığı anlaşılan suça sürüklenen çocuğun fiilinin, TCK'nın 265/1. maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun cebir ve/veya tehdit unsurunu ne şekilde

B. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu suç tanımı ile korunması hedeflenen hukuksal yararların başında, kamu idaresi organlarının faaliyetlerini etkin, hızlı ve zararsız bir şekilde yerine getirebilmesi gelmektedir⁵. Öte yandan suç tanımının açık ifadesi, bize kamu görevlilerinin kişi özgürlükleri ve beden bütünlükleri ile sıhhat ve esenliklerinin de korunmasının amaçlandığını göstermektedir.⁶

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Fail

Görevi yaptırmamak için direnme suçu, özgü bir suç değildir. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilir. Failin kamu görevlisinin yaptığı işlemin muhatabı olması zorunlu değildir⁷. Yapılan kamu görevini üçüncü kişi lehine bir sonuç elde etmek amacıyla engellemeye çalışan kişi de bu suçtan dolayı cezalandırılabilir. Sözgelimi, bir yakınının suç şüphesiyle yakalanmasına engel olmak için kolluk görevlilerine saldıran kişi, görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlemiş olur.

2. Mağdur

Suçun mağdurunun kamu görevlisi olması gerekir⁸. Kamu görevlisi, TCK'nın 6/1-c maddesinde “ kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak

oluşturduğunun gerekçeleri karar yerinde denetime elverişli olacak şekilde gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,” (5. CD, 09.12.2014, 2013/1110, 2014/12427).

⁵ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 906; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 1015; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, bu suçla korunan hukuksal değeri idarenin “kamu idaresinde süreklilik” olarak açıklamıştır. Bkz. ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 974.

⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 906; Yaşar/ Gökcan/ Artuç bu itibarla suçun çok konulu suçlardan olduğunu ifade etmiştir. Bu konuda bkz. YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, Ankara 2010, s. 7701; Ayrıca kasten yaralama suçu ile korunan hukuki değer hakkında bkz. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 160,161.

⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 906; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 976.

⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 906; “Katılanın, olay tarihinde Orman İşletme Şefliği tarafından orman içinde bulunan emvallerin orman deposuna taşınması için pazarlık zaptı ile anlaşılan kişi olduğunun dosya kapsamından anlaşılması karşısında; katılanın TCK'nın 6. maddesi kapsamında kamu görevlisi sayılamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 265/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması,” (18. CD, 20.05.2015).

katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla mağdurun kamu görevlisi olup olmadığının takdiri, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, genel esaslara göre yapılmalı, klasik anlamda bir “devlet memuru” olması aranmamalıdır⁹. Buradan hareketle, gayet isabetli olarak, CMK’nın 90/1. maddesi uyarınca suçüstü durumunda yakalama işlemini gerçekleştiren sıradan bir vatandaşın da bu suçun mağduru olabileceği, yaptığı bu işleme engel olmak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması durumunda, TCK m. 265’te düzenlenen suçun oluşacağı ifade edilmiştir¹⁰. Dolayısıyla mağdurun mutlaka idareye mensup bir görevli olması aranmamalıdır¹¹.

Öte yandan, mağdurun kamu görevlisi olması, tek başına bu suçun mağduru sayılması için yeterli değildir¹². Ayrıca somut olayda bir kamu görevini yerine getirmeye çalışıyor olmalıdır¹³. Dolayısıyla yapılan iş kamu

⁹ “Özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için 5188 sayılı Kanun’unun 10. maddesi uyarınca özel güvenlik eğitimi başarıyla tamamlamış olmak ve 11. maddesi uyarınca da Valilikten çalışma izni almak zorunlu olup, anılan Kanununun 23. maddesine göre özel güvenlik görevlisi mağdurların kendilerine karşı işlenen suç nedeniyle kamu görevlisi sayılabilmeleri için yukarıda açıklanan koşulları taşımaları gerektiği anlaşıldığından, mağdurların bu koşulları taşıyıp taşımadığı araştırılmadan eksik kovuşturma ile hüküm kurulması,” (18. CD, 04.05.2015, 2015/19021, 2015/928)

¹⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 907; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 703; Karşı görüşte: ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 10.

¹¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, mağdurun idareye mensup olması gerektiğini belirtmesine rağmen bir önceki cümlede yer alan yakalama işlemini gerçekleştiren sivil şahsın bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmiştir. Bkz. ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 977.

¹² “Müşteki polis memurunun sivil giyimli bir şekilde, Beyoğlu İlçesi Kemeraltı Caddesinde dolaştığı sırada sanığın, müştekiyi eğlence mekanına götürme ve ona fahiş fiyatta fatura çıkarılmasına aracılık etme düşüncesiyle yaraladığının kabul edilmesi karşısında, müştekinin engellenmek istenen görevinin ne olduğu belirtilmeden görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” (18. CD, 30.04.2015, 2015/18839, 2015/791)

¹³ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1017; “Bir icra takip işlemi olan haczi yapma görevinin icra dairesine ait olduğu, bu görevin icra müdürü veya görevlendireceği müdür yardımcısı ya da katip tarafından yerine getirileceği, alacaklı veya borçlunun, dolayısıyla vekilleri olan avukatların yokluğunda da haczin yapılabilmesi, hazır bulunması durumunda alacaklı vekilinin haczedilen kıymetli eşyalar dışında kalan menkul malların borçluya bırakılıp bırakılmayacağı hususlarında 2004 sayılı Kanunun 88/2-2. cümlesi uyarınca muvafakat etme veya etmeme yetkisi bulunduğu, alacaklı veya vekilinin bunun dışında hacizde kullanabileceği başkaca yetkilerinin söz konusu olmadığı hususları dikkate alınarak somut olay irdelendiğinde; olay günü icra müdür yardımcısının alacaklı vekili avukat Erhan ile birlikte borçlunun işyerine hacze gittiği, borçlunun işyerini devrederek başka yerde çalıştığının öğrenilmesi üzerine alacaklı vekilinin talebi üzerine haciz için bildirilen adrese geçildiği, gidilen bu yeni işyeriyle borçlunun resmi bir ilişkisinin tespit edilememesinden ve bu durumun haciz tutanağına geçirilmesinden sonra alacaklı vekili katılan Erhan’ın haciz ve muhafaza talebinde bulunması üzerine çıkan tartışma neticesinde sanık ve haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişiler tarafından dövüldüğü,

görevlisinin görevine giren bir iş olmalıdır¹⁴. Engellenmeye çalışılan kamu görevinin icrasına başlanmış olması yanında başlamasına kesin olarak bakıldığı durumlarda, henüz görevin icrasına başlamadan önceki eylemler de bu suçu oluşturabilir¹⁵. Sözgelimi, görevli polis memurları bir suçun failini araştırırken olayın faili olan şahsın henüz polisler kendisinin fail olduğunu öğrenmeden onlara bıçak çekip “yaklaşmayın, öldürürüm” gibi bir ifade kullanırsa direnme suçu işlenmiş olacaktır¹⁶. Buna karşın kamu görevinin yerine getirileceğine dair bir kesinlik söz konusu değilse muhtemel görevin icrasını engellemeye dönük eylemler bu suçu oluşturmamalıdır. Örneğin, sürücü belgesi olmayan fail kahvehanede otururken tanıştığı trafik polisi mağdura “Bir gün beni araç kullanırken yakalayıp ceza kesmeye kalkarsan seni öldürürüm.” şeklinde bir tehditte bulunduğunda, tehdit suçunun oluştuğundan söz edilebilecek ve fakat görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluştuğu söylenemeyecektir. Bu bağlamda, cebir veya tehdit eyleminin gerçekleştirildiği anda mağdurun bizzat görevi başında bulunmasının ve özellikle tehdit hareketi bakımından, eylemin yüze karşı işlenmesinin, suçun oluşumu bakımından zorunlu olmadığı da ifade edilmelidir¹⁷.

Kamu görevinin tamamlanmasından sonra failin kamu görevlilerine cebir veya tehditte bulunması durumlarında da görevi yaptırmamak için direnme suçundan söz edilemeyecektir¹⁸. Zira artık engellenmesi mümkün olan bir kamusal görev bulunmamaktadır. Şüphesiz bu tür durumlarda, kasten

eylemin haczi yapma görevi bulunan icra müdür yardımcısına yönelmediği anlaşılma, görevi yaptırmamak için direnme suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylemin bir bütün olarak TCK'nın 86/2 ve 86/3-c maddelerinde yer alan kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kasten yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeden yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,” (5. CD, 16.12.2014, 2013/12731, 2014/12783)

¹⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 907; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 978.

¹⁵ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 977; SOYASLAN, s. 704; SEVCAN, Aysel, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 498; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7701.

¹⁶ “Avukat olan katılanın, alacaklı vekili olarak süresinde borcunu ödemeyen sanık hakkında icra takibinde bulunacağını söylemesi üzerine, sanığın katılana hitaben “çeki takibe koyarsan ceza yersin, cezayı ben keserim, seni gebertirim” şeklinde sözler sarf ettiğinin anlaşılması karşısında, eylemin, TCK'nın 6/d maddesi delaletiyle aynı Kanununun 265/2. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” (18. CD, 10.06.2015, 2015/2023, 2015/2454)

¹⁷ SOYASLAN, s. 703.

¹⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 907; ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 329; GERÇEKER, Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2011, s. 2821; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7711.

yaralama ve tehdit suçları oluşabilecektir¹⁹. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi, kimi kararlarında karakolda kontrol altında tutulan sanığın eylemlerinin engellenebilecek bir görev bulunmadığı düşüncesi ile direnme suçunu oluşturmayacağına hükmetmiştir²⁰. Kanaatimizce, yüksek mahkemenin bu yöndeki kararları doğru bir mantığa dayanmakla birlikte, somut olaylarda cebir veya tehdit eyleminin gerçekleştirildiği an itibariyle artık ifası gereken ve engellenmesi söz konusu olan bir kamusal görev bulunmadığı düşüncesi yerinde değildir. Zira failin yakalanarak veya gözaltına alınarak hürriyetinin kısıtlanması hukuka uygun ise bu durumu yetkili makamın salıverme kararına kadar sürdürmek de kamusal bir görevdir. Kaldı ki bu süre zarfında kolluk, ifade alma, delillerin toplanması gibi soruşturma işlemlerini yürütmektedir. Dolayısıyla mevcut durumu sonlandırmak amacıyla kamu görevlilerine karşı cebir veya tehditte bulunan, sözgelimi “Beni serbest bırakmazsanız hepinizi öldürürüm.” diyen failin eylemi, başka bir suçu değil görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturacaktır.

Kamu görevlisi olan mağdura görevine giren bir işi yaptırmak amacıyla cebir veya tehdit uygulanması, bu madde kapsamında düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu türden bir eylem, kasten yaralama, cebir veya tehdit gibi bir suçu oluşturabilse dahi görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmayacaktır²¹.

¹⁹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 907; ERMAN/ ÖZEK, s. 329; GERÇEKER, s. 2821; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7711; “Karakola getirilen sanığın görevli polis memuru olan müşteki Fikret’e karşı cebir kullanmaya kalkışması ve tüm müştekilere “...sizi yakarım, ... sizinle o zaman hesaplaşırım.” şeklindeki sözler sarfetmesinin kendisine karşı ifa edilen hangi görevin yapılmasını engellemeye yönelik direnme niteliğinde olduğunun gerekçeleri karar yerinde denetime imkan verecek şekilde gösterilmeden ve eylemlerinin TCK’nın 106/1. maddesinde yer alan tehdit ve TCK’nın 86/3-c maddesinde yer alan kamu görevlisini kasten yaralamaya teşebbüs suçlarını oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması” (5. CD, 07.04.2014, 2013/350, 2014/3883).

²⁰ “Başka bir suç nedeniyle hakkında yapılan soruşturma nedeniyle Pınarbaşı Polis Merkezi Amirliğine getirilen sanığın, ifadesi alındığı sırada dışarıdan gelen bir arkadaşı ile görüşmek istediği, görevlilerin kendisine izin vermemesi üzerine “beni burada tutamazsınız” diyerek taşkınlık yapmaya başladığı, kendisine engel olmak isteyen müştekilere “delikanlı iseniz elbisenizi çıkartın, sizinle dışarıda görüşeceğiz” diyerek tehdit ettiği ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek derecede yaraladığı iddiasıyla yapılan yargılamada, olay tarihinde zaten karakol içerisinde bulunan sanığın hangi görevi yaptırmamak için ne şekilde direndiği, eylemlerinin kasten yaralama ve tehdit suçlarını oluşturup oluşturmayacağı ve hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususlarının tartışılmasından sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması,” (5. CD, 14.04.2014, 2013/393, 2014/4110)

²¹ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 976; SEVCAN, s. 499.

3. Fiil

TCK'nın 265/1. maddesinde suç oluşturana fiil, "Kamu görevlisine karşı, görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanılması" şeklinde tanımlanmıştır. Bu itibarla suç oluşturana bir hareketten söz edebilmek için failin mağdura yönelik cebir ve/veya tehdit eyleminin bulunması gerekir. Suçun oluşumu için bunlardan birinin varlığı yeterlidir. Bu yönüyle görevi yaptırmamak için direnme suçu, seçimlik hareketli bir suçtur²². Direnme suçu münhasıran bu iki tür hareketle işlenebilir²³. Bunun dışında sözgelimi hakaret eylemi ile bu suç işlenemez²⁴. Keza sadece eşya üzerinde cebir uygulanarak da bu suç işlenemez²⁵. Eğer cebir ve/veya tehdit yanında hakaret veya mala zarar verme de söz konusu ise faili bu suçlardan ayrıca cezalandırmak gerekir. Görevi yaptırmamak için direnme suçu, neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu) niteliğindedir²⁶. Cebir ve/veya tehdit hareketinin varlığı durumunda, bu hareketlerin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik dışında ayrıca bir neticenin oluşması ve bu itibarla nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur²⁷. Cebir tabirinden fiziki kuvvet uygulama anlaşılmaktadır²⁸.

Tehdit, "muhatabın ileride ağır ve haksız bir zarara uğratılacağı beyanı" olarak tarif edilmektedir²⁹. Suç tanımında tehditin niteliği açıkça

²² Bu konuda bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onuncu Bası, Ankara 2014, s. 165 vd.; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 145.

²³ SOYASLAN, s. 703.

²⁴ Bkz. HAKERİ, s. 521; "Sanığın evinde yapılan haciz işlemi esnasında avukat olan katilana yönelik söylediği "g... yiyorsa boşalt" sözünün onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek nitelikte olup hakaret suçunu oluşturmasına rağmen yanılığın değerlendirme sonucu görevi yaptırmamak için direnme suçundan hüküm kurulması," (5. CD, 17.11.2014, 2013/7961, 2014/10995)

²⁵ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908; "30/09/2009 tarihli olay tutanağının içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre, sürücü belgesiz şekilde motosiklet kullanmaktan dolayı hakkında işlem yapıp aracın trafikten men edilmek istendiği sırada motosikleti teslim etmemek için depo kapağını açarak yakmaya çalıştığı, bu duruma engel olmak isteyen katılan polis memuru Ü. Y. G.'nin yaşanan arbeye sırasında yere düşen motosikletin ayağına çarpması neticesi yaralandığı anlaşılan olayda, kasten işlenebilen bir suç olan görevi yaptırmamak için direnme suçunun yasal unsurunu teşkil eden cebir ögesinin ne şekilde gerçekleştiği gerekçeleriyle denetime imkan verecek şekilde karar yerinde gösterilmeden ve taksirle yaralamaya neden olma suçu tartışılmadan yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması," (5. CD, 14.01.2015, 2013/11917, 2015/972) .

²⁶ Bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7728.

²⁷ Bkz. HAKERİ, s. 155.

²⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 974.

²⁹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908.

belirtilmemiştir. Pozitif ceza düzenlemelerine bütüncül bir yaklaşım, TCK'nın 106. maddesi gereği suç olarak değerlendirilebilecek her eylemin m. 265'te düzenlenen suçu da oluşturma potansiyeline sahip olduğunun kabulünü gerektirir. Diğer bir deyişle, tehdit eyleminin m. 106/1'in 1. veya 2. cümlesi kapsamında kalması sonuca etkili olamamalıdır³⁰. Dolayısıyla kamu görevlisinin zilyetliğindeki bir eşya üzerinde cebir uygulanacağı söylenerek tehdit edilmesi, sözgelimi polis memuruna ekip otosunun yakılacağı söylenerek de suçun işlenmesi mümkün olacaktır³¹.

Yargıtay, sair tehdit (m. 106/1'in 2. cümlesi) olarak nitelendirilen "Seni sürdürürüm.", "Sana göstereceğim." gibi ifadelerin suçu oluşturacağını kabul etmiştir³². Buna karşın, "Seni sürdürürüm." sözüyle ilgili olarak, Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Yakın tarihli bazı Yargıtay kararlarında, failin kamu görevlilerine "Sizi sürdürürüm." şeklinde sözler sarf etmesinin görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmayacağı, çünkü failin memurların görev yerlerini değiştirme yetkisinin bulunmadığı, ifade edilmiştir³³. Kanaatimizce bu karar, ceza adaleti bakımından yerinde

³⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7719; "Sanığın, görevli polis memurlarına hitaben söylediği "beş günüm kaldı sizden kurtulmaya, beş gün sonra ben size yapacağımı bilirim" şeklindeki tehdit sözlerinin, TCK'nın 265/1 maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturup oluşturmayacağının tartışılmaması," (18. CD, 23.06.2015, 2015/8320, 2015/3169).

³¹ Eşyaya yönelik kuvvet kullanımının tehdit suçunu oluşturabileceği hakkında bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel, s. 391.

³² Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 908; GERÇEKER, s. 2827; " Sanığın ihtiyati tedbir kararının infazı için olay yerinde bulunan müşteki alacaklı vekili olan avukata, hakkında işlem yapılacağı esnada görevini yapmasını engellemek amacıyla "sen kiminle uğraştığını biliyor musun, sen kimsin y... herif" şeklinde tehdit ve hakaret içerikli sözler söylemesi şeklindeki eyleminin sübutu halinde TCK'nın 265/2 ve 125/1, 3-a, 4. maddelerinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme ve hakaret fiillerini oluşturacağı, ..." (5. CD, 15.12.2014, 2013/6449, 2014/12676); "... işlem yapmak üzere karakola davet edilen sanığın müşteki Tancoşkun'a hakaretlerine devam edip "sana gününü göstereceğim" şeklinde sözlerle tehdit ettiği, uyarılması üzerine de bu kez de Ali ve Kemal'e yönelik hakaretlerde bulunduğu anlaşılan olayda, öncelikle olay yerine sonradan gelen polis memurlarına hakaret edip karakola gelmeyeceğini söyleyen sanığın bu kişilere karşı cebir ve tehdit eylemi olup olmadığının belirlenmesinden sonra varsa eylemlerinin bir bütün halinde zincirleme şekilde görevi yaptırmamak için direnme ve kamu görevlisine hakaret suçlarını oluşturacağı gözetilmeden ..." (5. CD, 10.11.2014, 2013/7263, 2014/10643)

³³ "Sanık, alkol ölçümü yapmak isteyen görevli polislere "bana, sağı solu arattırmayın, sizi sürdürürüm" biçiminde sözler söylemiş ise de, sanığın, polis memurlarının görev yerini değiştirme yetkisinin bulunmaması karşısında, görevi yaptırmamak için direnme suçunun cebir veya tehdit öğelerinin nasıl oluştuğu tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle bu suçtan hükümlülük kararı verilmesi," (18. CD, 06.05.2015, 2015/18793, 2015/1060); "Sanığın katılanlara hitaben, "ben baro başkanının yeğeniyim, bana dokunamazsınız, bana sicilini verecek delikanlı arıyorum, sizi sürdüreceğim" şeklinde sözleri söylediği kabul

sayılsa bile kararın gerekçesine katılmaya, imkan yoktur. Zira tehdit suçunun oluşabilmesi için tehditin konusunu oluşturan kötülüğün bizzat failce icra edilebilir olması şart olmayıp üçüncü kişiler vasıtasıyla gerçekleştirilebilir olması yeterlidir³⁴. Dolayısıyla bu kararda failin eyleminde mağdurların irade serbestisini etkileyecek ölçüde bir zarar bildiriminin bulunmadığı gerekçesine dayanılması, daha isabetli olurdu³⁵. Bu bağlamda, Yargıtay'ın “seninle görüşeceğiz” gibi ifadelerin, yasal hak arama iradesi anlamında kullanılmış olabileceğini değerlendirerek, genellikle suçu oluşturmayacağına hükmettiğini de belirtmek gerekir³⁶. Şüphesiz bu yöndeki kararlar, tehditin hafifliği yani sair tehdit boyutunda bulunduğu gerekçesine değil herhangi bir haksızlık yapma tehditinin bulunmadığı düşüncesine dayanmaktadır³⁷. Bu noktada, diğer suçlar gibi inceleme konusu suç bakımından da olaysal inceleme ve değerlendirme yapılmasının yani sözün hangi ortamda ve hangi amaçla sarfedildiğinin ortaya konulmasının önemli olduğu ortaya çıkmaktadır.

Öğretide, suç tanımında yer alan “görevini yapmasını engellemek amacıyla” ibaresi nedeniyle, tehdit şeklindeki eylemlerin görevi yaptırmamak için direnme suçuna vücut verebilmesi için “şartla tehdit” mahiyetinde olmaları gerektiği, ifade edilmiştir³⁸. Hemen belirtelim ki bu hususa, suç tanımında yer verilmemiştir. Failin sarfettiği tehdit sözünün şartla tehdit mahiyetinde olması yani “Eğer bu görevi yaparsan gelecekte seni ciddi bir zarara uğratacağım.” anlamını taşıması durumunda, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşacağına tereddüt yoktur. Buna karşın, kanaatimizce, suçun oluşumu için mutlaka şartla tehdit mahiyetindeki bir tehdit eyleminin

edilmiş ise de, sanığın katılanları sürdürme yetkisinin bulunmadığının anlaşılması karşısında, kanuni unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,” (18. CD, 11.05.2015, 2015/18867, 2015/1163)

³⁴ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 351.

³⁵ Bu konuda bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 352, 353.

³⁶ “... Mahkeme tarafından sanığın polis memurlarına tehdit ve hakaret içerikli sözler söylediğinin kabul edildiği somut olayda, sanığın polis memurlarının hangi görevi yaptırmamak için nasıl cebir veya tehdit kullandığı açıklanmadan ve sanığın söylediği “sizinle görüşeceğim” demesinin ‘şikayet hakkı’ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği eğer bu kapsamda değerlendirilmezse bu sözlerin sair tehdit kapsamında kalıp kalmadığı hususları da tartışılmadan, yazılı şekilde direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi” (18. CD, 12.05.2015, 2015/18999, 2015/1278)

³⁷ “Sanığın, polis memurları tarafından kendisine cezai işlem uygulanacağını bildirilmesi üzerine “ bana ceza yazamazsınız, benim tanıdığım savcı var, siz yenisiniz galiba, bana sicilinizi verin” demekten ibaret sözlerinin, tehdit niteliğinde bulunmaması nedeniyle, görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması,” (18. CD, 30.04.2015, 2015/19307, 2015/787)

³⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 974.

varlığını aramak, kanun koyucunun iradesini aşan bir yorum olacaktır. Zira “görevin yapılmasını engelleme amacı”, failin iç dünyası ile ilgili olup fiili gerçekleştirme biçimiyle ilgili değildir. Dolayısıyla tehdit eyleminin şartla tehdit mahiyetinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi, bu suçun oluşumu bakımından önemli değildir³⁹. Bu bağlamda, mağdurun yüz yüze veya bir iletişim cihazı vasıtasıyla, yazılı veya sözlü olarak yahut beden diliyle tehdit edilmesi suretiyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenebileceği de belirtilmelidir⁴⁰.

Savunulan diğer bir husus da cebir ve/veya tehdit eylemlerinin görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturabilmesi için kamu görevlisinin görevini engelleyici bir nitelikte olması gerektiğidir⁴¹. Bu husus, daha ziyade direnme suçunu oluşturabilme bakımından, cebir veya tehditin alt sınırının ne olması gerektiği ile ilgilidir. TCK m. 265’te yer alan suç tanımında, cebir veya tehdidin kullanılması yeterli görülmüş; bunların ayrıca kamu görevinin yapılmasını engelleyebilecek boyutta olması aranmamıştır. Dahası, suçun oluşumu için böyle bir koşulun aranması, maddenin uygulanabilirliğini önemli ölçüde daraltacaktır. Zira özellikle bu suçun sıkça mağduru olan kolluk görevlileri bakımından, sıradan bir cebir veya tehdit eyleminin görevin yapılmasını engellemesi düşünülemez. Sözgelimi, bir suçluyu yakalamaya çalışan bir polis veya jandarma görevlisinin TCK m. 86/2 kapsamında yaralanması nedeniyle görevini yerine getirmekten vazgeçmesi, oldukça düşük bir ihtimaldir. Oysa madde gerekçesinde vurgulandığı üzere, bu boyutta bir cebirin uygulanması durumunda, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşacağına tereddüt yoktur. Dolayısıyla cebir veya tehdit eylemlerinin görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturabilmesi için kamu görevinin yapılmasını engelleyici nitelikte olmaları gerektiğine dair düşüncenin yasal bir dayanağı ve uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Öte yandan, suçun oluşumu için cebir veya tehdit eylemlerinin asgari bir yoğunluğa ulaşmasının aranması da yadsınamaz bir gerekliliktir⁴². Kanun

³⁹ Bkz. ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 978.

⁴⁰ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1019; GERÇEKER, s. 2826.

⁴¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1017.

⁴² ERMAN/ ÖZEK, s. 333; GERÇEKER, s. 2822; Cebir suçuyla ilgili olarak benzer açıklamalar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 391; Ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7727; “Şikâyetçi polis memurunun cadde üzerinde park halinde bulunan ve trafiği aksatan aracını kaldırması yönünde yaptığı anons sonrası sanığın, polis memuruna söylediği “kaldır da görelim” demesi şeklindeki bu sözlerin görevi yaptırmamak için direnme suçunu

koyucunun gerek madde metnindeki gerekse madde gerekçesindeki açık yollamaları karşısında, tehditin TCK 106/1. maddesinde düzenlenen suçları oluşturabildiği durumlarda, 265. maddede düzenlenen suç da oluşturacağına tereddüt yoktur. Eğer bu suçlardan m. 106/1'in 2. cümlesinde düzenlenen basit tehdit suçunu dahi oluşturamayacak hafiflikte eylemler söz konusu ise görevi yaptırmamak için direnme suçu da oluşmayacaktır⁴³. Sözgelimi, kendisi hakkında cezai işlem uygulayan trafik polisi tanıdığına “Bana ceza yazarsan sana küserim” ya da “Hakkında dedikodu yaparım.” diyen kişinin eylemleri tehdit suçunu oluşturmayacağı için görevi yaptırmamak için direnme suçunu da oluşturmayacaktır.

Cebir kullanılmak suretiyle işlenen direnme suçları bakımından ise tablo, bu kadar net değildir. Diğer bir deyişle, görevi yaptırmamak için direnme suçunun tehdit suçu ile yukarıda bahsedilen ilişkisi, kasten yaralama suçu bakımından geçerli değildir. Zira kanun koyucu, suç tanımında manevi zorlamayı ifade etmek üzere tehdit kelimesini kullandığı halde, fiziki zorlamayı ifade etmek üzere kasten yaralama ifadesini değil cebir kelimesini kullanmıştır. Dolayısıyla kasten yaralama seviyesine varmayan yani mağdurun vücuduna acı vermeyen, sağlığının bozulmasına neden olmayan ve algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmayan fiziki müdahalelerin de bu suçu oluşturması mümkündür⁴⁴. Sözgelimi, suç failinin kaçmasını sağlamak için kolluk görevlisini birkaç saniyeliğine tutan kişinin eylemi, kasten yaralama suçunu oluşturmasa bile görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturabilecektir⁴⁵. Buna göre görevi yaptırmamak için direnme suçunun

açısından tehdit unsuru olarak kabul edilemeyeceği düşünülmeyen ...” (18. CD, 12.05.2015, 2015/19178, 2015/1291)

⁴³ “Mahkeme tarafından, sanığın aktif olarak müştekilere direndiği ve karakola götürüldüğünde müştekilere hitaben “ben askerim ulan hepinize gereğini yapacağım” şeklindeki sözlerle tehdit ettiğinin kabul edilmesi karşısında, TCK 265/1. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, görevi yaptırmamak için direnme suçunun, görevini yerine getirmemesi için kamu görevlisine yönelik cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilebileceği nazara alınarak; sanığın suça konu eyleminde, suçun cebir veya tehdit unsurlarının ne şekilde gerçekleştiği karar yerinde gösterilip tartışılmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,” (18. CD, 05.05.2015, 2015/18888, 2015/1009)

⁴⁴ Bkz. ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1018.

⁴⁵ Karşı yönde: EROL, Haydar, Açıklamalı ve En Yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2015, s. 2504; “Olay tarihinde sanıkların, husumetli oldukları şahıs ile aralarındaki kavgayı ayırıp yasal işlemlerini yürütmeye çalışan polis memuru katılanın kollarından ve yakasından tutmak suretiyle fikir ve eylem birliği içerisinde görevini yapmasını engellemek için cebir kullandıkları katılanın ve tanıkların aşamalarda beyanları, bu beyanlar ile uyumlu 15/12/2011 tarihli olay yakalama tutanağından anlaşılacakla, yüklenen suçun tüm unsurları ile oluştuğu gözetilmeden ...” (5. CD, 07.01.2014, 2013/2903, 2014/114)

tanımında geçen “cebiri” kelimesinin, TCK’nın 108. maddesinde düzenlenen cebir suçundan farklı olduğu da ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Çünkü TCK m. 108’de düzenlenen cebir suçunun oluşumu için eylemin kasten yaralama boyutuna ulaşması gerekmektedir⁴⁷.

Uygulamada görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi bakımından suçun unsuru olan cebirin boyutunun ne olması gerektiğinin tam olarak istikrara kavuştuğu söylenemez. Şöyle ki kasten yaralama boyutuna varmayan ittirme, tutma gibi eylemlerin de direnme suçunu oluşturabileceği, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından kabul edilegelmiştir⁴⁸. Buna karşın Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin aksi yöndeki görüşü, yani kasten yaralama boyutuna varmayan bir eylemin görevi yaptırmamak için direnme suçunu da oluşturmayacağını, kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecek yakın tarihli bir kararı da mevcuttur⁴⁹. Öte yandan bu husus, 765 sayılı TCK’da pasif direnme olarak tarif edilen kendini yere atma ekip otosuna binmemeye çalışma gibi eylemlerin TCK m. 265’te düzenlenen suç oluşturmayacağına bir duraksamaya yol açacak mahiyette değildir⁵⁰.

Suçun oluşumu için önemli olan diğer bir husus da cebir veya tehditin mağdur kamu görevlisine yönelik olması gerekliliğidir. Kural olarak, üçüncü

⁴⁶ Karşı görüşte: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7715.

⁴⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 390.

⁴⁸ “... 05/08/2007 tarihli olay tutanağı, müşteki beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın, sadece polis memuru C. S.’nin yakasını tutmak suretiyle direndiği anlaşılmakla, ...” (5. CD, 10.11.2014, 2013/6406, 2014/10641)

⁴⁹ “sanığın olay günü, arkadaşının bir kavgada yaralandığını görmesi üzerine diğer tarafa vurmak isterken kendisini engellemek isteyen katılan polis memurlarını iteklemesi biçimindeki eyleminde, tutanak içeriği, katılanların beyanları ile katılanlar hakkında adli rapor düzenlenmemiş olmasından, kamu görevlisine görevini yaptırmamak için gerçekleştirilen cebir veya tehdit eyleminde bulunulduğunun anlaşılabilmesi karşısında, direnme suçunda aranan cebir veya tehdit unsurlarının ne şekilde gerçekleştiği kanıtlara dayalı olarak tartışılıp gösterilmeden, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi,” (18. CD, 06.05.2015, 2015/18953, 2015/1079)

⁵⁰ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 974, 975; “TCK’nın 265. maddesinde “görevi yaptırmamak için direnme” başlığıyla “seçenekli hareketli” ve “amaçlı bir fiil” olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin “cebiri veya tehdit” şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suç oluşturmayacağı göz önüne alındığında; somut olayda sanığın görevlilere karşı görevin yapılmaması için gerçekleştirdiği cebir veya tehdit eylemlerinin nelerden ibaret olduğu karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeden, ekip aracına binmeyerek kendini yere atması şeklindeki eyleminin cebir olarak değerlendirilmesi suretiyle yazılı şekilde direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, “ (5. CD 01.07.2014, 2013/3713, 2014/7290).

bir kişiye yönelik eylemler bu suçun oluşumuna imkan vermez. Zira suç tanımında açıkça “kamu görevlisine karşı” denilmek suretiyle bu koşul ortaya konmuştur. Buna karşın görünüşte üçüncü bir kişiye yönelik olan cebir veya tehdit eylemi, görevini ifa etmeye çalışan kamu görevlisine karşı da tehdit hüviyetine bürünebilir⁵¹. Sözgelimi, kamu görevlisinin yakınlarına zarar vermekle tehdit edilmesi durumunda böyledir. Öte yandan kendi yakınlarına yönelik olmayan tehditlerin de kamu görevlisi üzerinde bir etki doğurması olasıdır. Sözgelimi, fail kendisini yakalamak isteyen polis memurunu, peşini bırakmaması durumunda sokaktan rastgele birilerini öldürmekle tehdit edebilir. Bu durumda da kanaatimizce kamu görevlisine yönelik dolaylı da olsa bir tehdit vardır ve görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşur⁵². Çünkü özellikle kolluk görevlilerinin vatandaşların can ve mal güvenliğini koruma görevleri vardır. Hiç bir kusurları olmasa dahi tehditin gerçek olması durumunda idari ve adli soruşturmalara maruz kalmaları, tazminat taleplerine muhatap olmaları ciddi bir olasılıktır. Tüm bu olasılıkların mağdur üzerinde görevini yapmaktan vazgeçmeye yönelik bir iradeye yol açması mümkündür. Dahası, failin göreve konu işlemin yapılması durumunda kendisine zarar vereceğini, sözgelimi kendisini benzin döküp yakacağını söylemesi durumunda da görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşabilecektir⁵³. Bu nedenle Yargıtay’ın aksi yöndeki kararlarındaki düşünceye katılmadığımızı ifade etmeliyiz⁵⁴.

⁵¹ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, s. 1018; Cebir suçuyla ilgili olarak benzer açıklamalar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 391.

⁵² Aynı yönde: GERÇEKER, s. 2822.

⁵³ Aynı yönde: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7722; Benzer durumda 765 sayılı TCK’nın 260. maddesinde düzenlenen pasif mukavemet suçunun oluşacağı düşüncesi hakkında bkz. ERMAN/ ÖZEK, s. 332.

⁵⁴ “Sanığın, haczedilerek kendisine yediemin olarak teslim edilen malların muhafaza altına alınması amacıyla işyerine gelen alacaklı vekili ile icra dairesinde görevli memuru engellemek amacıyla, ruhsatlı tabancasını çekip kendi başına dayayarak “eğer işlem yapılırsa kafama sıkırım” demesi biçimindeki eyleminin, katılana ve mağdura yönelik gerçekleşmesi muhtemel bir kötülük içermemesi nedeniyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun “cebir veya tehdit” unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeden, kanuni olmayan gerekçeyle TCK’nın 265/1-2. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi,” (18. CD, 06.05.2015, 2015/18782, 2015/1028); “Cezaevinde infaz koruma memuru olan mağdurların diğer koşulların dolu olması nedeniyle yeni gelen tutukluları sanığın kalmakta olduğu koşula vermek istemeleri üzerine sanığın infaz koruma memurlarına söylediği kabul edilen “bu koşula kimseyi veremezsiniz, koşulu dağıtırım, koşula gelenlerle kavga ederim, kendime ve onlara vereceğim zarardan ben sorumlu olmam, savcı beye söyleyin beni buradan alsın başka yere göndersin” biçimindeki sözlerin, mağdurlara yönelik ileride gerçekleşmesi muhtemel bir kötülük içermemesi nedeniyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun “cebir veya tehdit” unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeden, kanuni olmayan gerekçeyle TCK’nın

4. Ağrılatacı Nedenler

a. Yargı Görevini Yapan Kişilere Karşı İşlenmesi

TCK m. 6/1-d'de “yargı görevini yapan” tabiri “yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁵. Direnme suçunun bu kişilere karşı işlenmesi durumunda, temel ceza “iki yıldan dört yıla kadar hapis” olup m. 265/2 uyarınca doğrudan tayin edilmeli, diğer artırım ve indirimler bu miktar üzerinden yapılmalıdır⁵⁶.

Uygulamada en tartışmalı konu, icra takibi sırasında avukata karşı işlenen tehdit eylemleri nedeniyle m. 265/2'nin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Yargıtay ceza daireleri bu maddenin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁷. Buna karşın bu kararlara, cebri icra işlemlerinin kamusal faaliyet olmakla birlikte yargısal nitelikte olmadığı, bu nedenle sözkonusu ağrılatacı nedenin uygulanamayacağı gerekçesiyle yazılmış karşı oylar da mevcuttur⁵⁸. Stajer avukat ise bir kısım adli işlemlere katıldığı durumlarda dahi yargı görevini yapan kişilerden sayılmamaktadır⁵⁹.

265/1. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi, “ (18. CD, 29.04.2015, 2015/18989, 2015/719); “... suça sürüklenen çocuğun “arkadaşımı bırakın, yoksa bıçakla gırtlığımı kesip kendimi öldürürüm” şeklinde sözler sarfetmek suretiyle bıçağın keskin yüzüyle vücuduna zarar verdiği anlaşılmakla, cebri veya tehditle nasıl direndiği, hangi görevin yapılmasını ne şekilde engellediği hususu denetime olanak verecek şekilde gerekçeleriyle karar yerinde gösterilmeden yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi,” (5. CD, 12.11.2014, 2013/6161, 2014/10818)

⁵⁵ “ İcra memurunun TCK'nın 6. maddesine göre yargı görevi yapan sıfatı bulunmadığı, bu nedenle sanıkların eyleminin TCK'nın 265/1-3. maddesinde tanımlanan görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi sonucu CMK'nın 226. maddesine aykırı olarak ek savunma hakkı da tanınmadan TCK'nın 265/2. maddesi uygulanmak suretiyle fazla cezalar tayin edilmesi,” (5. CD, 28.05.2014, 2013/1855, 2014/5873)

⁵⁶ “Direnme fiilinin TCK'nın 6/1-d maddesi kapsamında yargı görevi yapan katılanlar avukat ve icra memuru ile müşteki polis memurları olmak üzere birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesine rağmen TCK'nın 265/2 ve 43/2. maddelerinin uygulanmaması,” (5. CD, 08.12.2014, 2013/11074, 2014/12365)

⁵⁷ “Sanık İ. K.'nin haciz işlemi için evlerine gelindiğinde alacaklı vekili olan katılanı tehdit ettiği ve tekme atmak suretiyle yaraladığının anlaşılması karşısında, sanığın, TCK'nın 6/1-d maddesine göre yargı görevlisi olan avukat katılana yönelik tehdit ve yaralama eylemlerinin aynı Kanununun 265/2. maddesinde düzenlenen, görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında tehdit ve yaralama suçundan ayrı ayrı mahkumiyet hükmü kurulması,” (18. CD, 29.04.2015, 2015/566, 2015/756); Aynı yöndeki Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7712, dipn. 354 (CGK, 26.11.2012, 279/406)

⁵⁸ 5. CD, 10.11.2014, 2013/7605, 2014/10647

⁵⁹ “1136 sayılı Avukatlık Kanununun 26/1. maddesinde stajer avukatların avukat yanında staja

b. Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi

Suçun kendisini tanınmayacak bir hale koyan bir fail tarafından işlenmesi pek rastlanılan bir durum değildir. Tehdit suçu bakımından da ağırlatıcı neden olarak düzenlenen bu hususun failin kimliğinin belirlenmesini güçleştirmesi ve eylemin korkutuculuğunu artırması nedeniyle nitelikli hal olarak kabul edildiği ifade edilmiştir⁶⁰. Kanaatimizce, kanun koyucu görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından da bu ağırlatıcı nedeni kabul ederek iki suç arasında çıkabilecek ceza adaletsizliklerini önlemek istemiştir. Söz konusu ağırlatıcı nedenin uygulanması için failin maske takmak, makyaj yapmak, yüzünü kapatmak gibi yöntemlerle kendisini tanınmayacak hale getirerek suçu işlemiş olması yeterlidir. Herşeye rağmen failin tanınabilmiş olması ya da yapılan değişiklikle korkutuculuğunun artmamış olması, sözgelimi failin yaptığı makyajla komik duruma düşmesi, bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasına engel değildir⁶¹.

Uygulamada, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumu ile sıklıkla karşılaşılmaktadır⁶². Bu ağırlatıcı nedenin kapsamının TCK'nın 37/1. maddesi dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Dolayısıyla bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için en az “iki” olması gereken fail sayısının hesabında, “azmettiren” veya “yardım eden” konumundakiler dikkate alınmayacaktır⁶⁴. Suçun yapısı gereği,

başladıktan sonra avukatın yazılı muvafakati ile onun gözetimi ve sorumluluğu altında icra müdürlüklerindeki işleri yürütebileceği hüküm altına alınmakla birlikte, Kayseri Barosu'nun 14/12/2010 tarihli yazısına göre henüz baro levhasına kayıtlı avukat sıfatını kazanmadığı, bu nedenle TCK'nın 6/1-d maddesinde sayılan yargı görevi yapanlar kapsamında bulunmadığı anlaşılan müştekinin bu konumu gözetilmeden TCK'nın 265/2. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini,” (5. CD, 18.03.2014, 2012/16049, 2014/3049)

⁶⁰ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 362.

⁶¹ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 979.

⁶² “Direnme fiilinin birden fazla kişi ile birlikte olacak şekilde ve birden fazla kamu görevlisi-ne karşı işlendiği kabul edildiği halde TCK'nın 265/3, 43/2. maddelerinin uygulanmaması,” (10.07.2014, 2013/3663, 2014/7587)

⁶³ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 980; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 365; “suça sürüklenen çocukların kavga ihbarı üzerine olay yerine gelen polis memuru müşteki Ali Sarı'nın yasal işlemlerin yapılması için karakola davet ettiği sırada gitmemek için fikir ve eylem birliği içerisinde anılanın boğazını tutmak ve sırtına vurmak suretiyle yaraladıkları, yüklenen birden fazla kişi birlikte olacak şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu” (5. CD, 16.12.2014, 2013/10872, 2014/12788).

⁶⁴ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 980; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1021.

faillerin aynı eylemi birlikte gerçekleştirmeleri zorunlu değildir. Failler farklı memurlara saldırmış veya tehditte bulunmuş olsalar dahi suçu birlikte işlemiş sayılacaklardır. Hatta biri cebir uygularken diğeri tehdit kullanmış olsa dahi sonuç değişmez. Keza eylemlerinin zamanının tam olarak çakışması da aranmamalıdır⁶⁵. Birinin eylemi bitmeden diğerrinin eylemi başlamış ise suçun birlikte işlenmiş sayılması için yeterli sayılmalıdır⁶⁶.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda faillerden yalnızca birisi bakımından ağırlatıcı nedenlerden birisi söz konusu olsa dahi tüm faillerin cezaları bu nedenle artırılabilir.

c. Silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi

Bu başlıktaki ağırlatıcı nedenlerden suçun silahla işlenmesi durumu ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. TCK m. 6/1-f’de silah tabiri, ateşli silâhlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler şeklinde açıklanmıştır. Direnme suçu bakımından silah tanımı, değişik bir özellik göstermez⁶⁷. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, taş, bira şişesi, cam kırığı, cam bardak gibi cisimleri silah olarak değerlendirmiştir⁶⁸. Ayrıca görevlilerin üzerine araç sürülmesi durumunda da

⁶⁵ “... suç tarihinde zabıta memuru olarak görev yapan Hasan ve Kutay’ın, Mert Büfe isimli iş yeri önündeki seyyar tezgahın kaldırılması için işlem yaptıkları sırada sanık Eser’in müdahale ettiği, “bırakın vatandaş satsın neden mani oluyorsunuz” diyerek Hasan’ı ittiği, çıkan tartışmada Eser’in yanında bulunan sanık Ali Kemal’in de katılanın yakasından tutarak yumruğunu sıkıp havaya kaldırarak vurmak istediği ancak vatandaşların engellemesi sonucu vuramadığı, ayrıca “senin plakanı aldım evini basacağım” şeklinde tehdit içeren sözler sarfettiği anlaşılan olayda, eylemlerin bir bütün halinde birden fazla kişi birlikte olacak şekilde ve birden fazla kamu görevlisine karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...” (5. CD, 01.12.2014, 2013/10392, 2014/11860)

⁶⁶ “Sanıkların direnme eylemlerinin farklı zaman dilimlerinde birbirinden bağımsız olarak meydana geldiği, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenme unsurunun somut olayda gerçekleşmediği nazara alınmadan TCK’nın 265/3. maddesinin uygulanması suretiyle fazla cezalar tayin edilmesi,” (10.07.2014, 2013/2728, 2014/7599)

⁶⁷ Tehdit suçu ile ilgili olarak bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 359.

⁶⁸ “Sanık Yaşar’ın yapılan haczi engellemek amacıyla yaralayıcı özelliği bulunması nedeniyle silahtan sayılan şişeyi icra memuru ve avukata doğru fırlattığı” (5. CD, 08.12.2014, 2013/11268, 2014/12371); “Görevi yaptırmamak için direnme eyleminde kullanılan biber gazının, 5237 sayılı TCK’nın 6/1-f maddesi ve fıkrasına göre fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli aletlerden sayılması nedeniyle TCK’nın 265/4. maddesi gereğince

suçun silahla işlendiği kabul edilmektedir⁶⁹.

Suçun silahla işlendiğinin kabulü için failin silahlı olması yeterli olmayıp ayrıca cebir veya tehdidin gerçekleştirilmesi sırasında silahın kullanılmış olması gerekmektedir⁷⁰. Silahın tehdit eyleminde kullanılması, onun korkutucu etkisinden istifade edilmesi suretiyle olur⁷¹. Mutlaka mağdura yöneltilmiş olması aranmaz⁷². Buna karşın fail cebir uygulamak üzere silah çıkardığı halde bunu başaramamış olsa bile mağdur kamu görevlisi üzerinde tehdit oluşturmuşsa suçun silahla işlendiği kabul edilebilecektir. Keza tehdit kullanılarak gerçekleştirilen eylemler bakımından kullanılan vasıtanın silah olduğu intibayı vermesinin yeterli olduğu, gerçek bir silahın tüm özelliklerini taşımasının gerekli olmadığı kabul edilmektedir⁷³. Bunun klasik örneği tehdit eyleminin kuru sıkı silahla gerçekleştirilmesi olup bu durumda söz konusu artırım maddesinin uygulanması yoluna gidilmektedir.

Suçun varolan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak gerçekleştirilmesi, özellikle tehdit kullanılarak işlenen suçlar bakımından ortaya çıkmaya elverişlidir⁷⁴. Zira bu türden bir örgüt etkisini kullanmak tehdit eyleminin korkutuculuğunu artırmaktadır⁷⁵. Kanun koyucu, tehdit suçu için kabul ettiği bu nitelikli hali görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından da kabul ederek, suçlar arasında uyum sağlamak istemiştir. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin örgüt mensubu olması veya örgütle herhangi bir ilişkisinin bulunması zorunlu değildir⁷⁶. Ancak failin suç örgütü vasıtasıyla mağdura bir kötülük yapacağını bildirerek onu tehdit etmiş olması gerekir.

cezada artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,” (18. CD, 06.05.2015, 2015/19198, 2015/1033)

⁶⁹ 5. CD, 01.10.2014, 2014/5377, 2014/9419

⁷⁰ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 981; “Katılan ve tanık icra memurunun, sanığın kılıf içinde getirdiği av tüfeğini çıkarmadığına ilişkin beyanları karşısında silahın olayda ne şekilde kullanıldığına denetime imkan verecek şekilde karar yerinde tartışılmaması,” (5. CD, 01.07.2014, 2013/3708, 2014/7287).

⁷¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 360; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 980.

⁷² KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 361.

⁷³ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 981.

⁷⁴ “Eskişehir ili Mihalgazi ilçesi Sakarılıca beldesinde gerçekleşen olayda aşırı alkollü olan sanığın görevlilere sarf ettiği tehdit içerikli sözlerin mahiyeti, olayın oluş biçimi, yer ve zaman nazara alındığında, var olan bir suç örgütünün korkutucu gücünden yararlanılması unsurunun oluşmadığı gözetilmeden TCK’nın 265/4. maddesinin uygulanması,” (5. CD, 10.11.2014, 2013/6394, 2014/10632)

⁷⁵ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 981; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 365.

⁷⁶ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 366.

Çok yüksek bir olasılık olmamasına karşın, cebir kullanılarak işlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından da örgüt gücünden faydalanmak, cezayı ağırlaştırmayı gerektirebilir. Sözelimi, fail örgüt mensubu olduğunu söylemiş ve sağladığı psikolojik üstünlükle mağdur kamu görevlilerine cebir uygulamaya muvaffak olabilmişse hiç bir tehdit sözü sarfetmemiş olsa dahi bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir.

5. Manevi Unsur

Görevi yaptırmamak için direnme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşumu için failin suçun tanımındaki unsurları bilerek eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu anlamda fail, mağdurun kamu görevlisi olduğunun, bir kamu görevini yürüttüğünün, ayrıca kullandığı cebir veya tehditin farkında ve bilincinde olmalıdır⁷⁷. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Sözelimi, görevini yapan kamu görevlisini taksirle yaralayan kişinin eylemi, bu suçu oluşturmayacaktır. Öte yandan suç tanımında yer alan “görevini yapmasını engellemek amacıyla” ibaresinden de anlaşılacağı üzere failin özel bir saikle (maksatla) hareket etmesi gerekmektedir⁷⁸. Diğer bir deyişle kast yanında, “kamu görevlisinin görevini yapmasını engelleme amacı” görevi yaptırmamak için direnme suçunun temel şekline ilişkin bir manevi unsur⁷⁹ oluşturmaktadır⁸⁰. Nitekim bu husus, görevi yaptırmamak için direnme suçunun tehdit ve kasten yaralama suçlarından ayrılması bakımından önemli bir kriter teşkil etmektedir⁸¹.

Failin “kamu görevlisinin görevini yapmasını engelleme amacı” ile hareket etmesi zorunluluğu, suçun olası kastla işlenme ihtimalini ortadan

⁷⁷ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7703.

⁷⁸ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 981; ERMAN/ ÖZEK, s. 333; Ayrıca bu konudaki genel açıklamalar için bkz. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 237, 238; “TCK’nın 265. maddesinde “görevi yaptırmamak için direnme” başlığıyla “seçenekli hareketli” ve “amaçlı bir fiil” olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde;...” (5. CD, 01.07.2014, 2013/3713, 2014/7290).

⁷⁹ Türk Hukuk literatüründe, Fransız hukukunun etkisiyle, suçun kanuni tanımında failin belli bir amaçla hareket etmesinin arandığı durumların “özel kast” olarak da ifade edildiği ve bu ayırımın artık terkedildiği hakkında bkz. ÖZGENÇ, s. 279; Ayrıca genel kast – özel kast ayırımına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. HAKERİ, s. 207.

⁸⁰ ÖZGENÇ, s. 280.

⁸¹ “... sanığın saik ve amacı üzerinde de durularak eylemin görevin yapılmasını engelleme amacıyla işlenmiş olması halinde görevi yaptırmamak için direnme, aksi takdirde kamu görevlisine karşı kasten yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeden eksik inceleme ve yanlışlı gerekeçyle yazılı şekilde beraet kararı verilmesi” (5. CD, 17.11.2014, 2013/6714, 2014/11041)

kaldırmaktadır. Zira bu şekildeki bir amaç, mantıksal olarak, suçun maddi unsurlarının bütününe düşünölmüş ve öngörölmüş olmasını zorunlu kılar. Böyle bir durumda, doğrudan kastın varlığı tartışılmazdır⁸².

Failin kamu görevinin önlenmesine ilişkin saikinin önemi yoktur. Fail, kendisinin gözaltına alınmasını engellemek ya da hakkında soruşturma evrakı düzenlenmesini engellemek gibi bir düşünce ile hareket edebileceği gibi bir arkadaşını idari para cezasından kurtarmak amacıyla da hareket etmiş olabilir. Bu anlamda, 765 sayılı TCK'daki direnme suçunun aksine 5237 sayılı TCK'da saik nedeniyle indirim öngörölmediği de belirtilmelidir. Oysa 765 sayılı TCK'nın 258/3. maddesinde, suçun "kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla" işlenmesi durumunda, failin daha hafif cezalandırılması öngörölmüştü.

Suçta kimliğini veren "görevi yaptırmamak amacı", ayrıntılı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi için herşeyden önce, failin kamu görevlisine yönelen eylemi ile failin yürüttüğü kamu görevi arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Aksi takdirde, sözgelimi, fail şahsi alacak verecek meselesi dolayısı ile görevini yapmakta olan bir polis memurunu yaralayacak olursa direnme suçu oluşmayacaktır⁸³. Failin bu eylemi nedeniyle mağdurun yürüttüğü kamu görevinin aksamış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, bu türden bir bağıın varlığı da tek başına suçun oluşumuna imkan vermeyebilir. Sözgelimi, kamu görevlisinin görevini yerine getirmesine içerleyen failin görevini engelleme amacı olmaksızın kamu görevlisini sırf acı çekirtmek için yaralaması veya huzurunu kaçırmak için tehdit etmesi durumunda⁸⁴, failin eylemi ile mağdurun üstlendiği kamu görevi arasında bir nedensellik bağı olmasına rağmen yine de görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşmayacaktır⁸⁵. Bu suçun söz

⁸² Bkz. ÖZGENÇ, s. 238; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 159.

⁸³ GERÇEKER, s. 2821.

⁸⁴ " Olay günü, müştekinin sanığı yakalayıp hakkında işlem yapmak için karakola götürdüğü sırada sanığın karakol bahçesinde müştekiye sinkaflı kelimelerle hakaret edip ayrıca müştekiye "seni kafama yazdım kahverenkli montlu seninle görüşeceğiz" şeklindeki ifadenin görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturacağı yönündeki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tibliğnamesine, sanığın görevli polis memurları tarafından karakola getirildiğinde müştekiye yönelik eyleminin, müştekinin görevini yaptırmamaya yönelik olmaması nedeniyle iştirak edilmemiş ve başkaca nedenler yerinde görölmemiştir." (18. CD, 28.04.2015, 2015/438, 2015/693)

⁸⁵ "Olay tarihinde, polis merkezi karşısında meydana gelen ve sanıkların yer aldığı kavgaya müdahale eden müşteki polis memuru Ahmet Gürbüz'ün boğazının İmdat Serttaş tarafından sıkıldığı ve kavganın sonlandırılması sonrasında polis merkezine alınan sanıkların

konusu olabilmesi için fiilin ayrıca mağdur kamu görevlisinin yürüttüğü kamu görevini engellemeye yönelik olması gerekir⁸⁶. Failin objektif olarak görevin yapılmasını engelleme olanağının bulunup bulunmaması önemli değildir⁸⁷. Diğer bir deyişle, failin zaten görevi engellemesi mümkün değildir, bu nedenle suçun unsurları oluşmamıştır, denilemez.

Kamu görevlisinin görevini yapmasının engellenmesi kavramından ne anlaşılması gerektiği, öğretide kısmen tartışmalıdır. Esasen, kamu görevlisinin aktif hareketle icra ettiği bir işlemin engellenmesi durumunda, kamu görevinin engellenmiş olacağına tereddüt yoktur ve günlük hayatta olayların çoğunlukla bu formda ortaya çıkacağı aşikardır. Öte yandan kamu görevlisinin aktif bir eylemde bulunma zorunluluğunun bulunmadığı durumlar da söz konusu olabilir⁸⁸. Bir görüş, kamu görevlisinin görevine giren bir şeyi yapmayı hareketli kalmamasını sağlamak ile görevine aykırı bir şey yaptırmak amaçlarını bir tutmakta her iki amaçla cebir veya tehdit uygulanması durumunda suçun oluşacağını savunmaktadır⁸⁹. Diğer görüş ise kamu görevlisinin belirli bir işi yapmaya zorlanması durumunda, görevin yapılmasının engellenmesi amacından söz edilemeyeceğinden, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşmayacağı yönündedir⁹⁰.

işlemlerinin yapılması için bekletildikleri sırada bu kez Ercan Genç tarafından tehdit içeren sözler sarfedildiği anlaşılınca, Ercan'ın müştekinin hangi görevini yaptırmamak için tehdit ettiği denetimden önceki şekilde gerekçeleriyle gösterilmeden ve TCK'nın 106/1. maddesinde yer alan tehdit suçu tartışılmadan, eksik ve yetersiz gerekçeyle bu sanık hakkında da görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması," (10.07.2014, 2013/2728, 2014/7599)

⁸⁶ "... sanığın aşamalarda savunmalarında karakola gelinceye kadar herhangi bir eyleminin olmadığını, polis merkezinde işlem yapıldığı sırada bacak bacak üstüne attığı için polis memurlarından birisinin ayağına tekme attığını ve kendisini iteklediğini bunun üzerine polis memuruna vurduğunu belirtmesi ve dosyada mevcut adli raporların savunmasını doğrular mahiyette olması karşısında eylemin haksız tahrik altında kamu görevlisini kasten yaralama suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi," (5. CD, 16.04.2014, 2013/809, 2014/4286); "Adli bir soruşturma kapsamında ifadesi alınmak istenen sanığın, ifadesini alacak olan görevli polis memurlarına karşı görevlerini yapmalarını engellemek amacıyla tehditte bulunduğu ve eylemin bir bütün halinde TCK'nın 265/1, 43/2. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlış değerlendirilerek yazılı biçimde tehdit suçundan hüküm kurulması," (18. CD, 11.06.2015, 2015/900, 2015/2573)

⁸⁷ Aksi yönde: TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 908.

⁸⁸ Bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7708.

⁸⁹ Bu görüşte: SOYASLAN, s. 703, 704; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7708.

⁹⁰ Bu görüşte: TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 718.

Kamu görevlisinin hareketsiz kalma zorunluluğu açısından, iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan birisi, kamu görevlisinin herhangi bir mükellefiyetinin bulunmaması durumu, diğeri ise mevcut durumu muhafaza etmek zorunda olması durumudur. Diğer bir deyişle, aktif bir işlem yapma yükümlülüğü bulunmayan kamu görevlisine, görevinin gereklerine aykırı bir icrai işlem yaptırmak amacıyla yahut muhafaza zorunda bulunduğu pozisyonu terkettirmek amacıyla cebir veya tehdit uygulanması gündeme gelir. Sözgelimi, cezaevinde bulunan fail, infaz koruma memuru mağduru kendisine uyuşturucu madde getirmesi için tehdit ederse birinci olasılık, mevzuata aykırı olarak koğuştan çıkmasına izin vermesi için tehdit ederse ikinci olasılık gündeme gelecektir. Kanaatimizce, bu ihtimallerden sadece ikincisinde görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşabilecektir⁹¹. Diğer ihtimalde yani cezaevinde bulunan failin infaz koruma memurunu kendisine uyuşturucu madde temin etmesi için tehdit etmesi durumunda tehdit, şantaj veya cebir gibi başka bir suç oluşabilecek fakat görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşmayacaktır⁹². Zira bu ihtimalde fail, kamu görevlisine görevini yaptırmamayı değil görevine girmeyen birşeyi yaptırmayı amaçlamaktadır⁹³.

6. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşmasının diğer bir koşulu da tüm pozitif hukuk sistemi nazara alındığında failin eylemini hukuka uygun kabul eden bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Cebir ve tehdit eylemlerinin kural olarak hukuka aykırı olduğunda tereddüt yoktur. Fakat yine de bazı durumlarda bu tür eylemlerin

⁹¹ “Engellenmek istenilen görevin icrai veya ihmali bir görev olması önem taşımamaktadır.” (GERÇEKER, s. 2821)

⁹² “Keşif yapılması amacıyla stat civarında bekledikleri esnada tutuklu olan sanıkların, yakında bulunan köfteciden kendilerine köfte getirmeleri için jandarma görevlileri olan katılanlardan talepte buldukları, talebin kabul edilmemesi üzerine de “sizlerin çarşıya nereye çıktığınızı biliyoruz, nasıl olsa çıkacağız, sizi çarşıda yakacağız, sizinle çarşıda görüşeceğiz” şeklinde tehdit eyleminde bulduklarının anlaşılması ve sanıkların bu eylemlerinin, askerlerin görevlerini yaptırmamak amacıyla işlenmemesi karşısında, tehdit yerine, görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,” (18. CD, 12.05.2015, 2015/19321, 2015/1280)

⁹³ “Sanığın hakkında adli rapor düzenlenmesi için hastaneye götürüldüğünde, şikayetçi M. N.’in sanığın tüm şikâyetlerini rapora yazacağını belirtmesine rağmen, sanığın şikayetçiye kolunu hiç kullanmadığını tekrarlayarak rapora bu hususu yazdırmak istediğini beyan ettiği, ancak muayene olmak için sedyeye oturmadığı, bu nedenle müştekinin sanığın muayenesini yapamadığı, ardından sanığın şikayetçiye “ben kolumu feda ettim, seni mi feda etmeyeceğim, seninle görüşeceğiz” şeklinde tehdit eyleminde bulunduğu anlaşılması ve sanığın bu eylemini müştekinin görevini yaptırmamak amacıyla gerçekleştirmemesi karşısında, tehdit yerine, görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,” (18. CD, 12.05.2015, 2015/19047, 2015/1279)

hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Cebir veya tehdit eyleminin hukuka uygun kabul edildiği noktada, görevi yaptırmamak için direnme suçu da oluşmayacaktır. Uygulamadaki “seninle görüşeceğiz” gibi sözlerin failin yasal şikayet hakkını kullanacağını ifadesi niteliğinde olması nedeniyle suç oluşmayacağına dair kabulü, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması şeklinde değerlendirmek mümkündür⁹⁴.

Hukuka aykırılık unsuru, suçun maddi unsurlarından “mağdurun kamu görevi yapıyor olması” ile yakından ilgilidir. Öyle ki mağdur kamu görevini yapıyorsa, diğer bir ifade ile yapması gerektiği gibi yapıyorsa, failin eylemi için bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaz⁹⁵. Buna karşın mağdur kamu görevi yapıyor gözükmele birlikte yürüttüğü bir kamu görevi yoksa ve buna karşın failin haklarını ihlal ediyorsa failin bu görevliye karşı kullanacağı cebir veya tehdit hukuka uygun kabul edilebilecektir⁹⁶. Sözgelimi, bir polis memurunun yetkili hakim veya soruşturma makamının kararı olmaksızın bir evde arama yapmaya kalkması durumunda, ev sahibinin kendisini zorla dışarı çıkarması, görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmayacaktır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK m. 25’te yer alan meşru savunmaya ilişkin düzenleme, görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından da bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilecektir⁹⁷.

⁹⁴ “... sanığın söylediği “sizinle görüşeceğim” demesinin ‘şikayet hakkı’ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği eğer bu kapsamda değerlendirilmezse bu sözlerin sair tehdit kapsamında kalıp kalmadığı hususları da tartışılmadan, yazılı şekilde direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi” (18. CD, 12.05.2015, 2015/18999, 2015/1278)

⁹⁵ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1022.

⁹⁶ Bkz. ERMAN/ ÖZEK, s. 334; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, ortada görev yoksa zaten bu suçun oluşmayacağını dolayısıyla meşru savunmanın söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Kanaatimizce bu sadece bir ifade farklılığıdır. Bu konuda bkz ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1022.

⁹⁷ “Başka suçtan dolayı Cumhuriyet Savcısının sözlü talimatıyla katılan ve mağdur jandarma görevlileri tarafından ifadesine başvurulmak üzere karakola davet edilen ancak; işlerini halletmek için ertesi güne kadar müsaade isteyip, kendisinin gelerek ifade vereceğini belirtmesine rağmen, zor kullanılarak karakola götürülmek istenen sanığın, bu sırada annesinin fenalaşmasının da etkisiyle, görevlileri yaralayıp tehdit etmesi şeklindeki eyleminde, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının zorla getirme yetkisine ilişkin CMK’nın 146. maddesi üzerinde durularak, somut olayda Cumhuriyet Savcısının sözlü talimatıyla jandarma görevlilerinin sanığı ifadesini almak üzere zorla karakola götürmelerinin bu kapsamda değerlendirilebilecek bir görev mahiyetinde olup olmadığı ve buna göre katılan ile mağdurların zor kullanma yetkilerinde sınırı aşmış oldukları değerlendirilerek hukuki durumunun tayin ve takdiri ile sanığın katılan ve mağdurların haksız davranışları nedeniyle eylemlerini gerçekleştirdiğinin kabulü halinde hakkında TCK’nın 29 ve 129. maddelerinin uygulanması gerekeceği nazara alınmadan, bu hususlar tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde kararlar verilmesi,” (5. CD, 03.12.2014, 2013/11639, 2014/12124)

D. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Suçun oluşumu için görevin gerçekten engellenmiş olmasına gerek yoktur⁹⁸. Dolayısı ile görevin engellenemediği gerekçesi ile teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır⁹⁹. Buna karşın cebir veya tehdit eylemi teşebbüs aşamasında kalmışsa görevi yaptırmamak için direnme suçuna teşebbüs söz konusu olmalıdır¹⁰⁰. Diğer bir deyişle, cebir veya tehdit eyleminin tamamlanmasıyla suç tamamlanmış olacaktır¹⁰¹. Dolayısıyla Yargıtay'ın bir kararında vurgulanan, görevin yapılmasını engellemek amacıyla kamu görevlisini yaralamaya teşebbüs durumunda görevi yaptırmamak için direnme suçunun tamamlanmış olacağına dair düşünceye iştirak etmeye imkan yoktur¹⁰². Öte yandan yaralamaya teşebbüs formunda ortaya çıkan cebir eyleminin ağırlığı bir tehdit seviyesine ulaşmışsa suç, tamamlanmış kabul edilmelidir. Sözgelimi, fail görevini yapan mağdura silah çekip ateş etmiş fakat kurşun isabet etmediği için onu yaralayamamışsa, eylemde tehdit unsurunun gerçekleştiği kabul edilmeli ve görevi yaptırmamak için direnme suçu tamamlanmış sayılmalıdır. Zira sadece silahın mağdura gösterilmesi bile yerine göre tehdit olarak nitelendirilmektedir.

2. İştirak

Direnme suçu, iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından bir özellik göstermez. Diğer bir deyişle her türlü iştirak mümkündür. Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere birden fazla kişinin suçu bir arada işlemesi söz konusu ise cezanın m. 265/3 uyarınca artırılması gerekir.

3. İçtima

Suç tanımında belirtildiği üzere cebir (yaralama) ve tehdit bu suçun unsurdur¹⁰³. Dolayısıyla görevi yaptırmamak için direnme suçunun

⁹⁸ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 981; SOYASLAN, s. 704; Cebir suçuyla ilgili olarak benzer açıklama için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel, s. 396.

⁹⁹ “Sanığın katılan Mehmet Emin’e cebir kullanmak suretiyle yaralamasından dolayı görevi yaptırmamak için direnme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmiş ise de, eylemin katılına karşı cebir kullanılması suretiyle tamamlandığının gözetilmemesi,” (5. CD, 21.04.2014, 2013/970, 2014/4457)

¹⁰⁰ Bkz. SOYASLAN, s. 704; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1022.

¹⁰¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 911; ERMAN/ ÖZEK, s. 333.

¹⁰² “Müşteki Serkan Bulut’a yönelik eylemde sanığın bu kişiye saldırıp vurmaya kalkışması ile görevi yaptırmamak için direnme eyleminin tamamlanmış olduğu gözetilmeden yanılığılı değerlendirme ile eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek eksik ceza tayini” (5. CD, 29.09.2014, 2013/4952, 2014/9095).

¹⁰³ “Sanığın, mağdur M. Ç.’ye araçla çarparak basit şekilde yaralama eyleminin TCK’nın

işlenmesiyle diğer iki suçtan en azından birinin daha unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Öğretide, kasten yaralama ve görevi yaptırmamak için direnme suçu arasında fikri içtima durumunun bulunduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴. Gerçekten, kasten yaralama eyleminin kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda, TCK'nın 86 ve 265. maddeleri birlikte ihlal edilmiş olacaktır. Keza suçun tehdit kullanılarak işlenmesi durumunda, ayrıca m. 106'nın uygulanması gündeme gelecektir. Buna karşın bu tür durumlarda yaptırımın TCK'nın "fikri içtima" başlıklı 44. maddesine göre tayin edilmesi yani her zaman en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmesi, söz konusu değildir. Böyle bir yaklaşım, 265. maddenin kapsamını oldukça daraltacak ve bu düzenlemeyi anlamsızlaştıracaktır. Keza maddenin 5. fıkrasında yer alan ve kasten yaralama suçundan ayrıca ceza verilmesi gereken durumları belirten özel içtima hükmü de böyle bir yoruma engeldir. Kısacası, görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturan bir eylem kasten yaralama veya tehdit suçu olarak değerlendirildiğinde daha ağır bir cezayı gerektirse dahi sadece m. 265 uyarınca cezalandırılmalıdır.

Görevi yaptırmamak için direnme suçu ile diğer iki suç arasındaki ilişki, "görünüşte birleşme (içtima)" niteliğindedir¹⁰⁵. Görünüşte içtima durumları, "özel normun önceliği", "bir normun diğeri tarafından tüketilmesi" ve "yardımcı normun sonralığı" ilkelerinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁶. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun cebir ve tehdit eylemlerinin bir arada veya ayrı ayrı kullanılmasına izin veren yapısı, bu suça ilişkin m. 265 ile diğer suçları düzenleyen m. 86 ve m. 106 arasında genel norm – özel norm ilişkisinin kabulüne imkan vermemektedir. Diğer bir deyişle görevi yaptırmamak için direnme suçunun gerek kasten yaralama gerekse tehdit suçunun kapsamını aşan bir tanımı vardır. Oysa özel normun genel normun içerdiği suç tanımından daha dar bir tanım içermesi gerekmektedir¹⁰⁷. Keza, kasten yaralama veya tehdite ilişkin maddelerin görevi yaptırmamak için direnme suçunu düzenleyen m. 265'in boşluk ve eksikliklerini tamamlama

265/5. fıkrası uyarınca direnme suçunun cebir unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği nazara alınmadan ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması," (5. CD, 01.10.2014, 2014/5377, 2014/9419)

¹⁰⁴Bu yönde: HAKERİ, s. 551; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 494.

¹⁰⁵Bkz. İÇEL, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Bası, İstanbul 2013, s. 325 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 508 vd.

¹⁰⁶Bkz. İÇEL, s. 326 vd.; HAKERİ, s. 556 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 509 vd.

¹⁰⁷Bkz. İÇEL, s. 330.

işlevi de yoktur¹⁰⁸. Yani bu suçlar arasında asal norm – yardımcı norm ilişkisi de bulunmamaktadır.

TCK m. 265'in kasten yaralama ve tehdit suçlarına ilişkin hükümlere göre uygulanma önceliğinin bulunması, diğer suçların düzenlendiği maddelerle (m. 86, m. 106) aralarında tüketen norm – tüketilen norm ilişkisi bulunmasından kaynaklanmaktadır. TCK m. 265, diğer iki madde tarafından korunan hukuki değerlerin tümünü ortak bir şekilde korumakta ve bu değerlere zarar veren eylemlere tek ceza öngörmek suretiyle diğer normları tüketmektedir¹⁰⁹. Bu itibarla görevi yaptırmamak için direnme suçu, kasten yaralama ve tehdit suçlarını unsur olarak bünyesinde barındıran bir birleşik suç mahiyetindedir¹¹⁰. Öte yandan suçun oluşumu bakımından iki seçimlik hareket olan cebir veya tehditten birisinin bulunması yeterli olduğu için her halükarda bu formda ortaya çıkması beklenmez.

Kamu görevlisine karşı görevin yapılmasını engellemek amacıyla yöneltilen ve tek başına suçun oluşumuna imkan veren ilk cebir veya tehdit hareketi, kendisinden sonra gelen ve aynı fiilin devamı niteliğinde olan diğer cebir veya tehdit hareketlerini suçun oluşumu bakımından etkisiz kılmaktadır. Seçimlik hareketli suçların doğasından kaynaklanan bu durum, cebir ve tehdit birlikte gerçekleştirilse dahi tek bir direnme suçundan hüküm kurulmasını gerektirmektedir¹¹¹. Nitekim Yargıtay bir kararında, görevin yapılmasının tamamen engellenmesinden sonra aynı olay bütünlüğü içinde devam eden tehdit eylemlerinin dahi görevi yaptırmamak için direnme suçunun içinde eriyeceğine, ayrı bir suç oluşturmayacağına hükmetmiştir¹¹².

¹⁰⁸Bkz. İÇEL, s. 327; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 513.

¹⁰⁹Bkz. İÇEL, s. 332 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 510.

¹¹⁰HAKERİ, s. 521; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1023; EROL, s. 2503; Birleşik suç kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 510 vd.

¹¹¹Bkz. İÇEL, s. 164, 165.

¹¹²“Olay günü sanığın evinde haciz işlemi yapıldığı sırada icra memuru ve alacaklı vekili olarak görev yapan katılanların bu görevlerini engellemek için mutfaktan bıçak alarak katılan S. Ö.'ye doğru savurup hakaret içeren sözler sarf ettiği, bu olayı haciz tutanağına geçirmeye çalışan katılan Gönül Bakırlı'ya da hakaret içeren sözler söyledikten sonra tutanağı alarak yırttığı, daha sonra katılan Gönül'ün boğazını sıktığı, S. Ö.'nün evden dışarı kaçarak polisi aradığı, peşinden çıkan sanığın tekrar hakaret ve tehdit içeren sözler kullandığı anlaşılan olayda, cebir/tehdit, hakaret içeren eylemlerinin kesintisiz olarak gerçekleşmesi karşısında hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmesi gerektiği ve kül halinde içlerinden biri yargı görevi yapan birden fazla kamu görevlisine karşı zincirleme şekilde görevi yaptırmamak için direnme ile kamu görevlilerine zincirleme şekilde hakaret suçlarını oluşturduğu nazara alınıp TCK'nın 265/2,4, 43/2-1, 125/3-a, 4, 43/2-1. maddeleri uyarınca cezalandırılması

Buna karşın birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmiş olması, temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşılması bakımından dikkate alınabilecektir. Keza farklı zamanlarda¹¹³ gerçekleştirilen direnme eylemleri bakımından, diğer koşullar da varsa, TCK m. 43/1'in uygulanmasına bir engel yoktur¹¹⁴. Öğretide, birden fazla kamu görevlisine karşı direnilse bile tek bir suçun oluşacağı ifade edilmiştir¹¹⁵. Gerçekten failin tek bir görevin yapılmasını engellemek amacıyla hareket ettiği düşünüldüğünde, bu görüş¹¹⁶ isabetli görünmektedir. Buna karşın kasten yaralama ve tehdit suçları için öngörülen cezaların sınırları, bu tür bir kabulü ceza adaleti yönünden sakıncalı hale getirmektedir. Öyle ki bu tür bir kabulde, bir görevin yapılmasını engellemek için birden fazla kamu görevlisini yaralayan fail, sıradan bir kasten yaralama failinden daha hafif cezalandırılır duruma gelebilecektir. Zira unutulmamalıdır ki TCK m. 43/3 uyarınca kasten yaralama suçlarında, her bir mağdur için faile ayrı ceza verilmek durumundadır. Tüm bu hususları dikkate alan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, görevi yaptırmamak için direnme suçunun aynı zaman diliminde birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda tek bir hüküm kurulması ve fakat verilen cezanın TCK m. 43/2 uyarınca artırılması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁷. Kanaatimizce, mevcut

gerektiği gözetilmeden, hakaret yönünden suç kastının nasıl yenilediği ve eylemlerin neden bağımsız suç teşkil ettiği denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlıklar değerlendirme sonucu direnme ve iki ayrı hakaret suçundan mahkumiyet hükümleri kurulması,” (5. CD, 11.12.2014, 2013/9308, 2014/12620)

¹¹³“Olay günü sanığın evinde haciz işlemi yapıldığı sırada icra memuru ve alacaklı vekili olarak görev yapan katılanların bu görevlerini engellemek için mutfaktan bıçak alarak katılan Sedat Özdemir'e doğru savurup hakaret içeren sözler sarf ettiği, bu olayı haciz tutanağına geçirmeye çalışan katılan Gönül Bakırlı'ya da hakaret içeren sözler söyledikten sonra tutanağı alarak yurttığı, daha sonra katılan Gönül'ün boğazını sıktığı, Sedat Özdemir'in evden dışarı kaçarak polisi aradığı, peşinden çıkan sanığın tekrar hakaret ve tehdit içeren sözler kullandığı anlaşılan olayda, cebir/tehdit, hakaret içeren eylemlerinin kesintisiz olarak gerçekleşmesi karşısında hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmesi gerektiği ve küll halinde içlerinden biri yargı görevi yapan birden fazla kamu görevlisine karşı zincirleme şekilde görevi yaptırmamak için direnme ile kamu görevlilerine zincirleme şekilde hakaret suçlarını oluşturduğu nazara alınıp TCK'nın 265/2,4, 43/2-1, 125/3-a, 4, 43/2-1. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, ...” (5. CD, 11.12.2014, 2013/9308, 2014/12620)

¹¹⁴ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 983; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1023.

¹¹⁵ERMAN/ ÖZEK, s. 335.

¹¹⁶TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 911; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 983; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1023.

¹¹⁷“Olayın gelişimi sırasında sanığın, cebir ve tehdit kullandığı polis memuru olan müşteriler suçun mağduru, kamu idaresi ise suçtan zarar gören konumundadır. “Görevini Yaptırmamak İçin Direnme” suçunun 5237 sayılı TCY'nın “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde düzenlenmiş olması da kamu görevlilerinin suçun

düzenlemeler doğrultusunda en isabetli çözüm olarak görünen bu karar, kanun koyucunun bilinçli veya bilinçsiz tercihinden kaynaklanan somut ceza adaletsizliğini giderme bakımından, tam olarak yeterli değildir. Dolayısıyla bu konuda bir yasal değişiklik yapılması, ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Failin eyleminin direnme suçunu oluşturulmaması, tehdit, cebir veya yaralama suçunu oluşturmayacağı anlamına gelmez. Sözgelimi engellenmeye çalışılan bir görev yoksa eylem tehdit ve/veya kasten yaralama suçunu oluşturacaktır¹¹⁸. Keza, memurun cebir kullanılmak suretiyle engellenmek istenen hareketi görevine ilişkin değilse TCK'nın 108. maddesinde yer alan "cebir" suçu oluşacaktır¹¹⁹.

Hakaret ve mala zarar verme eylemleri, direnme suçunun unsuru değildir¹²⁰. Dolayısıyla hakaret varsa bu suçtan ayrıca ceza verilmelidir¹²¹. Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından günlük hayatta yaygın kullanılan sövme

mağduru olamayacakları anlamına gelmemektedir. Aksinin kabulü halinde, görevleri dışında kendilerine karşı cebir ve/veya tehdit kullanılması halinde işlenen bu suçların mağduru olacaklarında kuşku bulunmayan kişilerin, aynı suçlara görevlerinin ifası sırasında kamu görevlisi sıfatıyla maruz kaldıklarında ise suçun mağduru olmadıklarını ileri sürmek çelişkisine düşülecektir ki, bunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Somut olayda, sanığın suçun yasal tanımında yer alan ve hukuksal anlamda tek bir fiili oluşturan davranışları, görevini ifa eden altı kamu görevlisine karşı görevlerini yaptırmamak için gerçekleştirmiş olması nedeniyle aynı nev'iden fikri içtimain koşulları gerçekleşmiş bulunduğundan, sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 43/2. maddesinin uygulanması gerek-mektedir. (CGK, 02.03.2010, 2009/9-259, 2010/47)

¹¹⁸"Olay günü mesai saatleri dışında mağdurların görev yaptığı polis karakoluna alkollü vaziyette gelip karakol amiri ile görüşmek istediğini söyleyen sanığın grup amiri olan mağdur Ramazan ile görüşebileceğinin söylenmesi üzerine sinirlenerek arabasından aldığı keserle bu şahsın üzerine yürüyüp ölümle tehdit ettiği şeklinde kabul olunan eyleminde hangi görevi yaptırmamak için cebir, tehditle nasıl direndiği denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle karar yerinde gösterilmeden ve TCK'nın 106. maddesinde yer alan tehdit suçu tartışılmadan dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yetersiz gerekçelerle direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması," (5. CD, 18.11.2014, 2013/7241, 2014/11125)

¹¹⁹Bkz. SOYASLAN, s. 703; ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 181.

¹²⁰YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7747; "24/10/2011 tarihli iddianamede, sanığın TCK'nın 265/1. maddesi gereğince görevi yaptırmamak için direnme suçundan cezalandırılmasının talep edildiği, iddianamenin anlatım kısmında sanığın, müşteki polis memurlarına hakaret ettiğine ilişkin bir fiilin açıklanmaması ve hakaret suçunun görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru da olmadığı gözetilmeden, "Fail ve Fiilde Bağlılık Kuralı"na aykırı olarak uygulama yapıp, iddianamede tanımlanmayan eylemden hüküm kurmak suretiyle, CMK'nın 225. maddesine uyulmaması," (18. CD, 09.06.2015, 2015/6028, 2015/2345)

¹²¹ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 983; Oysa 765 sayılı TCK m. 258 uygulamasında hakaret eylemlerinin de memura direnme suçunun içinde eridiği kabul edilmekteydi. Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 912; SEVCAN, s. 499.

sözlerinin barındırdığı tehdit ifadelerinin (sözgelimi sinkaf edeceğim gibi) direnme suçunu oluşturmayacağı, burada kastın sadece hakaret suçuna yönelik olması nedeniyle sadece hakaret suçunun oluşacağı kabul edilmiştir¹²². Yargıtay 18. Ceza Dairesi ise bu tür sözlerin tehdit sözleriyle birlikte sarf edilmesi durumunda tehdit eyleminin parçası olacağını kabul ederek, görevi yaptırmamak için direnme suçu yanında ayrıca hakaret suçunun oluşmayacağı yönünde kararlar vermiştir¹²³.

TCK m. 265/5'in "Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır." şeklindeki ifadesi, özel bir içtima hükmü niteliğindedir. Bu hüküm gereği görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturan cebir eylemi nedeniyle mağdur kamu görevlisi bakımından TCK m. 87'deki hallerden birisi meydana gelirse fail direnme suçu yanında ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılmalıdır¹²⁴. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi için basit kasten yaralamanın (TCK m. 86/2) varlığı yeterli görüldüğü halde söz konusu özel içtima hükmünde kasten yaralama suçundan ayrıca ceza verilebilmesi için kasten yaralamanın neticesi nedeniyle ağırlaşmış nitelikli hallerinin gerçekleşmesinin aranması, haklı olarak eleştirilmiştir¹²⁵. Zira bu durumda, TCK m. 86/1'e uyan sıradan bir kasten yaralama eylemi nedeniyle cezanın alt sınırı 1 yıl hapis cezası olduğu halde, bu eylemin görevini yaptırmamak için kamu görevlisine karşı gerçekleştirilmesi durumunda, m. 265/1 uyarınca cezanın alt sınırı 6 ay hapis olmaktadır.

Görevi yaptırmamak için direnme eylemlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili olarak işlenmesi durumunda, TCK m. 265'e nazaran özel

¹²²"tüm söz ile davranışlarının hakaret kastına dayalı olup olmadığı tartışılmadan yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması, " (02.12.2014, 2013/8093, 2014/12058)

¹²³"Sanığın olay günü, kahvehane işletmecisi diğer sanık M. Y. hakkında işlem yapmak isteyen polis memurlarına yönelik "siz kime vuruyorsunuz, işlem yapacaksınız yapın, vuracak adamın a...koyarım" demesi ve müştekilerin üzerine doğru yürümesi biçimindeki eylemlerinin, bir bütün halinde tehdit niteliğinde olması karşısında, yalnızca görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluştuğu gözetilmeden, kanuni ve yerinde olmayan gerekçeyle her iki suçtan mahkumiyet kararı verilmesi," (18. CD, 29.04.2015, 2015/18863, 2015/778)

¹²⁴TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 913; "Sanığın, müşteki Ozan Budak'ı vücudunda kemik kırığı oluşacak şekilde yaraladığı kabul edilmesine rağmen TCK'nın 265/5. maddesi gereğince ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi," (5. CD, 10.07.2014, 2013/3123, 2014/7611)

¹²⁵SOYASLAN, s. 706.

hüküm niteliğinde bulunan 2911 sayılı Kanun'un 28, 32 ve 33. maddeleri dikkate alınarak failin eylemi tavsif edilmelidir¹²⁶.

E. HAKSIZ TAHRİK

Mağdurun haksız tahrik oluşturan eylemlerinin failin iradesini zayıflatarak kusur yeteneğini azalttığı kabul edilmektedir¹²⁷. Görevi yaptırmamak için direnme suçunu işleyen fail hakkında TCK m. 29'da düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur¹²⁸. Nitekim Yargıtay uygulamasında, fail görevli polis veya jandarma personelinin kendisine vurduğunu iddia etmişse haksız tahrik hükümlerinin tartışılmaması, bozma nedeni yapılmaktadır¹²⁹. Bunun gibi kamu görevlisinin sanığa hakaret etmesi vs. de haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirebilecektir¹³⁰.

765 sayılı TCK'nın 258/4. maddesinde, haksız tahrikle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre "Memurun yetkisini aşarak veya keyfi hareketlerle fiile sebebiyet vermiş olması" durumunda, ceza dörtte birine kadar indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilirdi¹³¹. 5237 sayılı TCK'da böyle bir özel tahrik hükmüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla haksız tahrik durumunda ancak m. 29 uygulanabilecektir¹³². Kanaatimizce, özellikle kolluk

¹²⁶GERÇEKER, s. 2824; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7760.

¹²⁷KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel, s. 334; ÖZGENÇ, s. 422.

¹²⁸"Alacaklı vekili sıfatıyla sanığın babasıyla birlikte oturduğu eve haciz için gelen katılanın, sanığın 100'er TL taksitle borcu ödeme teklifine alaycı bir üslupla "25, 25 öde" karşılığını verdiği, komşuların "adamların ödeyecek durumları yok, öldürelim mi? Keselim mi?" demesi üzerine "getir bıçak keselim" dediği, evin içinde sanığa ait odada bulunan eşyaların da haczedilmesini talep ettiği, eşinin eşyaların kendisine ait olduğunu söyleyerek karşı çıkması üzerine de "seni de yazar satarım" diyerek tahrik edici davranışlarda bulunduğu anlaşıldığı halde belirlenen cezadan TCK'nın 29. maddesine göre daha fazla oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi," (5. CD, 01.07.2014, 2013/3708, 2014/7287)

¹²⁹"Sanığın önce kendisine hakaret edildiği şeklindeki savunması karşısında hakkında TCK'nın 29. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması," (5. CD, 2013/7605, 2014/10647)

¹³⁰"Sanığın aşamalarda değişmeyen "imzala lan" diyerek bir ihbarname verdikleri ve kendisini dövdüklerine ilişkin savunmasının adli rapor içeriğindeki bulgular ile de doğrulanması karşısında, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi üzerinde durulup, haksız tahrik hükmünün uygulanma olanağının tartışılmaması" (18. CD, 10.06.2015, 2015/1264, 2015/2517)

¹³¹Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 915; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 978.

¹³²"Sanığın aşamalarda değişmeyen "..olay tarihinde polislerin verin lan kimlikleri dedikleri, kendisine küfür ettikleri, polislerden birinin kendisini yere düşürdüğü, üzerine çullandıkları, tekmeyle vurdıkları." şeklindeki savunması karşısında olayın başlangıcı ve gelişimi irdelenip hakkında TCK'nın 29. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılmaması," (5. CD, 02.12.2014, 2013/10441, 2014/11997)

görevlilerinin fiziki kuvvet kullanımındaki avantajlı konumları karşısında bireylerin zayıf konumu, haksız tahrik durumlarında hakime daha geniş bir takdir hakkı tanıyan benzer bir düzenlemeyi lüzumlu kılmaktadır.

F. YAPTIRIM

Suçun temel hali için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun yargı görevini yapan kişiye karşı işlenmesi durumunda temel ceza doğrudan TCK m. 265/2'ye göre belirlenmelidir¹³³. Bu durumda ceza iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır.

Kanaatimizce görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin düzenleme, ceza adaleti yönünden haksız sonuçlara yol açma potansiyeline sahiptir. Bunlar daha ziyade kasten yaralama seviyesinde cebir kullanılması suretiyle işlenen suçlar bakımındandır. Bunlardan birisi, yukarıda “içtima” başlığı altında açıklandığı üzere, TCK m. 86/1 kapsamında kalan cebir eylemleri kullanılarak işlenen görevi yaptırmamak için direnme suçlarının aynı ölçüdeki kasten yaralama suçundan bile daha hafif cezalandırılma olasılığıdır¹³⁴. Bu durum, TCK m. 108'de düzenlenen “cebir” suçu ile karşılaştırma yapıldığında, iyice belirginleşmektedir. Zira bu düzenlemeye göre “bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza, üçten birden yarısına kadar artırılarak” hükmolunacaktır. Keza, kasten yaralama suçunun “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi” durumunda, cezanın yarı oranında artırılmasını öngören m. 86/3-c de aynı ağırlıktaki eylemleri gerçekleştiren failer arasındaki ceza adaletsizliğini büyütebilecek mahiyettedir.

TCK m. 43'te yer alan zincirleme suçla ilişkin düzenlemeler de ceza adaletsizliğine yol açabilecektir. Şöyle ki m. 43/3'ün açık ifadesi karşısında, kasten yaralama suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanma olanağı yoktur. Buna karşın, görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından böyle bir sınırlama bulunmadığından bu madde uygulanabilecektir. Dolayısıyla

¹³³“Temel cezanın doğrudan TCK'nın 265/2. maddesi uyarınca tayini gerektiğinin gözetilmesi sonuca etkili görülmemiştir.” (5. CD, 15.12.2014, 2013/12230, 2014/12699)

¹³⁴“Sanığın hız kontrolü yapan trafik polisi olan katılana, kendisi hakkında işlem yapılmasını engellemek için cebir kullanarak işlediği görevini yaptırmamak için direnme eylemi sonucunda katılanın basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek biçimde yaralandığı anlaşılan olayda, TCK'nın 87. maddesindeki neticesi itibarıyla ağırlaşmış haller oluşmadığı ve sadece direnme suçundan hükümlendirilmesi gerektiği halde, aynı Kanunun 265/5. maddesine aykırı biçimde ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılmasına karar verilmesi,” (5. CD, 08.12.2014, 2013/11076, 2014/12369)

görevi yaptırmamak için direnme suçunu cebir kullanarak zincirleme biçimde işleyen fail, aynı ağırlıktaki eylemleri kasten yaralama formunda işleyen faille nazaran daha az ceza almış olacaktır.

Direnme suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bir engel yoktur. Yargıtay uygulamasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için giderilmesi gereken bir zarar bulunmadığı kabul edilmektedir¹³⁵.

G. YARGILAMAYA İLİŞKİN ÖZELLİKLER

Görevi yaptırmamak için direnme suçu, resen soruşturulan suçlardandır. Kural olarak soruşturulması bir izne tabi değildir. Fakat fail bir kamu görevlisiyse ve fiili göreviyle bağlantılı olarak gerçekleştirmişse 4483 sayılı yasa gereği ön inceleme yaptırılması ve soruşturma izni alınması gündeme gelebilir. Suçla ilgili yargılama yapma görevi asliye ceza mahkemesine aittir¹³⁶.

Uygulamada, bu suçlarla ilgili maddi gerçeğin tespitinde güçlük yaşanmaktadır. Zira bu suçların çoğu kolluk görevlilerine karşı işlenmekte ve hemen hepsinde fail konumundaki kişiler, kamu görevlilerinin kendilerine haksız saldırı veya muamelede bulduklarını, sözelimi durduk yere vurduklarını veya hakaret ettiklerini iddia etmektedirler. Buna karşın mağdur konumundaki kamu görevlileri, ağız birliği ederek kendilerinden en küçük bir haksız fiil sadır olmadığını beyan etmekte ve bu hususu bir tutanakla tespit etmektedirler. Kolluk görevlilerinin görevlerini ifa ederken gerektiğinde cebir kullanma yetkisine sahip olmaları, özellikle hukuka uygunluk nedenlerinin ve haksız tahrikin bulunup bulunmadığı noktasında, sübut sorununu iyice içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Gerek Cumhuriyet savcılığı gerekse

¹³⁵“Kabule göre de; sanığın adli sicil kaydının bulunmaması, görevi yaptırmamak için direnme suçundan dolayı giderilmesi gereken somut (maddi) bir zararın oluşmaması ve manevi zararın ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel teşkil etmemesi karşısında, CMK'nın 231/5. maddesindeki diğer hususlar değerlendirilmeden, “işlediği suçun özelliği gözetilerek” biçimindeki, kanuni ve yeterli olmayan gerekçe ile anılan Kanun maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,” (18. CD, 2015/18843, 2015/774)

¹³⁶“Sanığın; avukat olarak görev yapan ve tahliye için icra görevlileri ile birlikte işyerine gelen katılanın görevini yapmasını engellemek amacıyla tehdit ettiği için iddia olunması karşısında, eylemin sübutu halinde TCK'nın 265/2. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabileceği ve aynı maddede öngörülen yaptırım itibarıyla görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu, bağlantı nedeniyle diğer suçla birlikte kanıtların takdiri ve değerlendirilmesi için görevsizlik kararı verilmesi gerektiği halde yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması,” (5. CD, 16.09.2014, 2013/3678, 2014/8473)

duruşma safhasında, taraflar dinlenirken ve tutanağa geçirilirken tarafların kollukça alınan ilk beyanlarını tekrar ettirmeye yönelik kolaycı eğilim de şekli görüntüsünün aksine maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştırıcı mahiyettedir.

Görevi yaptırmamak için direnme suçunun ortaya çıkış ve uygulamadaki soruşturulma şekli, pozitif hukukumuzda koruma altında olan “adil yargılanma hakkı”¹³⁷ bakımından da tehlike arz etmektedir¹³⁸. Zira, olayların büyük çoğunluğunda fail tek başına, buna karşın kolluk görevlileri birden fazla kişi olmaktadır. Kolluk görevlilerinin görevlerini ifa esnasında cebir kullanırken sınırı aşmış olma ve soruşturmaya maruz kalma düşüncesiyle delilleri kendi lehlerine ve görevi yaptırmamak için direnme şüphelisinin aleyhine değiştirmeleri olasıdır. Soruşturmanın en kritik safhası, çok büyük oranda suçun aynı zamanda mağduru kabul edilen aynı kolluk görevlileri tarafından yapılmaktadır. Uyuşmazlığın bir tarafı olan kolluk görevlileri, hukuki ve teknik bilgi itibariyle de suçun şüphelisinden çoğu kez açık ara üstün durumdadırlar. Dolayısıyla görevi yaptırmamak için direnme suçunun faili, savunma hakkı bakımından diğer suçlara nazaran oldukça dezavantajlı bir durumdadır. Diğer bir ifadeyle bu suçun soruşturulması sırasında “silahların eşitliği”nden¹³⁹ söz etmek mümkün değildir. Nitekim Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan “Türkiye 2013 yılı İlerleme Raporu”nda bu konuya değinen eleştirilere yer verilmiştir¹⁴⁰. Bu eleştiriler 2014 yılına ilişkin raporda da aynen tekrar edilmiştir¹⁴¹.

¹³⁷Bu konuda bkz. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara 2013, s. 209 vd.

¹³⁸Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesi ile sağlanan “adil yargılanma hakkı”nın soruşturma evresini de kapsadığı hakkında bkz. DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s. 227; HARRIS, D. J./ O’BOYLE, M./ BATES, E. P./ BUCKLEY, C. M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. : Mehves Bingöllü Kırıcı, Ankara 2013, s. 206.

¹³⁹Bu konuda bkz. İNCEOĞLU, s. 239 vd.

¹⁴⁰“Kolluk kuvvetleri, işkence ve kötü muamele iddiasında bulunan kişiler aleyhinde karşı dava açmaya devam etmiştir. Birçok durumda, bu davalara mahkemeler tarafından öncelik verilmiştir. Bazı münferit davalarda olumlu gelişmeler yaşanmış; mahkemeler, polis memurlarını işkenceden veya cinayetten suçlu bulmuştur. Bununla birlikte, kolluk kuvvetleri tarafından yapıldığı öne sürülen işkence iddialarına yönelik hızlı, kapsamlı, bağımsız ve etkin soruşturmaların yürütülmemesi endişe yaratmaktadır. “(http://www.abgs.gov.tr/files/2013%20ilerleme%20raporu/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf, erişim tarihi: 05.07.2015)

¹⁴¹Bkz. http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf (erişim tarihi: 05.07.2015)

Kanaatimizce CMK m. 148/4'te yukarıda izahına çalışılan sakıncaların daha iyi anlaşılmasını sağlamaya elverişli bir düzenleme yer almaktadır. Anılan düzenleme gereği “Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz.” Kural olarak, kolluk görevlileri soruşturdukları suçun tarafı değildirler ve kanun koyucu, onların aldığı ifadeye buna rağmen itibar etmemektedir. Buna karşın görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin soruşturmalarda, mağdur sıfatıyla ifadeleri alındığı için beyanlarına itibar etmede kanuni olarak bir sakınca görünmemektedir. Oysa normal bir soruşturmada aldıkları ifadeler de kolluk görevlileri tarafından imzalanmaktadır. Kısacası, kolluk görevlisinin kendisiyle ilgisi olmayan bir suçun soruşturması sırasında aldığı savunmaya itibar edilemiyorsa kendisinin bizzat tarafı olduğu suç bakımından verdiği ifadeye de kesin bir delil muamelesi yapılmamalıdır.

Tüm bu hususlar, görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin olarak, bazı önlemlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Kanaatimizce, bu konuda alınabilecek önlemlerin başında, bu suçun ispatının zorlaştırılması gelmelidir. Bu husus, belli bir oranda içtihat yoluyla geliştirilebilir. Sözgelimi yüksek mahkemelerce, fiilin ispatında kural olarak kamera veya ses kaydı yahut tarafsızlığından şüphe edilmeyecek üçüncü kişilerin tanıklığı gibi delillerin aranması gerektiğine hükmedilebilir. Kolluk görevlilerinin görevlerini ifa sırasında kamera kaydını zorunlu kılan yasal veya idari düzenlemeler de bu noktada tamamlayıcı olacaktır. Kamu otoritesinin sahip olduğu cebir kullanma ayrıcalığının olası aşırı kullanımı, bu şekilde dengelenmelidir. Aksi takdirde AİHS'nin 6. maddesi nedeniyle ülkemizin AİHM tarafından “ihlal kararları” eşliğinde tazminata mahkum edilmesi, uzak bir olasılık olarak gözükmemektedir.

Yaralanan veya tehdit edilen kamu görevlisinin davaya katılma hakkı vardır. Mağdur kamu görevlilerinin katılma hakları, uygulamada Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Buna karşın mağdurun mensup olduğu kamu idaresinin katılma hakkı Yargıtay tarafından, doğrudan zarar görmedikleri gerekçesiyle, kabul edilmemektedir¹⁴². Oysa bir kamu görevinin engellenmesi

¹⁴²“Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15/04/2014 tarih ve 2013/599 Esas, 2014/191 Karar sayılı ilamında açıklandığı üzere, suç tarihinde satış yapmak amacıyla işyerlerinin önündeki yaya kaldırımı üzerine masa ve sandalye koymaları nedeniyle haklarında işlem yapılmasını engellemek için zabıta görevlilerine cebir uyguladıkları belirtilen sanıkların eylemlerinin Sakarya Büyükşehir Belediyesinin mal varlığına yönelmediği ve bu kurumun suçtan doğrudan zarar görmediği anlaşılmakla, usulsüz olarak katılma kararı verilerek lehine

nedeniyle bu görevi yerine getirmekle görevli kamu idaresinin doğrudan zarar göreceği aşikardır¹⁴³. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer ile de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle mağdurun bağlı olduğu kamu idaresinin de davaya katılma hakkının tanınması en azından kategorik olarak reddedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

H. SONUÇ

TCK'nın 265. maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun kapsamı 765 sayılı TCK'da yeralan benzer suçlardan farklıdır. Eski kanunun aksine 5237 Sayılı "Yeni" TCK'da pasif direnme eylemleri, suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu suç, münhasıran kamu görevlisi olan mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılması suretiyle işlenebilir. Cebir eyleminin kasten yaralama boyutuna varması zorunlu değildir. Buna karşın failin cebir niteliğinde bir eylemi yoksa suçu oluşturan hareket, tehdit suçu ile birebir örtüşecektir. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun manevi unsurunun varlığı bakımından, failde görevi yaptırmama amacı bulunması zorunludur. Dolayısıyla bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. TCK m. 265'te yer alan düzenleme, benzer suçlarla kıyaslandığında, ceza adaleti ile bağdaşmayan sonuçlara yol açması, kuvvetli bir olasılık olarak ortaya çıkmaktadır. Şikayet hakkının kullanılması, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırması mümkündür. Özellikle kolluk güçlerine karşı işlenen suçlarla ilgili soruşturma ve yargılamada bireylerin "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edilmemesi için dikkatli olunmalıdır. Bu suçla ilgili olarak, ceza adaletinin sağlanması ve adil yargılamanın temini için yasal değişikliklere ihtiyaç duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Özel

vekalet ücretine hükmedilmesi," (5. CD, 11.06.2014, 2013/2315, 2014/6547)

¹⁴³ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 1017; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7702.

Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008.

DUTERTRE, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, Sahir/ ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.

EROL, Haydar : Açıklamalı ve En Yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2015.

GERÇEKER, Hasan: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2011.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011.

HARRIS, D. J./ O'BOYLE, M./ BATES, E. P./ BUCKLEY, C. M. : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. : Mehveş Bingöllü Kırıcı, Ankara 2013.

İÇEL, Kayıhan : İÇel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Bası, İstanbul 2013.

İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara 2013.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014. (Genel)

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013. (Özel)

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onuncu Bası, Ankara 2014.

SEVCAN, Aysel: “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı

Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 486-503.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.

ÜZÜLMEZ, İlhan: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007.

YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa : Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, Ankara 2010.

BİR CEZA HUKUKU YAPTIRIMI OLARAK ZORUNLU KASTRASYONUN ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Tevfik Sönmez KÜÇÜK*

ÖZET

T.C. Adalet Bakanlığı tarafından suçlara ilişkin yayınlanan istatistiksel veriler incelendiğinde, özellikle geçtiğimiz beş yıllık sürede cinsel nitelikli suçlara ilişkin açılan dava sayısının önemli bir şekilde arttığı görülmüştür. Nitekim bu durum, cinsel nitelikli suçlara karşı olan toplumsal tepkinin ve nefretin artmasına neden olmuş ve kamuoyunda suç failleri hakkında zorunlu kastrasyonun uygulanması gerektiği hususunda genel bir algı oluşmuştur. İşte bu çalışmada da bir ceza hukuku yaptırımı olarak zorunlu kastrasyon anayasa hukuku bakımından tahlil edilecektir. Bu çerçevede öncelikle kastrasyon kavramı, yani kavramın tanımı, tarihsel gelişimi, uygulama biçimleri (zorunlu–ihtiyari, cerrahi–kimyasal) ve müdahalenin ceza hukuku bakımından hukuki mahiyeti incelenecek, son kısımda ise, bu yaptırımın anayasa hukukuna ilişkin esaslarla ne ölçüde bağdaştığı kapsamlı bir şekilde ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyon, İnsan Haysiyeti, Yaşam Hakkı, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı.

DIE ANALYSE DER ZWANGSLÄUFIGEN KASTRATION ALS EINE STRAFRECHTLICHE MASSNAHME IM HINBLICK AUF DAS VERFASSUNGSRECHT

DER ABSTRACT

Betrachtet man die von dem Türkischen Republik Justizministerium veröffentlichten Daten hinsichtlich des Verbrechens, ist zu sagen, dass vor allem in den letzten fünf Jahren die Zahl der Klage über das Sexualverbrechen entscheidend angestiegen hat. Dieser Sachverhalt hat die Erhöhung der gesellschaftlichen Reaktion und Hasse verursacht und die Auffassung beherrscht heutzutage in der öffentlichen Meinung, dass die Übeltäter mit der zwangsläufigen Kastration bestraft werden soll. In dieser Arbeit wird die zwangsläufige Kastration als eine Strafmaßnahme im Hinblick auf das Verfassungsrecht analysiert. In diesem Zusammenhang werden zuerst der Begriff die Kastration, also ihre Begriffserklärung, Entwicklungsgeschichte, die Ausführungsarte (zwangsläufig–freiwillig, chirurgisch–chemisch) und die

* Yrd. Doç. Dr., (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı)
sonmezk83@hotmail.com

Rechtsnatur der Kastration im Strafrecht überblickt. Im letzten Teil der Arbeit wird die zwangsläufige Kastration ausführlich dargestellt, inwieweit sie als eine strafrechtliche Maßnahme mit den Grundprinzipien des Verfassungsrechtes vereinbar ist.

Schlüsselwörter: *Die zwangsläufige Kastration als eine Strafmaßnahme, Menschenwürde, Lebensrecht, das Recht auf Verlangen zum Respekt des Privat-Familienlebens.*

I. Giriş

Geride kalan beş yıllık süreç (2009–2014 arası), Türkiye’de Türk Ceza Kanunu (TCK) hükümlerine riayet edilerek açılan kamu davası sayısının ciddi artış gösterdiği bir döneme tekabül etmektedir. Öyle ki, T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve Adli İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan verilere göre, 2009 yılı itibariyle TCK uyarınca açılan toplam dava sayısı, 2023307 iken, 2014’e gelindiğinde, bu sayı, 2736431’e ulaşmıştır. Açılan dava sayısındaki bu artış, toplumsal yaşamda diğer suçlara oranla daha fazla tepki ve nefret doğuran cinsel istismar, cinsel taciz ya da çocukların cinsel istismarı (TCK md. 102–105) gibi kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar bakımından da geçerlidir. Gerçekten, örneğin, 2009 yılında cinsel saldırı suçunun işlendiği iddiası ile açılan ceza davası sayısı, 5297 iken, 2014 senesinde bu sayı, 7709’a, çocukların cinsel istismarı bakımından ise 2009’da 12635 olan kamu davası sayısı, beş yıl sonra 18104’e çıkmıştır¹. Özellikle çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçların belirli bir kısmının, mağdur çocukların yaşları itibariyle çoğunlukla cinsel istismarı anlamaması, şüpheli tarafından çocuklar üzerinde uygulanan tehdit ve şiddetin sonuç vermesi, ailelerin toplumsal baskılardan çekindiklerinden cinsel istismar suçunun üzerini kapatmak istemesi gibi nedenlerle adli makamlara hiç iletilmediği dikkate alınır, Türkiye için bu suçlarla mücadelenin arz ettiği önem daha iyi anlaşılır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların bu şekilde bir artış göstermesi, toplumsal düzeyde de tepkilere yol açmış ve şüphelilerin en ağır biçimde cezalandırılması hususunda bir algının toplumda yerleşmesini sağlamıştır. Hatta söz konusu düşünce, bazen öyle ileri noktalara taşınmıştır

¹ T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve Adli İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan bu istatistiksel verilere ulaşmak için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist-tab.htm, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

ki, cinsel suçları işleyenler için idam cezası gibi mevzuatımızda bulunmayan ve insani niteliği günümüzde tartışmaya açık olan belirli yaptırımların uygulanması konusunda dahi talepler dile getirilmiştir. İşte, söz konusu çalışma çerçevesinde de kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlere, en genel ifadeyle, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetinin – Bu durum, kimyasal kastrasyon için geçerli değildir. – ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilecek kastrasyon² yaptırımının kişilerin iradeleri dışında devlet eliyle zorla uygulanıp uygulanamayacağı meselesi anayasa hukuku bakımından tahlil edilecektir. Bu bağlamda, kastrasyon kavramı, yani kavramın tanımı, tarihsel gelişimi, uygulama şekilleri, müdahalenin ceza hukuku açısından hukuki mahiyeti karşılaştırmalı hukukta yer alan farklı örneklere değinilerek mercek altına alınacak, son kısımda ise, bir ceza hukuku yaptırımı olarak zorunlu kastrasyonun, anayasa hukukuna ilişkin esaslarla ne ölçüde bağdaştığı kapsamlı bir şekilde ortaya konacaktır.

II. Kastrasyon Kavramı

Kastrasyonun kavramsal olarak incelenmesi aşamasında sırasıyla üç husus dikkate alınacaktır. Bunlar esas itibarıyla şunlardır: Kastrasyonun tanımlanması, uygulama şekillerinin ve ceza hukuku açısından bu yaptırımın hukuki niteliğinin saptanması.

1. Kastrasyonun Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini geri dönüşü olmayacak bir şekilde tamamen sonlandıran veya geçici olarak donduran cerrahi ya da kimyevi olarak gerçekleştirilen bir müdahale olarak tanımlanabilir³. Bu çerçevede, evvela ifade etmek gerekir ki, kastrasyon,

² Uygulamada ve öğretilde kastrasyonla hadım etmenin eş anlamlı olarak kullanıldığı görülür. Ne var ki, GÜZELSOY, bu duruma karşı çıkmış ve hadım etme operasyonu ile cerrahi kastrasyonun tıbbi müdahalenin niteliği açısından birbirinden kesin bir şekilde ayrıldığını ileri sürmüştür. Zeycan Güzelsoy, **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 9.

³ Caner Yenidünya / Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Midir?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 348; bu konuda benzer yönde ayrıca bkz. Ömer Ömeroğlu, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63–64, 2009, s. 282; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003, s. 123; Hayrünisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 183; Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Mart–

sterilizasyon olarak da nitelendirilen kısırlaştırmadan ayrılır. Kısırlaştırma, kişilerin cinsel faaliyette bulunma yeteneğine bir zarar vermeksizin kadınlarda yumurtalıkların, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına neden olan bir tıbbi müdahaledir⁴. Böylelikle, kastrasyonun kısırlaştırmaya kıyasla daha radikal bir müdahale niteliğinde olduğu öne sürülebilir. Çünkü özellikle cerrahi kastrasyon neticesinde kısırlaştırmadan farklı olarak kişi, sadece üreme kabiliyetini kaybetmemekte ve ayrıca, kısmen ya da tamamen cinsel işlevini de yitirmekte ve hatta belli bir süre sonra kişinin cinsiyetine ilişkin belirtiler dahi yok olmaktadır⁵. Aslında başlı başına bu durum, sterilizasyondan farklı olarak kastrasyonun ne ölçüde ağır bir müdahale olduğunun bir göstergesidir. Kaldı ki, günümüzde tıp bilimi, kısırlaştırmanın geri dönüşü olmayan niteliğini ortadan kaldırmış⁶ ve bu olumlu gelişme, müdahalenin tıbbi açıdan daha da basit bir yapı halini almasını sağlamıştır⁷.

Nisan 2009, s. 356. Kastrasyon müdahalesinin uygulanması sonucunda kişilerin tanımda belirtilen niteliklerinin geri dönüşü olmayan bir biçimde ortadan kalkması zorunlu değildir. Gerçekten de, aşağıda belirtileceği gibi, kişiye belirli ilaçlar vermek suretiyle kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneği geçici olarak da azaltılabilir. Ne var ki, öğretilerde HAKERİ aksi görüştedir. Yazar, aynen şu görüşü savunmaktadır: “Hadımlaştırma, cinsel salgı bezlerinin (erkeklerde testislerin, kadınlarda yumurtalıkların) tamamıyla kasten alınması veya erkeğin veya kadının alınmamış cinsel salgı bezlerinin fonksiyon görme yeteneğinin *daimi* olarak kasten kaldırılmasıdır [Vurgu bana aittir].”. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 440. Oysa bu tanım, sadece cerrahi kastrasyonu kapsamaktadır. Çünkü kimyasal kastrasyon uygulamasına son verilmesinden belirli bir süre sonra kişi, cinsel faaliyette bulunma yeteneğine tekrar kavuşmaktadır. Bu konuda bkz. Karen Harrison, “The High Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?”, **The Howard Journal Of Criminal Justice**, Volume: 46, Issue: 1, February 2007, s. 21. Öğretilerde kastrasyon tanımına itiraz edildiği de ifade edilmelidir. Bu çerçevede, öğretilerde TEK, aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “... Oysa erkek vücudu için geçerli olan bu tanım kadın vücudu bakımından isabetli değildir. Kadınlar açısından kastrasyonun sonucu, daha çok erken menopoza benzetilmektedir. Kastrasyon, kadının cinsel ilişkiye girme yeteneğini etkilememektedir...”. Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012, s. 106.

⁴ Bkz. Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 197–198; HAKERİ, s. 435; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 350; YENERER ÇAKMUT, s. 127; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s. 206.

⁵ HAKERİ, s. 440; Ramazan Çağlayan, “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 93.

⁶ ERMAN, s. 206.

⁷ Bu bağlamda, kısırlaştırmanın, cinsel suç faillerine uygulanabilecek elverişli bir tedbir olmadığı belirtilmelidir. Kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden suçları işleyenlere kastrasyon yaptırımı uygulanırken asıl hedeflenen husus, bu tür suçları işleyen kişilerin üreme yeteneklerini ortadan kaldırmak değil, cinsel dürtü ve isteklerini kontrol altına

Kastrasyonun tarihinin çok eskilere uzandığı ve hatta söz konusu uygulamaya ilişkin ilk örneklerin, insanlık tarihindeki kayıtlardan öncelere dayandığı ifade edilmelidir⁸. Gerçekten de, tarih boyunca ilk bilinen örneğinin, Lagasch şehrindeki Sümerliler tarafından uygulandığı tespit edilen kastrasyon müdahalesi⁹, bu süreç içerisinde farklı devletler tarafından dinsel ya da sosyal nedenlerle Avrupa, Ortadoğu, Hindistan, Afrika ve Çin’de etkin bir biçimde kullanılmıştır. Örneğin, eski çağlarda bazı kültürlerde savaşta zafer kazananlar, kaybeden düşmanın onurunu kırmak için kastrasyon uygulamasına başvururken, geçmişte bu müdahalenin düşmanlık ve saldırganlık amacı dışında da, mesela, devlet yönetiminde görev almak, kilise ve katedral korolarında dini şarkılar söylemek¹⁰ ya da aile üyeleri dışındaki erkeklerin girmelerine izin verilmeyen haremelerde görev almak için de kullanıldığı olmuştur¹¹.

Geçtiğimiz yüzyıla gelindiğinde ise, kastrasyon uygulaması yukarıda ifade edilen amaçlara hizmet eden bir müdahale olmaktan çıkmış ve esas itibariyle kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlarla mücadelede ve suçluyu tedavi etmede bir yöntem olarak kullanılmıştır. Bu çerçevede ilk kez 1892 yılında İsviçre söz konusu yöntemi uygulamış, daha sonra bu ülkeyi, 1930–1969 arasında Hollanda, 1933–1945 seneleri arasında ise Nazi Almanyası¹² başta olmak üzere İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Estonya, Litvanya, Çek Cumhuriyeti gibi diğer Avrupa ülkeleri takip etmiştir¹³. Bu safhada ülkeler tarafından kastrasyonun sadece cerrahi yöntemi

almaktır. Kısırlaştırma, kastrasyon müdahalesinin amacı değil, zorunlu sonucudur.

⁸ ÇAĞLAYAN, s. 94; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 356.

⁹ ÖZDEMİR, s. 184; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 356–357.

¹⁰ Önceleri Roma Katolik Kilisesi tarafından kilise ve katedral korolarında kadınların bulunmalarına izin verilmediğinden, sadece erkekler bu korolarda görev alabiliyordu. Fakat erkeklerin seslerinin ergenlik döneminden evvel kırılmasını önlemek ve bu şekilde özel bir yüksek ses elde edebilmek için erkek çocukları hadım edilmekteydi. Bu konuda bkz. AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 358–359.

¹¹ Bkz. Adnan Ataç, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 169–170.

¹² Bu yıllar arası, kastrasyon yaptırımının, kişinin bu konudaki iradesi dikkate alınmaksızın cebren uygulandığı bir döneme tekabül etmektedir. Öyle ki, bu süreçte, yalnızca 1933–1934 yılları arasında 2800’den fazla cinsel suç faili tedavi edilmek amacıyla hukuka aykırı olarak cebren cerrahi kastrasyon yöntemiyle hadım edilmiştir. Alison G. Carpenter, “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders”, **Dickinson Journal of International Law**, Volume: 16:2, 1998, s. 437; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 377.

¹³ HARRISON, s. 18; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 352.

zorunlu veya hapis cezası yerine bir seçimlik yaptırım olarak uygulanmıştır. Ne var ki, aşağıda da belirtileceği gibi, günümüzde artık cerrahi yerine, kimyasal kastrasyon belirli koşullar altında kişilerin isteğine bağlı olarak da tatbik edilebilmektedir.

2. Kastrasyonun Uygulama Şekilleri

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyon iki farklı şekilde uygulanabilir. Bumüdahalenincerrahi veya kimyasal yollarla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, belli koşullarda sadece kişilerin olumlu iradeleri sonucunda ya da bu konuda gösterilecek irade nazara alınmaksızın devlet eliyle zorla uygulanması da imkân dâhilindedir.

a. Müdahalenin Niteliğine Göre (Cerrahi–Kimyasal Kastrasyon)

Yapılan müdahalenin niteliğine göre kastrasyon ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlamda, kastrasyon, ameliyat yoluyla yani erkeğin üreme organı olan testislerinin vücuttan alınması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi¹⁴, cinsel dokunulmazlığı ihlal suçunu işleyen faile ilaç verilmesi suretiyle kişinin vücudunun testosteron üretmesi önlenerek de yapılabilir¹⁵. Aslında bu iki müdahalenin de amacı ortaktır: Faile yapılan müdahale sonucunda kişinin yeniden başkalarının cinsel dokunulmazlığını ihlal eden bir suç işlemesini engellemek, başka bir ifade ile kişinin vücudundan testosteron hormonunu uzaklaştırarak, cinsel ilişkide bulunma kabiliyetini ortadan kaldırmak ve böylece, cinsel nitelikteki suçlarda tekerrürün önüne geçmek. Kastrasyonun bu iki farklı yönteminin, kişiler üzerinde yaratacağı etkileri incelemeyen evvel bir hususun altı çizilmelidir. Şöyle ki; kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlerin bu tür suçları neden işlediği farklılık gösterir. Bir grup suçlu, yaptıkları davranışın hukuk ve toplum tarafından yasaklanmış olmasını kabul etmez ve başkalarına cinsel saldırıda bulunmayı kendilerine tanınan bir hak olarak görür. İkinci grup suçlular, bu tür eylemleri suç olarak kabul etmekle birlikte, saldırının nedenini, örneğin alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olmak gibi belirli dış faktörlere bağlarlar. Üçüncü grup suçlular ise, cinsel suçları, şiddet uygulama arzusu veya topluma duyulan öfke içerisinde gerçekleştirir ki, bu halde fail cinsel dürtülerinin dışında hareket eder. Nihayet, son grup suçlular, cinsel dürtülerini kural olarak kontrol edemeyen ve bu noktada

¹⁴ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 350–351; ÇAĞLAYAN s. 95; ÖZDEMİR, s. 189–190; ÖMEROĞLU, s. 282.

¹⁵ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354; ÇAĞLAYAN, s. 96; Murat Doğan, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 139.

önemli takıntıları olan psikiyatride “parafili hastası” olarak teşhis konulan kişilerdir ve sadece bu gruptakilere kastrasyon yaptırımı uygulanabilir. Zira ilk üç grupta bulunanlar, cinsel dürtülerinin kontrol altına alınması ile ilgili bir sorun yaşamadığından, onları, kastrasyon yöntemi ile bu tür suçlardan vazgeçirmek mümkün olmayabilir¹⁶. Kısacası, bu durumda kastrasyon, kişilerin tekrar benzer nitelikte cinsel suçlar işlemesini engelleyecek elverişli bir araç olmaktan çıktığından, bu tedbirin, artık bir ceza hukuku yaptırımı olarak uygulanması mümkün olmaz. Buna karşılık, cinsel dürtü ve isteklerini kontrol edemeyenler için aynı husus geçerli değildir. Burada suç failleri bakımından kastrasyonun uygulanması için bir kriminolojik endikasyon söz konusudur.

Görüldüğü gibi, yalnızca belli hallerde başvurulabilecek bir müdahale olan cerrahi kastrasyon, geri dönüşü olmaksızın testosteron hormonunun üretimini önlediğinden, kimyasal kastrasyonla karşılaştırılmayacak şekilde radikal bir tedbir niteliği taşır¹⁷. Aslında günümüzde söz konusu yöntem, hastanın aydınlatılmış onamını almak şartıyla tedavi amaçlı olarak da başvurulmaktadır. Diğer bir ifade ile bir yandan bu müdahale cinsel suç faillerine karşı uygulanan bir yaptırımken, diğer yandan prostat kanserinin büyümesini ve yayılmasını engelleyerek, hastanın iyileşmesini sağlamaktadır¹⁸. Nitekim Türk hukukunda da kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlere, zorunlu cerrahi kastrasyonun uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde, “... bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” denilerek, kastrasyonun yalnızca tedavi amaçlı olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir¹⁹. Nihayet, kişilerin cinsel faaliyette bulunma

¹⁶ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 356–357; AKBABA, “Kimyasal Hadım...–I”, s. 364–365; ayrıca bkz. Bruce Pastner, “Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 131.

¹⁷ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 351; ÖMEROĞLU, s. 282.

¹⁸ Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 95; AKBABA, “Kimyasal Hadım...–I”, s. 359.

¹⁹ Madde metninde cerrahi kastrasyon yalnızca ameliyat esnasında bir zorunluluk ortaya çıkarsa başvurulacağına ifade edilmesi ve tedavi amaçlı kastrasyonun zikredilmemesi öğretide eleştirilmiştir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 127. Fakat bu hüküm olağan durumlarda tedavi amaçlı yapılan kastrasyonu hukuka aykırı kılmaz. Zira bu eylem, iyileştirme amacı olan tıbbi müdahalelerin genel koşullarına uygundur. ERMAN, s. 210. Öğretide bir diğer görüş, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin, ameliyat esnasında acil müdahaleyi gerektiren bir durumda kastrasyon uygulamasının, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını, yoksa söz konusu düzenlemenin bu ihtimal dışında kastrasyonu yasakladığının savunulamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. TEK, s. 107. Bu bağlamda, ÇAKMUT, nasıl

ve üreme kabiliyetlerini geri dönüşü olmayacak bir şekilde ortadan kaldıran cerrahi kastrasyonun, kişileri, depresyona ya da intihar eğilimine sürükleyen birçok fiziksel ve zihinsel yan etkisinin bulunduğu ifade edilmelidir²⁰.

Cerrahi kastrasyon karşısında bir alternatif olarak kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlerin ilaç aracılığıyla testosteron hormonunu salgılamalarının önlenmesi ve bu şekilde, failerin müdahale süresince cinsel ilişkide bulunma kabiliyetinin önemli ölçüde ortadan kaldırılmasını sağlayan kimyasal kastrasyon yöntemi bulunur²¹. Kimyasal kastrasyonun cerrahi müdahaleden ayrıldığı temel nokta, söz konusu yöntemin sonuçlarının geçici olması,²² kişiye verilen ilaçların onun üreme kabiliyetinin geçici ya da tamamen kaybedilmesi sonucunu doğurmaması ve müdahale süresince kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin tamamen ortadan kalkmayıp, ciddi şekilde zarar görmesidir²³. Kullanılan ilaçlarla kişinin beyni vücutta yeterince testosteron hormonunun mevcut olduğu ve daha fazla üretimine gerek olmadığı ile ilgili aldatılmakta ve böylelikle kişilerin cinsel nitelikli suçlar işlemesinin önüne geçilmektedir²⁴. Türk hukukunda düzenlenmeyen²⁵

gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, kastrasyon gibi radikal bir tıbbi müdahalenin kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi ve bu noktada özellikle de ilgilinin rızasının alınması gerektiğini öne sürmektedir. YENERER ÇAKMUT, s. 126. Ne var ki, bu görüş eleştiriye açıktır. Zira öyle komplikasyonlar ortaya çıkabilir ki, ameliyat sırasında yapılmadığı takdirde (örn. kişinin vücudunda ilerlemiş bir tümörün ameliyat esnasında tesadüfen fark edilmesi ve yaşı nedeniyle kişinin sonraki bir tarihte gerçekleştirilecek olan ikinci ameliyatı fiziki olarak kaldıramayacak halde olması) bu müdahalenin gerçekleştirilmesi imkânsız olabilir. Bu durumda kişinin kastrasyon müdahalesine varsayılan rızasının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Varsayılan rıza kavramı ile ilgili bkz. ERMAN, s. 139–152.

²⁰ Elizabeth M. Tullio, “Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective, and Constitutional”, *Chapman Law Review*, Volume: 13, 2009, s. 203, bu konuda ayrıca bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354.

²¹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354; DOĞAN, s. 139.

²² HARRISON, s. 20; GÜZELSOY, s. 13–14.

²³ TULLIO, s. 218; ÇAĞLAYAN, s. 96–97.

²⁴ TULLIO, s. 205; benzer yönde ayrıca bkz. HARRISON, s. 20.

²⁵ Öğretide ÇAĞLAYAN aksi fikirdedir. Şöyle ki; TCK’nın “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri” başlığını taşıyan 57. maddesi şu şekildedir: “Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.” İşte, yazara göre, bu düzenleme uyarınca, en azından pedofili hastalarına kimyasal hadım yöntemi uygulanabilir. ÇAĞLAYAN, s. 112. Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu tür fiilleri işleyenlerin “akıl hastası” olarak kabul edilmeleri durumunda, onlara, artık TCK md. 32 nedeniyle ceza vermek mümkün olmaz ki, bu husus, ceza adaleti ile bağdaşmaz. Bu çerçevede, Türk hukukunda kimyasal kastrasyonun kabul edilmesi için TBMM’ye daha önce bir yasa teklifinin verildiği ifade edilmelidir. Söz konusu değişikliğe göre: “Türk Ceza Kanununun 102’nci maddesinde tanımlanan cinsel

kimyasal kastrasyon kavramı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken en önemli husus ise şudur: Bu müdahale aşamasında kişiler üzerinde kullanılan ilaçların yaratacağı yan etkiler tam olarak belli olmayıp, söz konusu ilaçların özellikle uzun süreli kullanımı halinde başta farklı kanser türleri olmak üzere, birçok ciddi ve yaşamsal derecede önem arz eden rahatsızlığın ortaya çıkabileceği hususunda literatürde genel bir kanaat bulunmaktadır²⁶.

b. Kişinin İradesinin Niteliğine Göre (İhtiyari–Zorunlu Kastrasyon)

Kimyasal veya cerrahi müdahale şeklinde uygulanabilecek olan kastrasyonun cinsel nitelikli suç işleyen kişinin bu konuda göstereceği irade dikkate alınmaksızın zorla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, belirli şartlar altında onun iradesi doğrultusunda ihtiyari olarak uygulanması da imkân dâhilindedir. Ne var ki, bu müdahale, suçun işlenmesi ve failin bu konudaki talebi üzerine yapılırsa, yani bu noktada devletin zorlayıcı bir eylemi bulunmazsa, kastrasyon artık yaptırım olma niteliğini kaybeder. Çünkü en genel anlatımla yaptırım, kişilerin, hukukun koyduğu emir ve yasaklara aykırı davranması halinde pozitif hukuk tarafından gösterilen tepki olarak tanımlanabilir ve bu tepkiye maruz kalanların iradesi önem taşımaz. Başka bir anlatımla bir hukuk normunu ihlal eden kişi, ihlal neticesinde yaptırma maruz kalmak istese de istemese de kendisine hukukun önceden belirlediği yaptırım uygulanır. Kısacası, kişilerin kendi iradeleri ile vücutlarındaki testosteron hormonunun üretimini azaltılmasını istemesi bir yaptırım değildir ve bu nedenle, söz konusu çalışmanın inceleme alanı dışında kalmaktadır. Fakat burada bir hususun altının önemle çizilmesi gerekir: Şayet, kişiye, bazı ülkelerde olduğu gibi, işlediği suç sonucunda hapis cezası ile kastrasyon arasında bir tercihte bulunma olanağı tanınıyorsa²⁷ ya da kastrasyon şartlı salıverilmenin bir unsuru olarak aranmaktaysa, artık bu tercihin kişinin

saldırı suçundan 103'üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismar suçundan veya 104'üncü maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkûm olanlar, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresi içinde; a) Testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler, b) Tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınabilirler... (8) Yedinci fıkrada [Yukarıdaki fıkra kastediliyor.] yazılı suçlar bakımından itiyadi suçlu veya mükerrir olan hükümlülerin aynı fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerindeki tedavi ve yükümlülüğe tabi tutulması zorunludur...". Bu kanun teklifinin tam metni için bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 348.

²⁶ Söz konusu ilaçların kişiler üzerindeki yan etkileri ile ilgili bkz. ÖZDEMİR, s. 192; HARRISON, s. 21; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 356; Muharrem Uçar, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 155.

²⁷ CARPENTER, s. 451; HARRISON, s. 18; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 352.

serbest iradesine dayandığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu halde kişi, kastrasyona yönlendirildiğinden, bu müdahale şekli de bir yaptırım olarak kabul edilmelidir.

Karşılaştırmalı hukukta ülkelerin düzenlemeleri incelendiğinde, cinsel nitelikli suç faillerine uygulanacak kastrasyon müdahalesi ile ilgili olarak yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten, ülkelerin belirli bir kısmı, zorunlu bir tedbir olarak bu yaptırımı tercih ederken, diğer kısmı, bu konuda faillerin serbest iradesini dikkate almakta ve belirli şartların gerçekleşmesi durumunda söz konusu tedbiri uygulamaktadır. Mesela ABD, cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi halinde eyaletler nezdinde kastrasyon müdahalesine sıklıkla başvuran bir ülkedir. Bu kapsamda, örneğin, 1999 Kaliforniya Ceza Kanununun 645. maddesi gereğince, mahkemeler, 13 yaş altı çocuklar aleyhine cinsel suç işleyen faillerin kimyasal yollarla tedavisini emredebilir. Şayet suçun tekrürü söz konusuysa, hükümlünün şartlı salıverilme öncesinde kastrasyona tabi tutulması zorunludur. Mahkûmun kimyasal kastrasyon yerine, cerrahi kastrasyon yaptırımını tercih etme hakkı ise saklıdır²⁸. Buna karşılık, Teksas eyaletinde küçüklere karşı işlenen cinsel suçlarda cerrahi kastrasyon, ancak failin isteğine bağlı olarak uygulanabilir ve bu müdahale, cezanın affı ve şartlı salıverilme sonucunu doğurmaz²⁹. Benzer nitelikteki düzenlemelerin Avrupa ülkeleri açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Örneğin, Polonya’da, Ekim 2009’da yapılan yasal değişiklikle, 15 yaşın altındaki küçüklere karşı cinsel suç işleyenler hürriyeti bağlayıcı cezalarını çektikten sonra kimyasal kastrasyon yaptırımına tabi tutulurlar³⁰. Burada failin iradesi artık herhangi bir rol oynamaz. Bununla birlikte, Almanya, İsveç, Finlandiya, Danimarka ve Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde kişilerin ancak belirli koşulları yerine getirmeleri (örn. belirli bir yaşı doldurmuş olma, aydınlatılmış onamin bulunması) ve talep etmeleri halinde kastrasyon müdahalesinin uygulandığı görülür³¹.

²⁸ Kaliforniya Ceza Kanununa benzer nitelikte bir hüküm, Florida mevzuatında yer almaktadır. Burada da mahkemeler küçüklere karşı cinsel suç işlendiğinde kimyasal kastrasyon kararı verebilir. Bu tür suçların tekrür edilmesi durumunda kastrasyon kararının verilmesi artık zorunludur. Bu konuda ayrıca bkz. GÜZELSOY, s. 21 vd.

²⁹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 360.

³⁰ Erhan Temel, “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 121.

³¹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 360; bu konuda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. GÜZELSOY s. 20–39.

3. Kastrasyon Yaptırımının Hukuki Niteliği

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonu anayasa hukuku bakımından incelemeye evvel söz konusu müdahalenin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde fayda vardır. Hukuki nitelikle kastedilen husus, bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonun ceza mı, yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğunun tayin edilmesidir. Bilindiği gibi, ceza hukuku, emir ve yasaklara aykırı davranılması durumunda bu aykırılığı yaptırıma bağlayan bir hukuk dalıdır. Başka bir anlatımla ceza hukuku kurallarına uymamanın kişiler üzerinde yaptırım olarak adlandırılan somut bir etkisi vardır ve ceza hukukunda yaptırım, ceza ve güvenlik tedbiri olmak üzere ikiye ayrılır. Devlet tarafından özel bir infaz şekline uyularak tatbik edilen cezanın esas itibarıyla iki temel amacı bulunur. Bir kere, cezanın kefaret amacı vardır. Şöyle ki; kişi, hukukun yasakladığı bir fiili icra ettiğine göre, eylemi sonucunda uygulanan cezanın verdiği acı ve ızdıraba katlanmalıdır. Cezanın bu amacında failin tekrar suç işlemesini önlemek görüşü önemli değildir; dikkate alınan tek husus, failin, eyleminin bedelini ödemesidir³². Ancak, bu görüş eleştirilmiş ve cezanın tek amacının kefaret olamayacağı öne sürülerek, cezanın kefaret dışında, faili ıslah ederek topluma kazandırmak ve korkutucu etkisiyle toplumun diğer üyelerinin suç işlemesini önlemek amaçlarının da olduğu savunulmuştur³³. Bu noktada, güvenlik tedbirleri ise, toplumsal düzeni sağlamayı hedeflemesi açısından cezalara benzese de, ceza yaptırımından bastırıcı değil, önleyici bir niteliğe sahip olması; fiil ile failden kaynaklanan muhtemel tehlikeliliği engelleyerek, ileriye dönük bir amaç taşıması bakımından ayrılmaktadır³⁴.

Bu açıklamalar çerçevesinde fail hakkında uygulanan zorunlu kastrasyon esas itibarıyla bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmelidir. Öncelikle, kastrasyonun, salt bir ceza olarak nitelendirilmesi durumunda bu yaptırımın faile karşı sadece bir sosyal hesaplaşma olarak değerlendirilmesi ihtimali ortaya çıkar ki, bu halde kastrasyon, hem gereksiz hem de işlenen suçun ağırlığı dikkate alındığında suçla orantılı olmayan bir ceza halini alacaktır³⁵. Kastrasyon yaptırımını uygularken ulaşmak istenen amaç sonuçta bellidir: Cinsel dokunulmazlığı ihlal eden bir davranışta bulunmuş ve bu

³² Veli Özer Özbek / Mehmet Nihat Kanbuk / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Eylül 2013, s. 594.

³³ Ibid., s. 594-596.

³⁴ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2012, s. 602.

³⁵ Bu konuda bkz. GÜZELSOY, s. 50.

doğrultuda hüküm giymiş bir kişinin yeniden benzer mahiyette suç işlemesini engellemek ve onun toplum için yarattığı tehlikelilik halini önlemek. Başka bir ifade ile kastrasyon, bastırıcı değil, aksine önleyici bir tedbir olarak ortaya çıkar. Kaldı ki, ceza hukukunun en temel prensiplerinden birini, işlediği bir suç nedeniyle bir kişiye iki defa ceza verilemeyeceği ilkesi oluşturur. Şayet, kastrasyon, ceza olarak kabul edilirse, bu takdirde non bis in idem ilkesi uyarınca faile işlediği suç nedeniyle iki kez ceza verilemeyeceğinden, fail kastrasyon dışında hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılmayacak³⁶, bu durum, adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Buna karşılık, zorunlu kastrasyonun bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi ihtimalinde, bu tür bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin hukuki nitelikleri farklı olduğundan, aynı suç hakkında her iki yaptırıma da hükmedilmesi non bis in idem ilkesini ihlal etmeyecektir³⁷. Nitekim karşılaştırmalı hukukta yer alan örnekler de göz önünde bulundurulduğunda, ülkelerin önemli bir kısmı tarafından kastrasyon yaptırımının güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiş olması³⁸ bu görüşü destekler niteliktedir.

III. Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine failin iradesi dikkate alınmaksızın devlet tarafından gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun anayasa hukukuna ilişkin temel esaslar bakımından incelenmesi için öncelikle bu yaptırımın insan onur ve haysiyetine ne ölçüde uyduğu belirlenmeli, daha sonra ise bu müdahalenin, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili anayasal kurallara uygun olup olmadığı mercek altına alınmalıdır.

1. İnsan Haysiyetine Uygunluğu Açısından

Ceza hukukunda yaptırım kavramının tarihsel gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, çağdaş toplumun ortaya çıkmasından evvel suç işleyen kişilerin toplum nazarında küçük düşürülmesi, teşhir edilmesi, taşlanması, işkence ve kötü muameleye tabii tutulması gibi insan onuru ve haysiyeti ile bağdaşmayan ve dayanılamayacak boyutta acı ve ızdırap veren cezalara çarptırıldıkları görülür³⁹. Buna karşılık, ceza hukukunda yaptırım olgusu geçmişten bugüne niceliksel ve niteliksel olarak önemli bir şekilde değişmiştir. Bu bağlamda, niceliksel değişim, devlet tarafından

³⁶ Ibid.

³⁷ DEMİRBAŞ, s. 602.

³⁸ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 359-360.

³⁹ ÇAĞLAYAN, s. 105.

uygulanan cezanın şiddetine, miktarına ve ağırlığına ilişkin ortaya çıkan farklılığı ifade ederken, niteliksel değişimle anlatılmak istenen, bedensel ve katlanılamayacak ölçüde acı veren cezaların terkedilip, yaptırımın “insani” bir boyuta kavuşturulmasıdır⁴⁰. Nitekim özellikle de II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyasında gerçekleştirilen insan haysiyetine ve onuruna aykırı tıbbi müdahaleler ve yaptırımlar neticesinde günümüzde bu husus, ulusal ve uluslararası hukuki metinlerde açıkça güvence altına alınmıştır. Gerçekten, örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesine göre, “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.”. Benzer yönde düzenlemeler, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 3. maddesi başta olmak üzere birçok uluslararası metinde yer alır. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta anayasalar açısından da benzer bir durumun söz konusu olduğunun altı çizilmelidir⁴¹.

Bu bilgiler çerçevesinde yanıtlanması gereken temel soru ise şudur: Kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ya da muameleye tabi tutulamayacağına göre, acaba kastrasyon bir güvenlik tedbiri olarak insan haysiyetine uygun bir yaptırım mıdır? Bu sorunun cevaplandırılması, evvela insan haysiyeti kavramının tanımlanmasına bağlıdır. Türk Anayasa Mahkemesi, insan haysiyeti olgusu ile ilgili olarak aynen şu görüşü ileri sürmektedir: “Hiç kuşku yok ki, her ceza yaptırımı cezalandırılan kişiye bir acı getirir. Bu acı daha ziyade bir takım yoksunlukların sonucudur. Ceza yaptırımlarının konulmasında ve dolayısıyla uygulanmasında daima böyle bir erek kendini duyurur. Ancak, acının makul ve insanî bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence derece ve niteliğini almaması şarttır... [C]eza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri bakımından bir sınır olarak görülen, bunların insanın haysiyeti ile bağdaşır olması sorununa gelince; **insan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler gerekse**

⁴⁰ Bu konuda bkz. Emek Bayrak, “Cezanın Nitelikleri ve Amaçları”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 5, Temmuz 2005, s. 97.

⁴¹ Mesela, Federal Alman Anayasasının 1. maddesi uyarınca insan onur ve haysiyeti dokunulmaz olup, tüm devlet organları buna saygı göstermek zorundadır. Bkz. <http://www.verfassung.de/de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015. İtalyan Cumhuriyeti Anayasasının 27. maddesine göre de, cezalandırma, insan onuruna aykırı bir muamele içeremez. <http://www.verfassungen.eu/it/>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015. Nihayet, 12 Eylül 1980 askeri darbesi neticesinde oluşturulan 1982 Anayasası gereğince de (md. 17), “...Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”. Ayrıca, Anayasanın Başlangıç Kısmında (8. Paragrafta), her Türk vatandaşının “onurlu bir hayat sürdürme” hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmektedir.

toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış ve tanıma çizgisidir ki, ondan aşağı düşülünce yapılan işlemler, insanı insan olmaktan çıkarmış demektir... [İ]nsan haysiyeti kavramı insana sadece insan olması bakımından kazandırılmış ve dolayısıyla tanınmış toplumsal değerlerinden ibarettir [Koyu renk vurgu bana ait.]...⁴²”. İnsanın öz varlığına saygı gösterilmesini zorunlu kılan insan haysiyeti kavramı, onun insanlık dışı ya da küçük düşürücü davranışlara maruz kalmasını, sosyal saygınlığını zedelemesini ve nesneleştirilmesini engeller, insanı çoğu zaman insana rağmen korur⁴³. Öğretide ilk defa DÜRİG tarafından ortaya atılan nesne formülü bu kavramın açıklanmasında önem arz eder. Bu formüle göre, kişilerin, dışarıdan kontrol edilmesi mümkün ve beyinleri yıkanmış araç konumuna sokulmaları veya ikame edilebilen, kullanılabilen ve ihmal edilebilen bir nesne statüsüne indirgenmesi insan haysiyetine aykırıdır⁴⁴. İnsan haklarının temel kaynağı ve varlık nedeni olan bu olgunun⁴⁵ belirli bir tanımını yapmak güç olmak birlikte, Alman hukuk öğretisinde, insanı değersizleştirerek bir ölçüye varan ayrımcılık (örn. ırkçılık, kölelik), insan haysiyetini zedeleyecek biçimde insanın maddi ve manevi kimliğine ve varlığına zarar vermek (örn. kötü muamele, bazı terbiye şekilleri, soruşturma veya kovuşturmada yalan makinesini ve hipnoz yöntemini kullanmak), insan haysiyetini yaralayacak bir şekilde devlet gücünün kullanılması ve insanın asgari yaşam standartlarını karşılayamamak insan haysiyetine aykırı düşen temel eylemler olarak gösterilmiştir⁴⁶.

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonun insan haysiyetine aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için cerrahi ve kimyasal yöntem bakımından

⁴² AYMK, E. 1971/2, K. 1971/36, Karar Günü: 6.4.1971, Resmi Gazete Sayı: 13994.

⁴³ Bu konuda benzer yönde bkz. Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Ver., München, 2008, Rn. 14, s. 231. Öğretide UYGUN bu konuda şu fikri ileri sürmektedir: “Tüm insanlar onur bakımından eşittir, ... kişi yalnızca insan türüne ait olduğu yani “insan” olduğu için “değerli” kabul edilmektedir. İnsanın onurlu bir varlık olması, herkes tarafından uyulması gereken bazı ahlaki ödevler yaratır. Bu ahlaki ödevlerin özü, insan onurunun her koşulda korunmasıdır: Her zaman ve her yerde insana onurlu bir varlık muamelesi yapılmalı, insanca davranılmalıdır... Kişi devletten, toplumdan ve başkalarından bu özelliklerinin her koşulda korunmasını, insan onuruna aykırı muameleyle tabi tutulmamasını isteme hakkına sahiptir. **Bir madalyonun iki yüzü gibi, insanın değerinin/onurunun korunması kişi açısından bakıldığında bir “hak”; devlet, toplum ve başkaları açısından bakıldığında bir “ödev”dir** [Koyu renk vurgu bana aittir].”. Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yay., İstanbul, Eylül 2014, s. 472.

⁴⁴ Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, XII Levha Yay., İstanbul, Şubat 2014, s. 13.

⁴⁵ Ibid., s. 15–16.

⁴⁶ Peter Schwacke / Guido Schmidt, **Staatsrecht**, Deutscher Gemeinde Ver., 5. Auflage, Stuttgart, Rn. 772, s. 232.

ikili bir ayrıma gidilmesi zorunludur. Zira her iki müdahalenin de kişiler üzerindeki etkileri ve sonuçları farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda, cerrahi kastrasyon yaptırımının insan haysiyeti ile bağdaşmadığı öne sürülebilir. Bir kere, bu yöntem sonucunda kişi geri dönüşü olmayan şekilde cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini yitirmektedir. Ceza hukukunda yaptırımlar, kişileri bir yandan ıslah ederken, diğer yandan onları uyumlu bir birey olarak topluma tekrar kazandırabilmelidir. Oysa cerrahi kastrasyonun telafi edilemez yapısı, bu amaçların gerçekleşmesini engeller ve çoğu zaman kişiye – ki, failin rızası olmaması durumunda bu husus kendini daha açık bir şekilde gösterir. – fiziksel nitelikte olmasa da, manevi yönden ağır bir ızdırıp verir⁴⁷. Ayrıca, cinsel nitelikli suçun işlenmesi üzerine uygulanan cerrahi kastrasyon yaptırımı ile kişiler, işledikleri bir suç nedeniyle ömür boyu “işaretlenmiş” duruma düşerler⁴⁸. Unutulmamalıdır ki, bir yargılama, ne kadar dikkatli ve adil gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin her zaman yanılma olasılığı taşır. Bu nedenle, bir yaptırımın insan haysiyetine uygun olduğundan bahsedebilmek için hatalı bir karardan dönülebilmesine her zaman olanak tanınması gerekir⁴⁹. Ne var ki, cerrahi kastrasyonun telafisi mümkün olmayan niteliği, bu imkânı ortadan kaldırmakta ve kişiyi küçük düşürecek biçimde onun maddi ve manevi varlığına ciddi bir zarar vermektedir.

Görüldüğü gibi, bireyin iradesi dikkate alınmaksızın zorunlu olarak gerçekleştirilen cerrahi kastrasyonun insan haysiyetine aykırı düşen bir yaptırım olduğu konusunda şüphe yoktur⁵⁰. Buna karşılık, zorunlu kimyasal kastrasyon konusunda öğretilerde aynı görüş birliğinin bulunduğu söylenemez. Gerçekten de, kimyasal kastrasyonun etkilerinin cerrahi müdahaleden farklı olarak geçici olmasının, başka bir ifade ile kişiye verilen ilaçların kesilmesinden belli bir müddet sonra kişinin cinsel ilişkide bulunma yeteneğini bütünüyle tekrar kazanmasının söz konusu yaptırımın insan haysiyetine aykırı olmasını önlediği ileri sürülmüştür⁵¹. Ancak, bu görüş eleştiriye açıktır. Bu çerçevede ifade edilebilecek en önemli gerekçe, kimyasal kastrasyon

⁴⁷ ÇAĞLAYAN, s. 111.

⁴⁸ AKBABA, “Kimyasal Hadım...-II”, s. 392. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, cerrahi kastrasyonun kişide ömür boyu kalacak iz bırakmasıdır. Öyle ki, kişi, bu operasyonu geçirdikten sonra ileride yaşamını paylaşacağı eşine bu konuda açıklama yapmak mecburiyetinde kalır ki, bu halde yaptırımın, kişilerin yaşamı boyunca süren müebbet hapis cezası ile benzer bir işlev göreceği açıktır. HARRISON, s. 19. Oysa cezanın iki amacı bulunur: Ceza, kişiye ızdırıp verirken, aynı zamanda onu ıslah ederek, topluma kazandırmalıdır.

⁴⁹ ÖMEROĞLU, s. 287.

⁵⁰ Bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 362; ÇAĞLAYAN, s. 111.

⁵¹ Bu görüşü savunan yazarlara örnek olarak bkz. ÇAĞLAYAN, s. 111; ÖMEROĞLU, s. 287.

aşamasında kullanılan ilaçların kişiler üzerindeki olası yan etkileridir. Bu ilaçların, özellikle uzun süreli kullanımı halinde, başta kanser olmak üzere birçok önemli ve hayati rahatsızlığın (örn. nefes almada güçlük, hiper tansiyon, intihara sürükleyen depresyon) ortaya çıkabileceği konusunda genel bir kanaat vardır⁵². Bu yan etkileri karşısında, kişilerin aydınlatılmış onamı alınmaksızın, ilaçların bir ceza hukuku yaptırımı olarak cebren verilmesinin insan haysiyetini zedeleyeceği açıktır⁵³.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Açısından

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine devlet tarafından gerçekleştirilen kastrasyon, kişilerin serbest iradelerini dikkate almadığından, yani bir yaptırım olarak uygulandığından ister istemez belli hak ve özgürlükleri sınırlandırır. Bu bağlamda, söz konusu çalışmada öncelikle kastrasyon yaptırımının hangi hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı tespit edilecek, daha sonra ise, bu müdahalenin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken uyulması gereken esasları düzenleyen Anayasa md. 13'e uygun olup olmadığı

⁵² HARRISON, s. 21; benzer yönde bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 366; ATAÇ, s. 172; ÖZDEMİR s. 184.

⁵³ Bu noktada ortaya şöyle bir soru atılabilir: Peki, kastrasyon bir yaptırım olarak, yani devlet tarafından zorla değil de, kişinin olumlu iradesi üzerine yapılırsa, söz konusu müdahale insan haysiyetine uygun hale gelecek midir? Bu meselenin Alman hukuk öğretisinde tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten de, bir görüşe göre herkes kendi kaderini tayin etme hakkına sahiptir. Birey, kendisi hakkında yapılacak müdahale hakkında aydınlatılır ve bu konuda rıza gösterirse, müdahalenin (örn. ihtiyari kastrasyon) insan haysiyetine aykırı olduğundan bahsedilemez. Bu konuda bkz. ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, Rn. 51, s. 240. Ancak, öğretilde bu görüşe karşı çıkmış ve devletin, vatandaşlarına bir yaşam biçimi dayatamayacağı fikrinin kabul edilmekle birlikte, bir kişinin kendi geleceği hakkında söz sahibi olmasının anayasal yükümlülüklerin (örn. insan haysiyetine saygı) dikkate alınmayacağı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Ernst Benda, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", in Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans Jochen Vogel (Hrsg.), **Handbuch des Verfassungsrechts (1)**, Walter de Gruyter Ver., 2. Auflage, Berlin–New York, 1994, Rn. 57, s. 189. Hiç şüphesiz, kişilerin kendi gelecekleri hakkında serbest bir şekilde karar verebilmesi, insan haysiyeti kavramının merkezinde yer almaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kastrasyon bir yaptırım olarak, yani zorlama neticesinde değil, tamamen kişilerin aydınlatılmış onamı üzerine uygulanmaktadır. Bu safhada kişilerin kendi kaderini tayin etme hakkını üstün tutmak gerekir. Zira ortada bir yaptırım bulunmadığından, müdahalenin insan haysiyetine uygun olması gerektiğinden bahsedilemez. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi, devlet, yurttaşlarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermek zorunda olup, bir kamu erki olarak devletin, onların yaşamlarını "iyileştirme" görevi bulunmamaktadır. Bkz. BVerfGE, 22, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 142. Nitekim öğretilde, insan haysiyeti kavramının, yasa koyucuların ve yargıçların elinde iki tarafı keskin bir kılıca dönüşmemesi gerektiği, fakat bazı hallerde paternalizme hizmet eder hale geldiği ve devlet organlarının ahlak anlayışının kişilere dikte edilmesi sonucunu doğurduğu savunulmuştur. Bu konuda bkz. GÜRBÜZ, s. 23.

ortaya konacaktır. Ne var ki, bu incelemeden evvel zorunlu kastrasyonun hukuki niteliğinin ceza hukuku açısından esas itibarıyla bir güvenlik tedbiri olduğunun ve 1982 Anayasasının 38. maddesinin 3. fıkrasına göre ceza ve güvenlik tedbirlerinin, dolayısıyla zorunlu kastrasyonun da ancak yasayla düzenlenebileceğinin, diğer bir ifade ile burada yasallık ilkesine uyulması gerektiğinin ifade edilmesi gerekir.

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi sonucunda gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun temel hak ve özgürlükler üzerindeki ilk etkisi sağlıklı bir yaşam hakkı bakımındandır⁵⁴. Bu husus, özellikle kanser veya intihara sürükleyen depresyon gibi yaşamsal rahatsızlıklara yol açabilecek yan etkileri olan ilaçların kullanılmasını öngören kimyasal kastrasyon açısından söz konusudur. Ayrıca, uzun süreli etkileri bütünüyle saptanamayan söz konusu ilaçların yalnızca ilacı kullanan kişilerin yaşam hakkını etkilemediği, aynı zamanda, sperm kalitesini düşürdüğü ve döllemenin gerçekleşmesi halinde fetusda deformasyona neden olduğu öne sürülmektedir⁵⁵. Başka bir ifade ile devlet tarafından zorunlu kimyasal kastrasyona tabi tutulan kişinin eşinin bahsedilen ilaçların kullanımı aşamasında gebe kalması durumunda, – ki, cerrahiden farklı olarak kimyasal kastrasyonda tıbben bu ihtimal vardır⁵⁶. – ana rahmindeki ceninin sağlığı da olumsuz yönde etkilenebilecek ve cenin, ölü ya da engelli doğabilecektir. Burada yanıtlanması en temel soru, ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığıdır. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), doğmamış çocuğu, AİHS’in 2. maddesiyle doğrudan korunan bir “kişi” olarak görmemekle birlikte, Vo Fransa’ya Karşı Davasında Mahkemenin, ceninin insanlık onuru adına korunması gerektiğini belirtmiş olması önem arz eder⁵⁷. Buna karşılık, gerek Alman hukuk öğretisi⁵⁸, gerekse Alman Anayasa Mahkemesi⁵⁹, Anayasa md. 2 / 2’deki “herkes” kelimesinin,

⁵⁴ Bkz. AKBABA, “Kimyasal Hadım...–II”, s. 379.

⁵⁵ ATAÇ, s. 172–173; bu konuda benzer yönde bkz. ÇAĞLAYAN, s. 112.

⁵⁶ Kimyasal kastrasyonun etkisi için bkz. TULLIO, s. 218.

⁵⁷ Vo / Fransa Davası, Başvuru No: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, Par. No: 84. Ceninin yaşam hakkına ilişkin görüşler için ayrıca bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, Legal Yay., İstanbul, 2012, s. 208 vd.

⁵⁸ Örnek olarak bkz. ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, Rn. 1, s. 263.

⁵⁹ Bu karar için bkz. BVerfGE, 1, 39, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 133. Türk hukukunda da cenin, kişiliğini ana rahmine düştüğü anda kazanır. Ana rahmine düşme anı ise, cinsel ilişkiye girme değil, kadının gebe kalma yani embriyonun hücre ile birleşme anıdır. Bkz. Korkut Kanadoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 119, Temmuz–

yaşayan her insana atıfta bulunduğunu ve yaşam hakkının, doğmamış kişileri de kapsadığını ileri sürmektedir.

Görüldüğü gibi, kimyasal kastrasyon yaptırımı yan etkileri ile hem failin hem de ceninin sağlıklı yaşam hakkına müdahalede bulunur. Bu müdahaleyi anayasa hukuku bakımından incelemeyen evvel bir hususun altı çizmelidir: Her ne kadar, zorunlu kimyasal kastrasyon, doğrudan doğruya kişinin yaşamını sonlandırmadığından ölüm cezası ile eş bir yaptırım olarak kabul edilemezse de, bu durum, söz konusu müdahalenin uzun vadede kişilerin ve ceninin yaşam hakkını sonlandırma ihtimalini bünyesinde barındırdığı ve onların sağlıklı yaşam hakkını sınırlandırdığı gerçeğini değiştirmez. Zorunlu kimyasal kastrasyonu savunan yazarlar, toplumun güvenliği ile bireyin sağlıklı yaşam hakkının çatışması halinde yaşam hakkı karşısında toplumun güvenliğine öncelik tanınması gerektiğini ileri sürmekte ve toplumun ve gelecek kuşakların güven içerisinde yaşamaları için gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun, yaşam hakkı üzerindeki olası etkileri hukuka uygun kılacağını ifade etmektedir⁶⁰. Fakat bu fikir eleştiriye açıktır. Bir hakkın veya özgürlüğün, başka bir hak veya özgürlük ya da anayasal değerle çatışması halinde, birinden, diğeri lehine belli bir oranda vazgeçmek mümkün olmakla birlikte⁶¹, bu husus, yaşam hakkı açısından geçerli değildir. Gerçekten, yaşam hakkı esas olarak vazgeçilmesi mümkün olmayan sert çekirdekli bir haktır. Öyle ki, Anayasanın belirlediği birkaç istisnai hâl dışında (örn. meşru müdafaa, bir ayaklanmanın bastırılması, savaş hukukunun gerekleri) bu hak sınırlandırılmaz. Hal böyle olunca, suç işlenmesini engellemek ve toplumsal güvenliği korumak için kişilere kanser riskini artıran ilaçlar vermek, kişilerin sağlıklı yaşam hakkı göz önünde bulundurulduğunda kabul edilemez. Kaldı ki, kimyasal kastrasyon aşamasında kullanılan ilaçların, fetusda deformasyona yol açarak, ceninin yaşam hakkını etkileyebilmesi, babasının işlediği bir suçtan doğmamış çocuğun sorumlu tutulması demektir ki, bu durumun, yaşam hakkı dışında, kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağı anlamına gelen ve Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini ihlal edeceği konusunda da şüphe yoktur.

Ağustos 2015, s. 26–27.

⁶⁰ AKBABA, “Kimyasal Hadım...–II”, s. 379–380.

⁶¹ Kaldı ki, bu durumda yapılması gereken, birinden diğeri lehine vazgeçerek hak ve özgürlükler arasında hiyerarşik bir yapı oluşturmak değil, aksine her iki hak ve özgürlük arasında bir denge kurarak etkilerini devam ettirmesini sağlamaktır. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yay., Ankara, 1982, s. 38 vd.

Ayrıca, Anayasa md. 20 uyarınca, herkes, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Kimyasal ve cerrahi olarak gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun hak ve özgürlükler üzerindeki diğer etkisi, bu yaptırım neticesinde kişilerin bu haklarının sınırlandırılmasıdır. Şöyle ki; yukarıda da belirtildiği gibi, haklarında kastrasyon yaptırımı uygulanan kişiler, cerrahi operasyonda ömür boyu cinsel ilişkide bulunma ve üreme yeteneğini, kimyasal yöntemde ise, ilaçların verildiği süre boyunca yalnızca cinsel faaliyette bulunma kabiliyetini tamamen olmasa da önemli ölçüde kaybeder. Bununla birlikte, AİHM'in, Brüggeman–Scheuten / Almanya Kararında ifade ettiği gibi, özel hayata saygı hakkı, bireye, kişiliğini özgür olarak oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan tanır ve kişiler diğer kişilerle değişik türde –cinsel ilişki dâhil olmak üzere– ilişkiler kurma imkânına sahip olmalıdır⁶². Oysa bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyon, kişilerin bu tür faaliyetlerde bulunma yeteneğini sınırlamakta ve hatta cerrahi operasyon halinde bütünüyle ortadan kaldırmaktadır.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemenin, Anayasaya uygun nitelendirilebilmesi için Anayasa md. 13'te belirtilen ve sınırlamanın sınırlarını çizen esaslara aykırı olmaması gerekir. Bu çerçevede üzerinde durulması gereken ilk husus, cerrahi veya kimyasal olarak gerçekleştirilen kastrasyon yaptırımının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır. 2001 değişikliği ile, Anayasa md. 13'te açıkça ifade edilen, bu değişiklik öncesinde ise, öğretide başta hukuk devleti (md. 2) olmak üzere, Anayasanın farklı maddelerinden (değişiklikten evvel Anayasa md. 13 / 2, Anayasa md. 15 / 1) türetilmeye çalışılan ölçülülük ilkesi⁶³, sınırlama aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli ve zorunlu (gerekli) olmasını ve bu araç ile amaç arasında makul bir denge bulunmasını şart koşar⁶⁴. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sınırlama aracının amaca ulaşmaya katkı sağlaması anlamına gelen elverişlilik⁶⁵ alt başlığı altında bir değerlendirme yapıldığında,

⁶² Karar için bkz. Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, (Çeviren: Ayşegül Alkış Schäling), Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 16.

⁶³ Bkz. Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014, s. 154–155; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 14. Baskı, Ankara, 2013, s. 114; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yay., 9. Baskı, Konya, Ekim 2014, s. 132.

⁶⁴ Bu konuda bkz. SAĞLAM, s. 114; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 155; ÖZBUDUN, s. 114–115; ATAR, s. 132.

⁶⁵ SAĞLAM, s. 114; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., 16. Baskı, Bursa, Ocak 2014, s. 132.

cerrahi ve kimyasal kastrasyonun elverişli bir yaptırım özelliği gösterdiği ileri sürülebilir⁶⁶. Zira bilimsel araştırmalar, kastrasyona tabi tutulanlarda, tedbirin uygulanmadığı kişilerden farklı olarak cinsel nitelikli suçların tekrür edilme oranının çok düşük olduğunu göstermektedir⁶⁷. Elverişli bir yaptırım olan kastrasyonun gerekliliği konusunda ise bir ayrıma gidilmesi zorunludur. Şöyle ki; sınırlama amacını gerçekleştirebilmek için temel haklar açısından aynı derecede etkili en yumuşak aracın seçilmesi demek olan gereklilik ilkesi⁶⁸, cerrahi kastrasyonun uygulanma olasılığını ortadan kaldırır. Bu durumun en önemli gerekçesi şudur: Kimyasal ve cerrahi kastrasyonun suçun tekrürü noktasında sonuçları aynı olmakla birlikte, kişi üzerindeki etkisi tamamen farklıdır. Cerrahi operasyonun geri dönüşü olmayacak şekilde kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini ortadan kaldırmasına rağmen aynı hususun kimyasal kastrasyon için söz konusu olmaması, özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından kimyasal kastrasyonun daha yumuşak bir araç olduğunu ortaya koymaktadır.

Kastrasyon yaptırımının ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmesinden sonra tahlil edilmesi gereken bir diğer nokta, bu müdahalenin Anayasa md. 20’de güvence altına alınan kişilerin özel ve aile hayatına saygı hakkının özüne dokunup dokunmadığının tespit edilmesidir. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası ekseninde yaptığı denetimlerde “öz” kavramını sıkça kullanmıştır. O dönemde Anayasa Mahkemesi, “bir hak ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci⁶⁹” nitelikte olan sınırlamaların ilgili hak ve özgürlüklerin özüne dokunduğunu kabul etmekteydi. 1982 Anayasasının ilk halinde öze dokunma yasağından bahsedilmemiş olsa da, Mahkeme, Anayasa md. 13’te düzenlenen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını somut olaya uygularken,

⁶⁶ Fakat kastrasyon yaptırımının kadınlar açısından elverişli bir tedbir olmadığı belirtilmelidir. Çünkü ister cerrahi ister kimyasal olarak gerçekleştirilsin kastrasyonun amacı, kişinin vücudundaki fazla miktardaki testosteron hormonunu azaltmak ve bu şekilde cinsel ilişkide bulunma yeteneğini kontrol altına almaktır. Oysa kadınlarda testosteron hormonunun fazlalığı kural olarak söz konusu olmayacağından, kastrasyon müdahalesi ile kadınlar, cinsel ilişkide bulunma yeteneğini kaybetmez, sadece çocuk yapma olanağını yitirir. Bkz. TEK, s. 107. Kısacası, kadınların hadım edilmesi, kastrasyonla ulaşmak istenen amaca (cinsel suçların tekrürünü önlemek) katkı sağlamaz.

⁶⁷ Mesela bir araştırmaya göre, kastrasyon uygulandığı kişilerde cinsel nitelikli suçların tekrür edilme oranı % 3 iken, tedbirin uygulanmadığı suçlularda söz konusu oran, % 46’dır. CARPENTER, s. 438; benzer sonuca ulaşan araştırmalar için HARRISON, s. 18.

⁶⁸ SAĞLAM, s. 115; ATAR, s. 132; GÖZLER, s. 132.

⁶⁹ AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1, Karar Günü: 4.1.1963, Resmi Gazete Sayı: 11354.

öz kriterini dolaylı olarak kullanmaya devam etti. Şu kadar ki, 1961 Anayasasından farklı olarak kavramın güvence alanı daraltılmış ve sadece hak ve özgürlüğü “tümüyle kullanılmaz hale getiren” sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilmiştir⁷⁰. Buna karşılık, 2001’de gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonucunda öz kavramının, 13. maddeye yeniden eklendiği ve bu değişiklikte birlikte, Anayasa Mahkemesinin eski içtihadına geri döndüğü ileri sürülebilir⁷¹. Bu bağlamda, cerrahi kastrasyonun kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneklerini telafisi mümkün olmayan şekilde bütünüyle ortadan kaldırmasının, kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını tümüyle kullanılmaz hale getireceğinden hakkın özüne dokunacağı açıktır. Benzer yönde bir görüş, kimyasal kastrasyon yaptırımı açısından geçerlidir. Çünkü kimyasal kastrasyonun uygulanması halinde kişiler cinsel ilişkide bulunma ve üreme kabiliyetini bütünüyle kaybetmemekle birlikte bu evrede kullanılan ilaçlar, kişilerin söz konusu davranış biçimlerinde bulunmasını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. 2001 değişikliği sonucunda sadece hakkı bütünüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamalar değil ve aynı zamanda hakkın amacına ulaşmasını önleyip, kullanılmasını ciddi bir biçimde zorlaştıran müdahaleler de, öz kriterine dâhil edildiğinden, kimyasal kastrasyon yaptırımının kabul edilmesinin Anayasa md. 13’e aykırı olacağı iddia edilebilir.

IV. Sonuç Yerine

Son yıllarda kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden suçların önemli bir şekilde artış göstermesi ve bu suçların mağdurlarını genellikle kadınlar ve çocukların oluşturması, toplumun bu suçlara karşı olan hassasiyetinin artmasına neden olmuştur. Nitekim bu suçları işleyen failer hakkında, mevzuatımızda yer almadığından, daha öncesinde işlenmiş suçlara uygulanması ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan suç ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde mümkün olmayan zorunlu kastrasyonun tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin öne sürülen fikirler, toplumun gösterdiği tepkinin ulaştığı boyutu göstermesi açısından önem arz eder. Gerçi, özellikle de mağdurların kimliği ve suçun niteliği dikkate alındığında, bu toplumsal

⁷⁰ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 153.

⁷¹ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 tarihli bir kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.”. AYMK, E. 2013/54, K. 2013/161, Karar Günü: 26.12.2013, Resmi Gazete Sayı: 29014.

tepkinin anlaşılır bir nedene dayandığı savunulabilir. Fakat suçlarla mücadele ve devletin suçlu olarak belirlediği kişiler için uygulayacağı bir yaptırım söz konusu olduğunda duygusal saiklerle hareket edilmemesi ve herkes için geçerli olan anayasal esaslara uyulması gerektiği konusunda şüphe yoktur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde şu sonuca varılabilir: Cinsel nitelikli suç işleyenler hakkında bir ceza hukuku yaptırımı olarak uygulanacak zorunlu kastrasyon; müdahalenin insan haysiyetine uygunluğu, ne kadar adil yargılama yapılırsa yapılsın neticesinde verilen hükmün yanılma ihtimali ve kişilerin sağlıklı yaşam ile özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakları dikkate alındığında anayasa hukuku açısından tartışmaya açık bir uygulama niteliği taşır. Ne var ki, bu durum, kastrasyonun gönüllü olarak gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmez. Başka bir anlatım ile Alman Kastrasyon Kanununun 2. maddesinde⁷² belirtildiği gibi, belirli bir yaşı doldurmuş olanların kastrasyon ile ilgili olarak aydınlatılmış onamının alınmış olması, müdahalenin tıp biliminin standartlarına uyularak yapılması, kastrasyon nedeniyle kişilerin beden ve ruh sağlığında ortaya çıkabilecek zararlarla müdahale sonucunda hedeflenen sonuç arasında orantılı bir ilişkinin söz konusu olması ve müdahalede bulunulacak kişi açısından kriminolojik bir endikasyonun bulunması yani kişilerin testosteron hormonunun fazla olması nedeniyle bu tür suçlar işlediğinin ve kastrasyonun, bu suçlarla mücadeleye olumlu katkı sağlayacağına tıp bilimi tarafından onaylanması durumunda, kastrasyonun artık hukuka uygun bir müdahale haline geldiği kabul edilmelidir. Görüldüğü gibi, burada önem arz eden asıl husus, kastrasyonun, cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine bir ceza hukuku yaptırımı olarak değil, herkesin kendi kaderini tayin etme hakkının bulunduğu dikkate alınarak, belirli koşullar altında kişilerin serbest iradeleri ile uygulanmasıdır. Nitekim bu halde hem cinsel nitelikli suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilmiş, hem de müdahale, belirli şartlar altında kişilerin aydınlatılmış onamı alınarak gerçekleştirileceğinden, anayasal sınırlar dâhilinde kalınmış olur.

⁷² Bu madde için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/_2.html, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

KAYNAKLAR

AKBABA, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Mart–Nisan 2009, s. 353–380.

AKBABA, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 82, Mayıs–Haziran 2009, s. 377–394.

ATAÇ, Adnan, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 169–182.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yay., 9. Baskı, Konya, Ekim 2014.

BENDA, Ernst, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, in Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans Jochen Vogel (Hrsg.), **Handbuch des Verfassungsrechts (1)**, Walter de Gruyter Ver., 2. Auflage, Berlin–New York, 1994, s. 161–190.

BAYRAK, Emek, “Cezanın Nitelikleri ve Amaçları”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, Temmuz 2005, s. 93–113.

BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 92–113.

CARPENTER, Alison G., “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders”, **Dickinson Journal of International Law**, Volume: 16:2, 1998, s. 435–457.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2012.

DOĞAN, Murat, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 138–151.

ERMAN, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yay., 16. Baskı,

Bursa, Ocak 2014.

GÜRBÜZ, Nagehan, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, XII Levha Yay., İstanbul, Şubat 2014.

GÜZELSOY, Zeycan, **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

HARRISON, Karen, “The High Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?”, **The Howard Journal Of Criminal Justice**, Volume: 46, Issue: 1, February 2007, s. 16–31.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2010.

KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 119, Temmuz–Ağustos 2015, s. 11–34.

ÖMEROĞLU, Ömer, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63–64, 2009, s. 281–290.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUK, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Eylül 2013.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., 14. Baskı, Ankara, 2013.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 183–218.

PASTNER, Bruce, “Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 126–137.

ROAGNA, Ivana, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, (Çeviren: Ayşegül Alkış Schäling), Şen Matbaa, Ankara, 2012.

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yay., Ankara, 1982.

SCHWACKE, Peter / SCHMIDT, Guido, **Staatsrecht**, Deutscher Gemeinde Ver., 5. Auflage, Stuttgart, 2007.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, Legal Yay., İstanbul, 2012.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014.

TEK, Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012, s. 103–130.

TEMEL, Erhan, “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 115–125.

TULLIO, Elizabeth M., “Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective, and Constitutional”, **Chapman Law Review**, Volume: 13, 2009, s. 191–220.

UÇAR, Muharrem, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 152–160.

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yay., İstanbul, Eylül 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003.

YENİDÜNYA, Caner / YAŞAR, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 348–363.

ZIPPELIUS, Reinhold / WÜRTERNBERGER, Thomas, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Ver., München, 2008.

DİĞER KAYNAKLAR

AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1, Karar Günü: 4.1.1963, Resmi Gazete Sayı: 11354.

AYMK, E. 1971/2, K. 1971/36, Karar Günü: 6.4.1971, Resmi Gazete Sayı: 13994.

AYMK, E. 2013/54, K. 2013/161, Karar Günü: 26.12.2013, Resmi Gazete Sayı: 29014.

BVerfGE, 1, 39, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 1–255.

BVerfGE, 22, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 1–147.

Vo / Fransa Davası, Başvuru No: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, Par. No: 84.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist_tab.htm, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

http://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/_2.html, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

<http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

<http://www.verfassungen.eu/it/>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

İÇTİHAT KALİTESİ VE TUTARLIĞININ SAĞLANMASINDA YENİ BİR YÖNTEM OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ ARAŞTIRMA VE İÇTİHAT BİRİMİ*

Musa SAĞLAM**

ÖZET

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanının kabul edilmesiyle birlikte Mahkemenin yargısal oluşumlarının (Genel Kurul yanında Bölümler ve Komisyonların kurulması) ve kararlarının sayısında (her ay ortalama binin üzerinde bireysel başvuru yapılması) önemli bir artış olmuştur. Bu ise Mahkemeyi, bütün yüksek mahkemelerin karşı karşıya olduğu bir sorunla daha açık bir şekilde karşı karşıya getirmiştir: içtihadın kalitesi ve tutarlığının sağlanması. Buna bir çözüm olarak, 2012 yılında yeni İçtüzük ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “Jurisconsulte” departmanı örneğinden esinlenerek Mahkemede Araştırma ve İctihat Birimi (Ar-İç) kurulmuştur. Birim, bireysel başvuruların alınmaya başladığı Eylül 2012 tarihinde çalışmalarına başlamış ve Şubat 2015 tarihine kadar görevli kılındığı alanda ülkemizde diğer yüksek mahkemelere emsal teşkil edecek nitelikte önemli faaliyetleri başlatmış ve bu çalışmaları Mahkemede ile takdir toplamıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel başvuru, Araştırma ve İctihat Birimi, Jurisconsulte, İctihat kalitesi ve tutarlılığı

THE RESEARCH AND CASE-LAW DEPARTMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT: A NEW METHOD TO ENSURE THE QUALITY & CONSISTENCY OF COURT’S JURISPRUDENCE

ABSTRACT

With the introduction of individual application to the Constitutional Court as a new legal remedy, there has been a significant increase in the judicial organs (establishment of Sections and Commissions in addition to the Plenary of the Court) and the number of judgments of the Court (average number of individual applications filed each month is more than one thousand). This situation clearly exposed the Court to a problem that is encountered by all other high courts: ensuring the quality and consistency of the case law. As a solution to this problem and with an inspiration from the “Jurisconsulte” department of the European Court of Human Rights, the

* Yrd. Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi Ar-İç Raportörü, Niğde Ün. İİBF Kamu Yön. Hukuk Bilimleri ABD, saglammusa72@gmail.com.

** Bu çalışma, Araştırma ve İctihat Biriminin (Ar-İç), İçtüzük’ün kabul edilmesi ve gerekli görevlendirmelerin yapılmasının ardından faaliyetlerine başladığı Eylül 2012 tarihi ile Şubat 2015 tarihi arasındaki faaliyetleri esas alınarak hazırlanmıştır. Bu dönemde Birimin faaliyet alanları ana hatlarıyla ortaya çıkmış olmakla beraber bilinmelidir ki zaman içinde bu alanlarda ve Birimin işleyişinde değişiklik olması muhtemeldir.

Research and Case-Law Department (Ar-İç) was established at the Constitutional Court. This department started to work on September 2012, when the Court started to receive individual applications, and initiated important activities in its field of service until February 2015. These activities of the department served as a model to other high courts and received general approval and appreciation.

Keywords: *Constitutional Court, Individual application, Research & Case-Law Department, Jurisconsulte, Quality and consistency of the case-law*

GİRİŞ

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 12 Eylül 2010 tarihindeki halkoylamasında kabul edilmiş ve böylece doktrin ve yargı çevrelerinde uzun dönemdir dile getirilen Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru hakkı hukuk sistemimizde yerini almıştır. Bundan böyle herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa’nın geçici 18. maddesi ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 76. maddesi bağlamında bireysel başvuruya başlamak için iki yıllık bir hazırlık süreci öngörülmüştür. Bu süre içinde AYM, gerek mevzuat gerekse kurumsal kapasite olarak kendisini yoğun bir şekilde bireysel başvuruya hazırlamıştır¹.

AYM’nin kurumsal kapasitesini arttırmak ve yeni dönemdeki zorluklarla başa çıkabilmek için getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, 12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 26. maddesi ile kurulan Araştırma ve İçtihat Birimidir (AR-İÇ).

Ar-İç Biriminin kuruluşu ile ilgili ilk çalışmalar, bireysel başvuru usulünün kabul edildiği, ilk ve önemli kararlarının alındığı dönemde Mahkeme Başkanı olan Haşim KILIÇ’ın girişimleri ile başlamıştır. Anayasa Mahkemesi raportörlerinden beş kişinin Avrupa Konseyi ile Anayasa Mahkemesi dâhil Yüksek Mahkemelerin birlikte yürüttüğü *Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi*

¹ Bireysel başvuru hazırlık çalışmalarının ayrıntılı açıklaması için bakınız; Bahadır KILINÇ, “*The Establishment of the Individual Application System In Turkey: A Promising Experience*”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5, Haziran 2015, s. 571-587.

kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine çalışmak üzere altı aylık süre ile (Kasım 2011-Mayıs 2012 tarihleri arasında) gönderilmesi ile hızlanmıştır. Özellikle AİHM’de aynı çerçevede faaliyet gösteren ve her açıdan yeni, kendine özgü bir yapısı ve çalışma usulü olan “*Jurisconsulte*” Departmanı, Ar-İç Biriminin oluşumu, yapısı, çalışma usul ve esasları üzerinde son derece belirleyici olmuştur². Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kanun’a uygun olarak yeni İçtüzük’ü hazırlanırken AİHM örneği de dikkate alınarak Ar-İç Birimi oluşturulmuştur³.

İçtüzük’ün 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Birimin bir Başraportörün gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşması öngörülmüştür⁴. Birimin yeni dönemde Anayasa Mahkemesinin karşılaşacağı öncelikli iki temel soruna çözüm bulmak amacıyla kurulduğu belirtilmelidir.

İlk olarak Mahkemenin karar veren yargısal oluşumlarının sayısında önemli bir artış meydana gelmiştir: Daha önce Mahkeme sadece Genel Kurul şeklinde karar verirken artık bireysel başvuruların ilke olarak esası hakkında karar vermek üzere iki bölüm ve kabul edilebilirliklerinin tespiti için de her bir bölüm altında üçer komisyon oluşturulmuştur. Bir de anılan yargısal birimlerce verilen kararlara, Komisyonlar Başraportörü tarafından imzalanan idari ret kararları eklenmelidir. Mahkemenin bölümleri ve komisyonları arasında konu

² Çalışmanın yazarı, anılan Proje kapsamında AİHM’de kaldığı altı aylık süre içinde “*Jurisconsulte*” Departmanında çalışma, onun faaliyetlerini ve işleyişini yerinde gözlemleme imkânına sahip olmuş ve bu deneyimini de Avrupa Konseyinin desteği ile yayınlanan bir çalışmada aktarmıştır (Musa SAĞLAM, “*İçtihat Danışmanı (Jurisconsulte) ve Departmanı*”, in **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Ed. Musa SAĞLAM, Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara, Şubat 2013, s. 71-105).

³ Ar-İç Birimi, iki yılı aşkın bir süre boyunca yeni bir kurum olarak kendini kabul ettirmenin zorluklarına ve “*Jurisconsulte*” Departmanına göre kısıtlı imkânlarına rağmen faaliyetlerini sürdürmüş, çalışmalarında Mahkemenin üye, raportör ve raportör yardımcılarınca desteklenmiştir. Birimin AYM örneğinde başarılı olması halinde diğer Yüksek Mahkemeler açısından da örnek alınmasının söz konusu olabileceği kanaatindeyiz.

⁴ Çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla (Şubat 2015) Birim faaliyetleri bir Başraportör, beş raportörün gayretleriyle sürdürmekteydi. Birimin zaman içinde raportör sayısında bir azalmanın olduğu Birimde raportör yardımcısı ve personel görevlendirmesinin de yapılmamış olduğu hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla Birimin kendisine verilen ve aşağıda ayrıntılarıyla açıklanan görevlerini yerine getirebilmesi için desteklenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Ayrıca Birim aşağıda detayları ile verilecek çalışmalarını Birimde görev yapan raportörlerin özverili çalışmaları sayesinde gerçekleştirebilmiştir. Bu nedenle sayısının azlığına rağmen son derece önemli ve tatmin edici faaliyetleri yerine getiren raportörlerin Birimin şu andaki düzeyine katkısı yadsınmaz.

itibarıyla yetki açısından bir ayırım yapılmadığı da hatırlatılmalıdır. Başka bir ifadeyle her bölüm ve her komisyon bireysel başvuruya ilişkin herhangi bir konuda karar alabilir. Bu da Mahkemenin farklı birimlerinin verilen kararlardan haberdar olması, diğer bir ifadeyle birbirilerinin kararlarını takip etmesi zorunluluğunu gündeme getirmektedir. Elbette kararların yazımında da ortak ilkelerin tespiti ve farklı birimlerin bu ilkelere uygun olarak hareket etmesi sağlanarak birörnekliliğin temini önem kazanmaktadır.

İkinci olarak norm denetimi yaparken Mahkemenin verdiği kararların sayısı ve çeşidinin bireysel başvuruya göre son derece az olduğu bilinmelidir. Örneğin 2008-2014 yılları arasındaki dönem içinde AYM'nin *iptal davası ve itiraz başvurusu çerçevesinde* karara bağladığı dosyaların yıllık ortalama sayısı 163'tür. Bu kapsamda 2014 yılında Anayasa Mahkemesinde açılan 199 adet iptal ve itiraz davası olmuş, bunlardan 162 adedi sonuçlandırılmıştır. 2015 yılı içinde açılan davalarla birlikte Mahkemenin elinde karara bağlanmayı bekleyen toplam dava sayısı 45'tir. Oysa 23 Eylül 2012 tarihinden 29 Ocak 2015 tarihine kadar olan dönemde Mahkemeye yapılan *bireysel başvuruların* sayısı 2012 yılında 1.342, 2013 yılında 9.897 ve 2014 yılında 20.578 ve 2015 yılında 29 Ocak 2015 gününe kadar 1752 olmak üzere toplam 33.569'dur. Bu başvuruların; 4.828'i bireysel başvuru bürosu, 10.538'i Komisyonlar, 1.251'i Bölümler tarafından olmak üzere 16.617'si karara bağlanmıştır. Mahkememiz önündeki derdest dosya sayısı anılan tarih itibarıyla 16.952'dir. Mahkememizce ihlal kararı verilen başvuru sayısı ise aynı tarihte 429'dur⁵. Başvuru ve kararların sayısındaki bu artış, verilen kararların gerek Mahkeme çalışanları gerekse diğer muhatapları tarafından bilinir kılınması çabasını gerekli kılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin yargısal oluşumları kararlarını verirken daha önce kendisinin ve diğer oluşumların verdiği kararları dikkate almak zorundadır. Mahkemenin bu anlamda belki de en zorlu sınavı içtihadta istikrarın sağlanmasıdır. Bu zorluğun aşılması her şeyden önce içtihadın bilinebilirliği ile mümkündür. İchtihadın tutarlılığı yanında Mahkeme, içtihadın yazım, dilbilgisi ve anlatım açısından kalitesine de dikkat etmelidir. Bu açıdan içtihadın sade, muhataplarınca tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılır ve özlü bir şekilde kaleme alınmasına özen gösterilmesi gerekir.

⁵ Anayasa Mahkemesinin dava ve karar sayılarına ilişkin veriler, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü ve Bireysel Başvuru Müdürlüğünden alınmış ve bu verilerin bir kısmı ise Anayasa Mahkemesi önceki Başkanı Sayın Haşim Kılıç'ın yeni Üye Kadir ÖZKAYA'nın yemin töreninde yaptığı konuşma metninde de mevcuttur: <http://www.anayasa.gov.tr/Baskan/Konusmalar/25/index.html> (E.T. 22/2/2015)

Dikkat çekilen bu iki husus, içtihadın kalitesi ve tutarlılığı, son derece önemli, zor ama gerçekleştirilmesi gereken bir misyona işaret eder. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de kararlarında hukuki güvenlik ilkesi bağlamında bu iki hususu da kapsayan hukuk güvenliği ilkesine ilişkin dikkat çekici değerlendirmeler yapmıştır. Hukuk kurallarının “...hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁶ Bireysel başvuruda da AYM benzer ifadelerle içtihadını tekrarlamıştır⁷: “Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir”⁸.

AYM, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir, erişilebilir ve öngörülebilir olmasını ararken kendi kararlarının aynı nitelikte olmasına tabi olarak özen göstermelidir. İchtihadın kalitesi dediğimizde ilk olarak kararların sade ve anlaşılır bir dille yazılmış olması ifade edilir. Kararın mantık örgüsünün de kuvvetli, takip edilebilir ve kavranabilir olması gerekir. Kaliteli bir içtihat, aynı zamanda, kesinlik ve belirlilik özelliklerini de taşımaktadır. Karar metni anlaşılmayan, tereddütlere yol açan ve ikna edicilikten uzak bir kararın muhataplarınca yerine getirilmesinin sorunlu olacağı aşikârdır.

Hukuk devletinin önemli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi aynı zamanda hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında

⁶ AYM, E.2011/129 K.2012/81 K.T. 24/5/2012.

⁷ Kamil Koç, B. No: 2012/660, 7/11/2013, § 71.

⁸ AİHM de “ancak vatandaşlara davranışlarını önceden ayarlama imkânı verecek kadar açık düzenlemelerin ... hukuk normu olarak kabul edilebileceğini hatırlatır. Bu, belirli bir eylem neticesinde doğabilecek sonuçların, bir danışmanın da yardımıyla olayın şartları içinde makul bir ölçüde öngörülebilmesi anlamını da taşımaktadır.” (Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00, 13/11/2008, § 83).

belirli bir istikrarın temin edilmesini ve böylece kamuoyunun mahkemelere güven duymasının sağlanmasını gerektirir. Çelişkili mahkeme kararlarının varlığı, bu soruna bir çözüm bulun(a)maması, yargıya güveni azaltacak ve hukuki güvenliği tehdit edecektir⁹. Mahkeme Bölümlerinin, aynı konudan kaynaklanan davalarda, farklı sonuçlara ulaşmaları, yeterli düzeyde gerekçelendirilmiş içtihat değişikliği niteliğinde değilse, bir başvurunun bir Bölüme düştüğü takdirde ihlal kararı verileceği, diğer Bölümce incelendiğinde ihlal bulunmayacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçlara yol açacaktır. Böyle bir manzara elbette kişilerin yargı sistemine duymaları beklenen güvene zarar verecektir. Kaldı ki AYM de bireysel başvuruya ilişkin kararlarında istisnai de olsa bir yüksek mahkemenin farklı daireleri arasında¹⁰ ya da yüksek mahkemelerin kendi aralarında¹¹ aynı konulardan kaynaklanan

⁹ *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57. “Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğü prensibini Sözleşmeciler devletlerin ortak değerlerinden biri olarak deklare eden Sözleşme’nin Başlangıcı ışığında yorumlanmalıdır. Ayrıca hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri hukuki ilişkilerde, durumlarda (hukuki) güvenliğinin, istikrarın temini ilkesidir ... Kaldı ki bu ilke kişilere hukuki durumlarda belirli bir istikrarı sağlamayı güvence altına alır ve böylece kişilerin yargıya olan güvenini temin ve teşvik eder ... Gerçekten de içtihat farklılıklarının süregitmesi, halkın yargı sistemine güvenini zedeleyecek, azaltacak nitelikte hukuki belirsizlikler yaratmaya elverişlidir. Hâlbuki bu güven hukuk devletinin temel esaslarından birini oluşturmaktadır”

¹⁰ Bkz.; *Türkan Bal*, B. No: 2013/6932, 6/1/2014. Somut olayda başvuru, raporlu olmasına rağmen, iş bırakma eylemine katıldığı gerekçesiyle işten çıkartılmasına karşı açtığı davanın, haksız ve benzer davalarda verilen farklı dairelerin onama kararlarıyla çelişir biçimde Yargıtay tarafından reddedilmesinin esas olarak adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, kendisinin somut davanın ne şekilde sonuçlandırılması gerektiği hususunda bir değerlendirmede bulunamayacağını ancak “nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri arasındaki yorum farklılıklarının, benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığını(n) ve başvuru için öngörülemez olduğunu”n altını çizmiştir (§ 68). Öte yandan eldeki işte, farklı kararlar verilmesi halinde çözüm sunabilecek yapısal bir mekanizmanın var olmasına rağmen bunun teoride kaldığını ve işletilmediğini de belirlemiştir (§ 69). Oysa AYM’ye göre “yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir”. (§ 56). Bu nedenle, “mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır” (§ 72).

¹¹ *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, B. No: 2013/135, 21/1/2014. Bu olayda, askerlik görevini yerine getirdiği sırada meydana gelen trafik kazasında yaşamını yitiren oğulları nedeniyle açtıkları tazminat davası Askeri Yüksek İdare Mahkemesince (AYİM) reddedilen başvuru, söz konusu kazada hayatını kaybeden bir başka askerin yakınlarının Ankara 8. İdare Mahkemesinde açtıkları davanın kabul edilip tazminata hükmedilmesinin aynı olaya ilişkin aynı istemle açılan davalarda farklı kararlar verilmesini ortaya çıkardığını ve yargıya duyulan güveni zedelediğini ileri sürmüşlerdir. AYM ise “somut olayda, aynı duruma ilişkin farklı yargı kollarına bağlı mahkemelerde açılan davalarda farklı hukuki sonuçlara ulaşıldığı açık olup, uygulamada bu tür ihlalleri ortadan kaldıracak mekanizmaların bulunduğu, ancak

davalarda içtihat farklılığının hukuk güvenliği ilkesini zedeleyebileceğine hükmetmiştir.

Tutarlı bir içtihat, kararın hukuki güvenlik ilkesini zedelemeyecek şekilde oluşturulmasını ve hukuk kurallarının Mahkemedeki farklı yargısal birimler tarafından benzer şekilde yorumlanmasını gerektirir¹².

Öte yandan bireysel başvurunun muhataplarının kararları bilmesi ve takibi de önemlidir. Mahkemenin farklı hususlara ilişkin yerleşik içtihadını bilen kişiler, başvurularının başarı şansı konusunda belli kanaate sahip olacaklarından başvurularını ona göre formüle edecekler ya da başarı şansı yok ise belki de hiç başvuru yapmayabileceklerdir. Böylece Mahkeme de gereksiz iş yükünden kurtulacaktır.

Yukarıda belirtilen kaygılar, Birimin tanımı yapılan İttüzük hükmüne de yansımış ve görev tanımı bu kaygıları giderecek şekilde yapılmıştır. Ar-İç, İttüzük'ün 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre "*Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar*

yetersiz kaldığı ve etkili bir çözüm sunamadığı görülmektedir" tespitini yapmıştır. AYM'ye göre "*örneğin, aynı yargı kolundaki mahkemeler arasında var olan içtihat farklılığını giderecek "içtihadı birleştirme kararı" yöntemi ile farklı yargı kolları arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluğunu giderecek "Uyumsuzluk Mahkemesi"ne başvuru sistemi gibi yolların bulunduğu, fakat somut olay açısından gerek pratikte gerekse mevzuattan kaynaklı nedenlerle bu mekanizmaların işlemediği anlaşılmaktadır*" (§ 48). Bu nedenle, söz konusu durumun başvurucular açısından "*hukuki belirsizliğe ve güvensizliğe neden olduğu ve ... öngörülemez*" olduğu değerlendirilerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

¹² Bu ifadeden Mahkemenin içtihat değişikliğine gidemeyeceği anlaşılmamalıdır. Fakat yargı kararları öngörülebilir olmalı ve istikrar göstermelidir. Mahkeme içtihat değişikliğine gittiğinde bunu çok ciddi sebeplere dayandırmalı ve bu sebepleri ikna edici şekilde açıklamalıdır. Bu hususa ilişkin AIHM'in yaklaşımı şöyledir: "*Mahkeme, önceki kararlarıyla bağlı olmamakla birlikte, hukuki belirginlik, öngörülebilirlik ve hukuk önündeki eşitlik ilkeleri gereğince, sağlam bir gerekçe olmadan önceki davalardaki içtihatlarından ayrılmamaktadır. Ancak Sözleşme insan haklarının korunması için ilk ve önde gelen bir sistem olduğundan, Mahkeme davalı devlette ve genel olarak Sözleşmeli Devletlerde değişen koşulları göz önünde tutmalı ve gerçekleştirilmesi gereken standartlar konusunda yakınlaşmalara bir cevap vermelidir. Sözleşme'nin hakları teorik ve kâğıt üstünde bırakacak şekilde değil ama pratik ve etkili kılacak tarzda yorumlanması ve uygulanması büyük bir önem taşımaktadır.*" Osman DOĞRU/Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, I. Baskı, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012, s. 35.

Öte yandan AYM de bireysel başvuruya ilişkin kararlarında benzer görüşleri ortaya koymuştur: "*Mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup, böyle bir değişiklik özü itibarıyla, önceki çözümün tatminkar bulunmaması anlamına gelir ... Ancak, aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir ...*" (Türkan Bal, B. No: 2013/6932, 6/1/2014, § 55)

yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla görevli birim” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Birim, Genel Kurul ve Bölümlerle yakın işbirliği içinde çalışmakta ve esasen içtihadın uyumu ve kararların kalitesinin sağlanması hususunda görev yapmaktadır. Ancak Birimin diğer bazı görevleri de üstlendiği görülmektedir ki bunları da dikkate alarak onun görevleri toplu olarak şu şekilde sıralanabilir:

Ar-İç; Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar Raportörlükleri bünyesinde görev yapan raportör ve raportör yardımcılarının Genel Kurul ve Bölümler önüne sunulmak üzere hazırladıkları *karar taslaklarını* içtihat kalitesi ve uyumu (*yazım ve dilbilgisi ile içtihat tutarlılık*) yönünden inceler (I).

Öte yandan Ar-İç, araştırma ve inceleme görevi bağlamında Başkan ve Başkanvekilleri tarafından talep edilen ve Mahkemenin önünde tartışılması muhtemel konularda karşılaştırmalı hukuk incelemesine dayalı *araştırma raporları* hazırlamakta ve bunları Mahkeme üye, raportör ve raportör yardımcılarının bilgisine sunmaktadır (II).

Ayrıca Birim, Mahkeme kararlarının takibi açısından, Bölümler ve Genel Kurul tarafından verilen kararların sistematik kavram indeksini de içeren “*Kararlar Bülteni*”ni hazırlamaktadır. Bölümler tarafından yapılan toplantının ardından o günkü gündeme ilişkin “*Kısa Karar Özetleri*” de üye, raportör ve raportör yardımcılarının bilgisine sunulmaktadır. Birim tarafından başta kabul edilebilirlik kriterleri olmak üzere haklar esas alınarak belirli bir tarihe kadar verilen kararların derlendiği ve AİHM içtihadı ile bağlantılı olarak aktarıldığı “*Rehber*”ler de hazırlanmaktadır. Ayrıca Birim, Bültende yayınlanan kararların ya da Rehberlerdeki kararların tartışıldığı içtihat değerlendirme toplantıları da organize etmektedir (III).

Son olarak Birim, başta AİHM olmak üzere uluslararası yargı organlarının ve diğer ulusal yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip ederek bu konularda “*Bilgi Notları*” hazırlamaktadır. İnsan hakları alanında meydana gelen gelişmelerden Anayasa Mahkemesi açısından önemli olanlar hakkında da bilgilendirme görevini yerine getirmektedir. İhlal kararları kısaca sonuçlarıyla birlikte belirten liste ile bunların haklara göre dağılımını gösteren istatistikî veriler de bu kapsamda değerlendirilebilir (IV).

I. KARAR TASLAKLARININ İNCELENMESİ¹³

İçtüzük'ün 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde Birimin karar taslaklarını inceleme görevinin kapsamı, usulü ve süresi konusunda açık hükümler yer almaktadır:

“Rapor ve karar taslaklarını, Genel Kurulda ve Bölümlerde görüşülmesinden önce içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden inceleyerek gerekli gördüğünde ilgili rapor ya da karar taslağı ile birlikte Genel Kurul ya da Bölüme sunulmak üzere, bunların Birime ulaştırılmasından itibaren bir hafta içinde görüş hazırlamak.”

Birimin incelenmesi öngörülen metinler “*rapor ve karar taslakları*” olarak tespit edilmiştir¹⁴. Bununla beraber, rapor hazırlama sadece iptal davası

¹³ Karar taslaklarının Birim tarafından incelenmesi usulünde zaman içinde kısmi de olsa değişiklikler yapılmış olduğundan veya yapılabileceğinden burada ifade edilenlerin çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla (Şubat 2015) geçerli olan işleyiş ve usul olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁴ Bu aşamada rapor ve karar taslaklarının incelenme usulünü daha iyi kavrayabilmek için iptal davası ve itiraz başvurusu ile bireysel başvuruların inceleme usulünden kısaca bahsetmek gerekir.

—*İptal davası veya itiraz başvurusu* yapmak üzere verilen dilekçeler hakkında Mahkeme tarafından kaydı yapıldıktan sonra Başkanın talimatıyla tespit edilen bir raportör tarafından “*İlk İnceleme Raporu*” hazırlanır. Dilekçenin esasına geçilebilmesi dosyanın gerekli şekil ve usul koşullarını (dava açma süresi, dava açmaya yetkili kişiler tarafından dilekçenin verilip verilmediği, dava dilekçesine eklenmesi zorunlu belgelerin olup olmadığı vb.) taşıyıp taşımadığının değerlendirildiği bu rapor, Heyete dağıtılır ve orada görüşülür. Eğer ilk inceleme aşamasında bir sorun tespit edilememişse dava dosyasının esasına geçilmesine karar verilir ve raportörü bu kez, iptal davası veya itiraz başvurusuna konu normun anayasallık denetimini içeren bir rapor hazırlar ki buna “*Esas İnceleme Raporu*” adı verilir. Anılan raporun hazırlanması ve Heyete dağıtılmasının ardından Başkan tarafından belirlenen gündeme göre iptal davası veya itiraz başvurusu dosyası görüşülür ve ilgili normun anayasallık sorunu bir karara bağlanır. Bundan sonra raportör, Heyet tarafından anayasallık sorunu hakkında oluşturulan görüş doğrultusunda bir “*karar taslağı*” hazırlar. Bu taslak, Heyet huzurunda okunur, tartışılır ve taslağa son hali verilerek metin imzaya açılır. İmza aşamasının ardından metin, Resmi Gazete’de yayınlanmak üzere Başbakanlık ilgili Birimine iletilir. Dolayısıyla iptal davası veya itiraz başvurusunda ilke olarak iki farklı rapor hazırlanır ve bu raporların görüşülmesinin ardından ancak bir karar taslağı ortaya çıkar.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Şubat 2015 sonrasında Heyet tarafından alınan bir kararlar esas inceleme raporu ile birlikte karar taslağının da hazırlanması usulü benimsenmiş, böylece kararın yazılması ve yayımlanması sürecini hızlandırmak amaçlanmıştır. Bundan böyle esas inceleme raporunun görüşülmesinin ardından Heyette oluşan görüşe göre karar taslağının hazırlanması usulü terk edilmiş, raportörün kendi hazırladığı rapordaki görüşe uygun bir taslağı hazır ederek Heyet önüne gelmesi öngörülmüştür.

—*Bireysel başvuruda* ise gerek Komisyonlar gerekse Bölümler Raportörlüğünde görev yapan raportörler doğrudan kabul edilemezlik ve/veya esasa ilişkin “*karar taslakları*”nı hazırlar ve bu şekilde hazırlanan metinler, Heyet tarafından görüşülüp karara varıldıktan sonra gerekli

ve itiraz başvurusu gibi Genel Kurulun klasik görevleri için söz konusu olmakta, bireysel başvuruda doğrudan raportörlerce kabul edilebilirlik ve/veya esasa ilişkin karar taslakları hazırlanmaktadır. Başlangıçta Birimin bireysel başvurudan kaynaklı iş yükü dikkate alınarak bahsedilen işlerde de raporların incelenmesi usulünün uygulanması belli bir süreliğine ertelenmiştir. Bu kararın alınmasında bireysel başvurunun yeni olması, onun işleyiş ve usule ilişkin konularının henüz yerleşmemiş ve bu alandaki ilke kararlarının henüz alınmamış olması vb. faktörler rol oynamıştır.

Birimin yapacağı incelemenin kapsamı da anılan bendde ifade edilmektedir: karar taslaklarını “*içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden*” incelemek. Aslında içtihat uyumluluğu ve gelişimi görevi, kararlar arasında tutarlılığın sağlanması, içtihat istikrarını temini çerçevesinde Heyetin dikkatini çekmek işini de içermektedir.

Ar-İç tarafından yapılan incelemenin zamanı olarak, rapor ve karar taslaklarının “*Genel Kurulda ve Bölümlerde görüşülmesinden önce*”ki safha belirlenmiştir. Birim, bu görevini karar taslaklarının kendisine ulaşmasından itibaren “*bir hafta içinde*” yerine getirmek durumundadır. Bu noktada belirtilmelidir ki yargısal birimler olan Komisyonlara sunulan karar taslakları ile Komisyonlar Başraportörü tarafından imzalanarak tamamlanan idari ret kararları Ar-İç Birimince incelenmemektedir¹⁵. Bunun iki temel sebebi olduğu söylenebilir. İlki, Komisyonlar tarafından verilen kararların Bölümlerce verilen ilke kararlarını takip etmesi, kural olarak içtihat açısından bir yenilik ve sorun içermemesidir. Diğeri ise Komisyonlar, filtreleme görevi kapsamında başvuruların ezici çoğunluğu hakkında karar vermek durumundadır. Bu kararların da Birim tarafından incelenmesi Birimi asıl işlevinden uzaklaştırıp işleyemez hale getirebilecektir.

İçtüzük’te Birim tarafından “*Genel Kurul ya da Bölüme sunulmak üzere*” bir görüşün hazırlanması öngörülmüştür. İlke olarak Birimin hazırladığı görüşler, Heyetin karar taslaklarını incelemesine yardımcı olmak, kararlar üzerinde daha geniş perspektiften bir tartışma ortamı sağlanarak nitelikli bir karar metninin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak amacına matuftur. Ayrıca hukuk dili ve yazım kuralları yönünden yapılan inceleme ile de Heyetin, bu

düzeltilmeler yapılarak imzalanmasının ardından Resmi Gazete’de ya da Mahkemenin internet sayfasında yayınlanmaya hazır hale gelir.

¹⁵ Bununla beraber Komisyonlar Raportörlüğü bünyesinde karar taslaklarını okuma gruplarının oluşturulduğu, Komisyona sunulmak üzere hazırlanan taslakların öncelikle bu grupların denetiminden geçtiği ifade edilmelidir.

alana ilişkin esasları belirledikten sonra bu hususlarla meşgul olmaksızın başvurunun içerdiği esaslı sorunlar üzerinde eğilmesi amaçlanmıştır. Kaldı ki iki buçuk yılı aşkın uygulamasında 30 bini aşkın başvuru ile karşı karşıya kalan Mahkemede yargısal birimlerin iptal davası ve itiraz başvurusu benzeri işlerde olduğu gibi her bir dosyanın incelenmesinde çok fazla imkân ve zamana sahip olamayacağı da açıktır. Bu açıdan Genel Kurul ve Bölümlere önemli meseleler üzerinde yeterince duracak fırsatların tanınmasının gerekli olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Karar taslaklarının incelenmesine ilişkin temel unsurları bu şekilde belirttikten sonra incelemenin farklı Mahkeme faaliyetleri çerçevesinde işleyişi hakkında bilgi verilebilir.

A. BİREYSEL BAŞVURU

Bireysel başvuruda doğrudan karar taslaklarının hazırlandığı ve Birimin de sadece Bölümlere sunulmak üzere hazırlanan karar taslaklarını incelediği belirtilmelidir. Bu karar taslakları kural olarak Bölümler Raportörlüğünde, istisnai olarak ise Komisyonlar Raportörlüğünde görevli raportör ve raportör yardımcıları tarafından hazırlanır¹⁶. Bununla beraber Ar-İç bünyesinde karar taslağını incelemeye sunan Birime göre farklı bir inceleme usulü de takip edilmez.

Komisyonlar ya da Bölümler Raportörlüklerinde görevli raportör ve raportör yardımcıları tarafından hazırlanan karar taslağı, ilk olarak kendi Biriminin Başraportörünün incelemesine sunulur. Başraportörün incelemesinin ardından, gerektiğinde onun görüşlerini de içeren karar taslağı Ar-İç Başraportörüne iletilir. Başraportörce yapılan ilk değerlendirmede karar taslağının ilgili olduğu konu ve yeni bir meseleye ilişkin olup olmadığı tespiti yapılır. Çünkü Birimde görevli raportörler arasında kabul edilebilirlik

¹⁶ İçtüzük'ün 34. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre “İş yükünün elvermesi veya iş verimliliğinin gerekli kılması hâllerinde Komisyonlar Başraportörünün uygun görmesi durumunda Komisyonlar raportörlüğünce Bölümlere sunulmak üzere her türlü karar taslakları hazırlanabilir.”

kriterleri¹⁷ ve bireysel başvuru konusu haklara¹⁸ bağlı olarak uzman grupları oluşturulmuştur. Örneğin mahkemenin yetkisine ilişkin (kişi, konu, zaman ve yer bakımından yetki) bir meseleyi içeren karar taslakları aynı raportör(ler)e iletilir. Aynı şekilde yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği ile suçların ve cezaların kanuniliği konularını

¹⁷ Kabul edilebilirlik kriterleri hiyerarşisi Mahkeme bünyesinde raportörlere dosyaları inceleme ve değerlendirmede kolaylık sağlamak amacıyla Kanun ve İçtüzük hükümlerinden yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bu hiyerarşi tablosu mevzuatta açık olarak yazmamakla birlikte, kriterlerin her birinin mevzuatta bir karşılığının olduğu belirtilmelidir. Bkz., Sinan ÇINAR, “İdari Yargı Mercilerince Verilen Kararlara Karşı Yapılan Başvurularda Bireysel Başvuru Süresi”, **TBB Dergisi**, S. 118, 2015, s. 95, dipnot: 115.

“KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ HİYERARŞİSİ

A-BİREYSEL BAŞVURU BÜROSU AŞAMASI

1. Şekil eksikliği incelemesi (6216 S.Kanun m. 48/1, İçtüzük m. 66/1)

2. 30 gün kuralı (6216 s. Kanun madde 47/5)

B- KOMİSYON VE BÖLÜMLER AŞAMASI

1. Mükerrer başvuru

2. Mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilmezlik nedenleri (6216 S.Kanun m. 45/1, 46/1)

- Kişi bakımından yetkisizlik

- Yer bakımından yetkisizlik

- Zaman bakımından yetkisizlik

- Konu bakımından yetkisizlik

3. Başvuru yollarının tüketilmesi (6216 S.Kanun m. 45/2)

4. Açıkça dayanaktan yoksunluk (6216 S.Kanun m. 48/2)

- Bir ihlalin olmadığına açık olduğu şikâyetler

- Kanıtlanmamış şikâyetler

- Karmaşık ve zorlama şikâyetler;

- Temyiz mercii şikâyeti

5. Başvuru hakkının kötüye kullanılması (6216 S.Kanun m. 51)

6. Başvurunun Anayasal açıdan önem taşımaması ve önemli bir zararın bulunmaması (6216 S.Kanun m. 48/2)

7. Düşme talebi (6216 S.Kanun m. 50/5)

Not. Bu hiyerarşi listesinde yer alan kriterlerden önce gelenler; başvuruda karşılanmamışsa sonra gelen diğer kriterler açısından inceleme yapılmasına gerek görülmemektedir. Örnek olarak, eğer başvuru konusu hak, Anayasa ve Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların kapsamına girmiyorsa konu bakımından yetkisizlik (ratione materiae) nedeniyle reddedilir. Bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi, başvurunun temellendirilmiş olması gibi daha sonra gelen kriterlere uygunluk açısından incelenmesine gerek yoktur”.

¹⁸ Bireysel başvuru konusu haklara ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bakınız; Musa SAĞLAM, “1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar”, in **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Ed. Alparslan ALTAN/Engin YILDIRIM/Hikmet TÜLEN/Alı Rıza ÇOBAN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 265-307.

içeren karar taslakları sürekli olarak aynı grup içinde yer alan raportör(ler)ce incelenir. Bu şekilde hem AYM'den çıkan kararların takibi sağlanarak içtihat istikrarın gözetimi yapılmakta hem de raportörlerin belli alanda uzmanlaşması temin edilerek Mahkemeye sunacakları katkı artırılmaya çalışılmaktadır.

Taslak ilgili Birim raportörünce özellikle şu hususlar üzerinde durularak değerlendirilir:

- Mahkemenin daha önceki kararlarıyla uyumlu olup olmadığı,
- AİHM kararları bağlamında başvuruya konu somut olayın nasıl değerlendirildiği veya değerlendirilebileceği,
- Hukuk dili ve yazım kurallarına uyulup uyulmadığı.

Taslağın ilgili raportörce incelenmesinin ardından Birim görüşüne esas olmak üzere bir ön görüş metni hazırlanır ve bu bütün Birim raportörlerine gönderilir. Birim tarafından kararlaştırılan tarihte yapılan toplantıda gündeme alınan ön görüş değerlendirilir ve böylece Birimin görüşü olgunlaştırılır. Bu şekilde ortaya çıkan Birim görüşüne taslaktan sorumlu raportör ve Başraportörün koordinasyonunda son şekli verilerek görüş, Bölümler ya da Komisyonlar Başraportörüne iletilir. Öte yandan Birim tarafından taslak hakkındaki görüşte uzlaşma sağlanamaması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ilgili raportörün görüşünün yanında diğer görüşlerin de farklı bir bakış açısı sunması açısından Ar-İç görüş yazısında bulunmasına karar verilebilir.

İnceleme sürecinin hızlandırılması amacıyla farklı bir usul de izlenebilmektedir. Karar taslağını inceleyen Birim raportörü, taslağın daha önceki kararları takip ettiğini, yeni ve Birim önünde tartışılmasını gerektiren bir hususu içermediğini düşünüyor ise taslak hakkındaki görüşünü doğrudan Başraportöre sunabilir. Bu şekilde gelen taslaklar, Başraportör tarafından incelendikten sonra eğer tartışılmayı gerektiren bir husus olmadığı kanaati oluşursa taslak hakkındaki “*ıçtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden*” oluşturulan görüş, duruma göre Komisyonlar ya da Bölümler Başraportörüne o başvuruya ilişkin Heyete sunulacak dosyaya eklenmek üzere doğrudan iletilir¹⁹.

¹⁹ Uygulamada Birim görüşleri, taslak metin üzerinde oluşturulur. Bu çerçevede yazım ve dil bilgisine ilişkin öneriler metin içinde önceki hali ve öneri belirtilerek, esasa ilişkin görüşler ise sayfa kenarındaki açıklama kutucuklarına yazılır. Bu şekilde Heyetin taslağın Ar-İç'e sunulan halini ve Ar-İç'in o metin üzerindeki çalışmasını daha iyi değerlendirmesi sağlanır.

Taslak hakkındaki Birim görüşünün ulaşmasının ardından Komisyonlar veya Bölümlerde ilgili raportör bunu değerlendirerek taslak üzerinde gerekli gördüğü değişiklikleri yapar ve taslak metne son halini verir. Ar-İç görüşünün ardından karar taslağında varılan sonucun değiştirilmesi söz konusu olabileceği gibi taslağın daha ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması için gündeme alınmasının ertelenmesi de söz konusu olabilir. Eğer karar taslağında ifade edilen görüş, Ar-İç tarafından sunulan görüşten farklılıklar içeriyorsa Heyet bu farklı görüşleri değerlendirerek bir sonuca varır.

Bölümler ve Komisyonlarda bu şekilde nihai halini alan karar taslağı ile birlikte Ar-İç Biriminin taslak hakkında değerlendirmelerini içeren görüş, Bölümlerin önüne gider ve her iki metin birlikte Heyette tartışılır²⁰.

Bununla beraber, Heyet önünde görüşülmesinin ardından karar taslaklarına son hali Bölümler Başraportörü ve ilgili raportörü tarafından verilir ve ardından karar metni imzaya açılır. Heyet tarafından görüşülmesinden sonraki aşamada, şimdilik Ar-İç tarafından taslaklar üzerinde herhangi bir değerlendirme yapılmamaktadır²¹.

B. İPTAL DAVASI VE İTİRAZ BAŞVURUSU BENZERİ DAVALAR²²

Her ne kadar İctüzük'te raporların Ar-İç incelemesine tabi olduğu belirtilmişse de Birim sadece karar taslaklarını incelemekte ve bu incelemesini iki farklı aşamada yapmaktadır.

1. Heyet Öncesi Karar Taslağının İncelenmesi

Mahkeme Genel Kurulu tarafından ilk inceleme ya da esas inceleme raporunun görüşülmesinin ardından ilgili raportör tarafından hazırlanan karar

²⁰ AYM Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından her ay düzenli olarak her bir Birimin bir önceki aya ilişkin faaliyetlerini içeren bir Aylık Faaliyet Raporu hazırlanır. Bu kapsamda AYM'nin Ocak 2015 Ayı Faaliyet Raporunda Birim tarafından bahsedilen ay içerisinde, 106 adet karar taslağı hakkındaki görüşün Bölümler Başraportörlüğüne sunulduğu tespit edilmiştir.

²¹ Bu husus, Heyetçe tartışılmış, ancak henüz bir karara varılmış değildir. Bununla beraber kararın bu aşamada da önemli değişikliklere uğrayabildiği dikkate alındığında kararın yayımlanması öncesinde de Ar-İç tarafından gözden geçirilmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

²² İctüzük'te Genel Kurul ve Bölümlere sunulmak üzere hazırlanan rapor ve karar taslaklarının Ar-İç tarafından inceleneceği ifade edildiğine göre Genel Kurulun hangi görevi kapsamında olursa olsun (iptal davası ve itiraz başvurusu, siyasi partilerin anayasallık ve mali denetimi, Yüce Divan, bireysel başvuru vb.) ona sunulan her karar taslağının Ar-İç incelemesine tabi olduğu söylenebilir. Bununla beraber, tahmin edildiği gibi, inceleme faaliyeti esas olarak iptal davası ve itiraz başvurusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Diğer denetimlerde de benzer yöntemler uygulandığından çalışmada bunlara ayrıca değinilmemiştir.

taslağı, raportörünce “Yazı İşleri Müdürlüğüne” gönderilir. Müdürlük, önüne gelen taslağa varsa yürürlüğünün durdurulması istemine ilişkin sonuç ile karar sonuç bölümlerini ekler ve taslağı karar formatına uygun hale getirir. Bu taslak daha sonra Ar-İç’e gönderilir. Birimde bu tür karar taslaklarını değerlendirmekle sorumlu raportör tarafından “şekil” ve “içerik” olmak üzere iki ayrı yönden incelenir.

Şekil yönünden yapılan değerlendirmede dikkat edilen bazı hususlar şunlardır: taslağın hukuk diline ve yazım kurallarına uygunluğu, davanın konusu ile sonuç kısmı arasındaki uyum, ilk inceleme aşamasında heyete katılan üyelerin isimlerinin ve karar tarihinin kontrol edilmesi, kararın sonuç bölümü ile kararda yer alan başlıkların kontrol edilmesi suretiyle karar alınıp da gerekçesi yazılmayan hususların bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi, kararda muhalefet görüşü olması hâlinde muhalefette bulunan üye isimlerinin gerekçe yazılan kısma eklenip eklenmediği vb.

İçerik yönünden yapılan değerlendirmede ise şu hususlar üzerinde durulur: içtihat uyumluluğu açısından kararın kontrol edilerek önceki kararlar ile çelişkiye düşülmemesi için önerilerde bulunmak, hukuki değerlendirme yapılarak kararın gerekçesinin güçlendirilmesi yönünde teklifler sunmak.

Ar-İç’in değerlendirmesinin ardından taslak Genel Kurul Başraportörüne ulaştırılır ve Başraportörce taslak üzerine kendi değerlendirmeleri de işlenir. Belirtilen aşamaların ardından taslak, tekrar raportörünün önüne gelir ve raportörü taslak metne önerileri de dikkate alarak son hâlini verir.

Bu şekilde Heyete sunulmaya hazır hale gelen taslak, gündeme alınmak üzere tekrar Yazı İşleri Müdürlüğüne iletilir ve Mahkeme Başkanı tarafından belirlenen takvim çerçevesinde gündeme alınarak görüşülür.

2. Heyet Sonrası Karar Metninin İncelenmesi

Genel Kurul tarafından görüşülen karar taslağına Heyetçe istenen değişiklikler işlenerek son hâli verilir ve böylece karar metni yazılmış olur. Karar, bu aşamanın hemen ardından Ar-İç’e gönderilir ve sorumlu Ar-İç raportörü tarafından “şekil” ve “içerik” yönünden yeniden gözden geçirilir.

Yapılan incelemenin ilk yönünü oluşturan şekil incelemesinde, kararda maddi bir hata bulunup bulunmadığına bakılır. Kararın içerik yönünden incelenmesinde ise kararda, Heyet sonrası oluşabilecek ve gözden kaçan bazı hukuki hataların bulunup bulunmadığı, yine Heyet sonrasında bazı yerlerin silinmesi veya değiştirilmesi sonucunda, kararın kurgusunda bağlantı sorunlarının bulunup bulunmadığı gözden geçirilir. Eğer belirtilen hususlara

ilişkin bir tespit yapılırsa Mahkeme Başkanı ya da Başkanvekillerinin bilgilendirilmesi amacıyla Genel Kurul Başraportörüne bilgi verilir.

Karar üzerindeki şekil ve içerik yönünden yapılan bu inceleme sona erince karar metni, Genel Kurul Başraportörüne iletilir. Bu aşamada Başraportör tarafından da incelenen karar, görüşlerle birlikte kararı hazırlayan raportöre gönderilir ve raportör, metinde ilgili düzeltmeleri yapar. Bu şekilde nihai hâlini alan karar metni “*Resmî Gazete’de Yayınlanabilir*” yazısı ile birlikte Yazı İşleri Müdürlüğüne iletilir. Müdürlük, kararı imzaya açar ve imzaların tamamlanmasının ardından Resmî Gazete’de yayınlanmak üzere Başbakanlık ilgili birimine gönderir²³.

3. Karar Yazımında Dikkat Edilecek Hususlar

Birim karar taslaklarını inceleme görevi bağlamında kurumsallaşmaya katkı sağlamak amacıyla karar yazımında dikkat edilmesi gereken hususları Bölüm Başkanları ve ve diğer birimlerde görevli raportör ve raportör yardımcılarını ile işbirliği halinde belirlemekte ve sürekli olarak bu listeyi güncel tutmaya çalışmaktadır. Bu liste aynı zamanda üye, raportör ve raportör yardımcılara da dağıtılarak sıklıkla yapılan hataların önüne geçilmesi amaçlanır.

Bu çerçevede karardaki başlıkların neler olduğu, nasıl numaralandırılacağı, başlıkların içeriğinin neyi kapsaması gerektiği, kararda kullanılan yazı karakteri, puntolar, paragraf girintisi, mevzuata yapılan atıflara ilişkin standartlar, AYM ve AİHM kararlarına atıf usulleri vb. birçok konuda tereddütlerin giderilmesi sağlanmıştır. Aynı şekilde karar şablonlarının hazırlanmasına katkıda bulunularak taslakların bunlar üzerinden yazılması ve sorunların en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Öte yandan kararların yazımında en fazla yapılan hatalar tespit edilerek raportör ve raportör yardımcılarının dikkati bu hususlara çekilir.

II. ARAŞTIRMA RAPORLARI

İçtüzük’ün 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendine göre Birim “*Başkan ya da Başkanvekillerinin talebi üzerine, rapor ve kararların hazırlanmasına yönelik araştırma ve inceleme raporları*” hazırlamakla görevlidir. Dolayısıyla araştırma raporları, iptal davası ve itiraz başvurusu benzeri işlerde ilk ve esas inceleme raporları, karar taslakları veya kararların;

²³ AYM’nin Ocak Ayı Faaliyet Raporuna göre Birim tarafından bu görevi çerçevesinde anılan ay içinde yedi adedi iptal davası ve itiraz başvurusu diğerleri siyasi parti mali denetimi olmak üzere 49 adet karar taslağı ve karar metni incelenmiştir.

bireysel başvuruda ise karar taslakları veya kararların hazırlanmasına yöneliktir. İptal davası ve itiraz başvurusu benzeri işlerde, ilk ve esas inceleme raporlarının görüşülmesi aşamasında araştırma raporlarının hazırlanması daha muhtemeldir. Çünkü anılan aşamayı izleyen süreçte normun anayasaya aykırılığı hususunda bir sonuca varılmış olduğundan sadece gerekçesinin yazılması kalmaktadır. Bireysel başvuruda ise daha çok karar taslaklarının hazırlanması aşamasında araştırma raporları gündeme gelebilir. Bununla beraber her iki yetki kapsamında, kararın gerekçesinin yazılması ya da karar metninin düzeltilmesi aşamalarında da bazı hususların aydınlığa kavuşturulması belli konularda araştırma ve incelemeyi gerektirebilir. Örneğin gerekçenin güçlendirilmesi, karar metninin önceki kararlarımızla çelişmeyecek şekilde kaleme alınması ihtiyacı bazı konularda bilgi notuna ya da inceleme raporuna ihtiyaç gösterebilir. Öte yandan Ar-İç tarafından Mahkemenin önünde olan veya önüne gelmesi muhtemel hususlarda bu görevi kapsamında hazırlık çalışmalarının yapılması düşünülebilir.

Birim bu inceleme ve araştırma raporlarını ancak Başkan ve Başkanvekillerinin talebi üzerine hazırlar. Dolayısıyla Mahkeme üyelerinin ya da raportör veya raportör yardımcılarının bu konudaki taleplerinin Başkan veya Başkanvekillerinin uygun görmesi halinde değerlendirmeye alınabileceği anlaşılmaktadır.

Araştırma raporlarının hazırlanmasına ilişkin süreç nasıl işler? Mahkeme önüne gelen bir sorun hakkında (kanundan kaynaklanan ihlallerde mahkemenin yetkisi, bireysel başvuruda dava açan belgeyle bağlılık, başvurunun anayasal önemi vb.), kural olarak dosyanın görüşülmesi aşaması öncesinde, Bölüm başkanları (Başkanvekilleri) tarafından, resen ya da üyelere gelen talep üzerine, sorunun AYM'nin önceki kararlarında, AİHM içtihatlarında ve karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığını irdeleyen bir çalışma yapılması Birimden istenebilir. Bir dosyanın müzakeresi esnasında gündeme gelen bir hususun araştırılması da talep edilebilir. Bu durumda raporun hazırlanmasına imkan tanımak için söz konusu başvurunun görüşülmesinin ertelenmesi de gündeme gelebilir.

Araştırma raporlarının hazırlanmasına ilişkin sürecin daha iyi yönetilmesi ve raporun çerçevesinin daha iyi çizilmesi açısından Birimce “*Araştırma ve İnceleme Talep Formu*” hazırlanmıştır. Bu formda, raporun hangi bağlamda istenildiği, kapsamı ve süresinin belirtilmesi istenir²⁴. Bu

²⁴ Belirtmek gerekir ki bu form Başkanvekillerinin tarafından talep sözlü olarak iletildikten sonra Birim içinde doldurulmakta ve araştırmanın çerçevesi bu şekilde oluşturulmaktadır.

şekilde iletilen talep, Başraportörce Birimde görevli raportörlerin iş yükü ve ilgi alanları gözetilerek sorumlusuna tevdi edilir. Raporun hazırlanması süreci Birim tarafından takip edilir, karşılaşılan sorunlar birlikte değerlendirilerek çözüm önerileri dile getirilir. Hazırlanan araştırma raporu ön metni, Birim içinde dağıtılıp gerekli öneriler dikkate alınarak nihai hale getirilir. Kural olarak bir ay içinde tamamlanan rapor, Başkan veya Başkanvekillerine ya da onlar vasıtasıyla ilgili raportör veya raportör yardımcısına ulaştırılır. Aynı zamanda rapor, yazılmasına yönelik olarak hazırlandığı karar taslağıyla birlikte Heyetin değerlendirmesine sunulur.

Ayrıca Birim, raporların yazımında ve sunumunda standardı sağlamak amacıyla gerekli şekil kuralları ile hazırlanan raporlardan yararlanılmasına ve onlara atfa ilişkin ilkeleri belirlemiş, bunları yazılı metinler halinde Mahkeme içinde duyurmuştur.

Birim tarafından Şubat 2014 tarihine kadar 23 adet araştırma raporu hazırlanmış, öncelikle Mahkeme üye ve çalışanlarının yararlanmasına sunulmuştur. Bu raporlardan 10 adedi ise seçilerek Anayasa Mahkemesi tarafından “*Bireysel Başvuru İncelemeleri I*” başlığı ile bir araya getirilmiş ve tüm hukukçuların istifadesi için yayımlanmıştır²⁵.

Son olarak Birim tarafından çoğunlukla Mahkeme Başkanının talebi üzerine araştırma raporlarına göre daha dar kapsamlı olmak üzere spesifik konulara ilişkin “*Bilgi Notları*” (hukuk eğitimi, ifade özgürlüğü, hukuki güvenlik vb.) hazırlanmış ve ilgililere sunulmuştur²⁶.

III. İÇTİHAT BİLGİLENDİRME

Birimin önemli görevlerinden biri de Mahkeme kararları hakkında birinci derece Mahkeme yargısal birimlerinde çalışanların, ardından Mahkemenin paydaşlarının bilgilendirilmesidir. AYM'nin yargısal birimleri ile kararlarının çeşidi ve sayısının artmasıyla birlikte onun en fazla zorlukla karşılaşacağı alanlardan biri, içtihatta istikrarın sağlanması olacaktır. Bu nedenle AYM'nin yargısal oluşumları kararlarını verirken daha önce kendisinin ve diğer oluşumların verdiği kararları dikkate almak zorundadır. Öte yandan Mahkeme kararlarının muhatapları tarafından bilinmesi de nitelikli başvuruların yapılmasını sağlayacak, gereksiz başvurular Mahkeme

²⁵ *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, Ed. Musa SAĞLAM/Serdar GÜLENER/Recep KAPLAN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.

²⁶ Bu nitelikteki “*Bilgi Notları*”nın sadece Başkan ya da Başkanvekillerine sunulduğu, onların takdiri doğrultusunda Mahkeme içinde dağıtımının yapılmasının söz konusu olduğu belirtilmelidir.

önüne gelmeden engellenebilecektir. Bu düşüncelerin gerçekleşmesi, her şeyden önce içtihadın bilinebilirliği ile mümkündür. Bu çerçevede İçtüzük'ün 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde Birime “Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlarca verilen ve içtihat açısından önem arz eden kararları takip ederek, bu konuda Mahkeme birimlerinde görev yapanların bilgilendirilmesi için dokümanlar hazırlamak ve gerekli çalışmaları yapmak.” görevi verilmektedir. Birim kendisine yüklenen bu görevi dört farklı çalışma ile yerine getirmektedir.

A. KISA KARAR ÖZETİ

Farklı yargısal oluşumlar tarafından verilen kararların en kısa ve özlü şekilde öncelikli olarak Mahkeme bünyesinde bilinebilirliği sağlanmalıdır. Mahkeme, Genel Kurul ve Bölümler halinde bireysel başvuruda karar almaktadır. Bir Bölümdeki yedek üyelerin kendi Bölümünün kararlarından, Bölüm üyelerinin aynı zamanda diğer Bölümün kararlarından bilgi sahibi olması bir zorunluluktur. Çünkü her bir üye (Başkan ve Başkanvekilleri hariç) aynı zamanda bir Komisyon üyesidir ve Komisyonlar, Bölümlerde verilen kararları izleyerek ancak karar alabilirler. Ayrıca farklı birimlerde görev yapan raportör ve raportör yardımcılarının yeni bir konunun karara bağlandığını bilmeleri önlerindeki başvuruları yazmalarını kolaylaştıracak ya da içtihatında bir değişiklik olduğunda onu takip etmelerini temin edecektir. Dolayısıyla kısa karar özetinden amaç, müzakerenin hemen ardından kararların Resmi Gazete’de ya da internet sitesinde yayınlanmasından önce²⁷, yani aleniyet kazanması öncesinde, o gündemden çıkan sonuçların Mahkeme içinde duyurulmasıdır²⁸.

Kısa karar özetinin hazırlanmasında takip edilen usul şu şekildedir: Kararın künyesi (Bölüm, başvuru numarası ve karar tarihi) verildikten sonra kararın hangi hususa ilişkin olduğu, konusu (kanuni tutukluluk süresi vb.) hatırlatılır. Somut başvuruya ilişkin olay ve olgular kararın sonucunun anlaşılmasına yetecek şekilde özetlendikten sonra başvurucunun şikâyetine yer verilir. Kararın sonucu, yani hüküm kısmı verildikten sonra en son olarak kısa bir not ile kararın görüşülmesinde Heyetçe özellikle vurgulanan husus ya da kararın dikkat çeken yönü aktarılır.

²⁷ Karara varılmasının ardından o kararın Resmi Gazete’de ya da internet sitesinde ne kadar sürede yayınlanması gerektiği hususu mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu süre bazen birkaç ayı bulabilmektedir. Bu açıdan kısa bilgi notları önem arz etmektedir.

²⁸ Kısa karar özeti, Mahkeme içi bir dokümandır, kararın ayrıntılı gerekçesi yazılmadan duyurulması hem anayasal açıdan hem de kamuoyunda kararın tartışılmasında –gerekçesi bilinmediğinden- sorunlara yol açacağından bu özetin kamuoyuna açılmaması kararı alınmıştır.

B. KARARLAR BÜLTENİ

Anayasa Mahkemesinin özellikle iptal davası ve itiraz başvurusu ile bireysel başvuruda verdiği kararların başta Mahkeme üye ve raportörleri olmak üzere Mahkemenin paydaşları tarafından daha kolay bir şekilde bilinebilir kılınması için belli dönemler halinde yayınlanan kararların esaslı noktalarını ön plana çıkartarak aktaran bir Bülten çıkarılmasının yararlı olacağı değerlendirilmiştir. Bu noktada iki hususa dikkat çekmek gerekir. Bültende sadece bireysel başvuruda verilen kararlara değil bütün kararlara yer verilmektedir. Ayrıca bir karar, Bültende ancak gerekçesinin yazımı, imzalanması ve Resmi Gazete veya Mahkemenin internet sitesinde yayınlanmasının ardından yer alır.

Başlangıçta Bültenin Mahkemenin üç aylık dönemde yayınlanan tüm kararlarını içermesi planlanmıştı. Çünkü bu dönemde, özellikle bireysel başvuruda verilen kararlar, son derece sınırlı idi ve birçok konuda ilk defa alınan ilke kararı niteliğindeki kararlardı²⁹. Ocak-Mart 2014 Bülteninde ise belirtilen dönemde yayınlanan kararların sayısının fazla olması nedeniyle, kararlar arasında bir seçme yapılmış, sadece önemli görülen kararlar Bültene alınmıştır³⁰. İzleyen dönemde ise (Nisan 2014) Bültenin üç ayda bir yayınlanması usulünden vazgeçilerek aylık fasiküller halinde yayınlanmasına karar verilmiş, yine önemli görülen kararlar seçilerek fasiküllere alınmıştır³¹.

Dolayısıyla Bültende ya da Fasikülde Mahkeme tarafından ilgili dönemde (artık aylık olarak yayınlanmaktadır) verilen tüm kararlara değil sadece önceki içtihadın tekrarı niteliğinde olmayan ve dikkat çekici olduğu düşünülen kararlara yer verilmektedir. Ayrıca norm denetimi ve bireysel başvuruya ilişkin karar özetlerinin başında o ay içinde yayınlanan bütün kararların listesi ve çok kısa da bu kararların içeriğine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bu listelerin hazırlanmasında ise Bölümler Sekreterliği ve Yazı İşleri Müdürlüğü verileri esas alınmıştır.

Bültende kararların sunumunda Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu tarafından Anayasa Yargısı Bülteninde³² anayasa mahkemelerinin kararlarının

²⁹ Bkz., http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/kararlar_bulteni_sayi_1.pdf (E.T. 4/3/2015).

³⁰ Bkz., http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/ocak_mart_2014.pdf (E.T. 4/3/2015).

³¹ Bkz., http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/aralik_2014.pdf (E.T. 4/3/2015).

³² Bkz., <http://www.venice.coe.int/files/Bulletin/B2012-3-e.pdf> (E.T. 4/3/2015). Venedik Komisyonu Anayasa Yargısı Bülteni konusunda kısa bir bilgi için bakınız., <http://www.>

özetlenmesinde kullanılan usule benzer bir sistem takip edilmektedir. Buna göre sunum, alt başlıklara bölünmüş ve her bir başlık altında bulunması gereken hususlar ifade edilmiştir. Şöyle ki;³³

“*Karar Bilgileri*”, kararın hangi yargısal oluşum tarafından verildiği, kararın tarihi ve sayısına ilişkin karar künye bilgisidir. “*Sistemik Kavramlar Dizisi*”, o kararın ilgili olduğu kavramları ön plana çıkartır. Bu kavramlar Anayasa’da geçen kavramlar olabileceği gibi (hukuk devleti vb.), Mahkemenin kendi içtihadını ile geliştirdiği kavramlar da (hukuk güvenliği, belirlilik ilkesi vb.) olabilir. Ayrıca bu kavramların mutlaka Mahkemenin esas incelemesine ilişkin olmasına da gerek yoktur. Usule ilişkin bir takım kavramlar da (başvuru usulü, kişi bakımından yetkisizlik, açıkça dayanaktan yoksunluk vb.) burada yer alabilir. Bu kısmın temel amacı, kavramlar üzerinden giderek okuyucunun Mahkemenin belli alandaki içtihadına kolayca erişiminin sağlanmasıdır. “*Kararın Özü*” başlığı altında kararın esas itibarıyla ilkesel anlamda ne anlattığı ifade edilir. Mahkemenin bir hükme varırken hangi ilkeleri ve argümanları kullandığı kısa ve veciz bir şekilde aktarılır. Başka bir anlatımla başvurudan (norm denetimi ya da bireysel başvurudan) bağımsız olarak Mahkemenin bu kararda açıkladığı ilkeler ortaya konulur. Bir önceki başlıkta geçen kavramlar bir anlamda Mahkeme içtihadı ile açılır. Karar konusunda daha ayrıntılı bir bilgi, “*Kararın özeti*” başlığında yer alır. Kararın özeti başlığının sunumu ise iptal davası ve itiraz başvurusu benzeri işler ile bireysel başvuru kararları için farklılıklar içermektedir.

Norm denetimi kararlarında; “*Kararın özeti*” üç ana kısma ayrılır: (1) numaralı kısımda kararın daha iyi anlaşılmasını sağlayacak temel bilgiler verilir: Davanın konusu, dava konusu kuralın anlamı ile iptal davası veya itiraz başvurusunun gerekçeleri. Ancak bazı davalar esasa geçilmeden ilk inceleme aşamasında reddedildiğinden dolayı bu kısımda sadece ilk inceleme kararının anlaşılmasına yarayacak hususlar da belirtilebilir. (2) numaralı kısımda Mahkemenin ortaya koyduğu içtihadın daha geniş şekilde gerekçeleri ile açıklaması (kararın özü kısmındaki bilgilerin daha da detaylandırılması) yapılır. Belirtilmelidir ki iptal davası ve itiraz başvurularında, bu ilkeler

conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-1/compte-rendu-de-la-commission-de-venise.52892.html (E.T. 4/3/2015).

³³ Bu konuya ilişkin olarak Mahkemenin internet sayfasında yayınlanan Kararlar Bülteni veya Fasiküllerin önsözüne bakılabilir. Bu başlık altındaki paragraflar, Bültenlerde belirtilen kararların aktarılmasına ilişkin bilgiler esas alınarak hazırlanmıştır. Kaldı ki kararların aktarılmasındaki bu sistematiği gösteren örneklerde her Bülten ya da Fasikülün önsözünde yer almaktadır. Bkz., http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/araklik_2014.pdf (E.T. 4/3/2015).

Mahkemenin yarım asrı aşkın tecrübesi sayesinde artık yerleşik hale gelmiştir. Bu kısımda özetle Mahkemenin içtihadî ilkeleri eldeki işe konu normun değerlendirilmesinden önce hatırlatılır. (3) numaralı son kısımda ise içtihadî ilkeler çerçevesinde somut normun değerlendirilmesi yapılır ve Mahkemenin vardığı sonuç, hüküm bölümünde ortaya konulur.

Bireysel başvuruya ilişkin kararlarda ise; “*Kararın özeti*” şunları içerir: (1) numaralı kısımda objektif bir şekilde hak ihlali iddiasını çevreleyen olay ve olguların özeti yapılır. (2) numaralı kısımda başvuruçunun iddiaları ve talebi sıralanır. (3) numaralı kısımda Mahkemenin somut olay bağlamında ihlal iddialarını değerlendirirken kullandığı ilkeler ortaya konulur ya da hatırlatılır. (4) numaralı kısımda Mahkemenin söz konusu ilkeler çerçevesinde somut olaya ilişkin tespitleri yer alır. (5) numaralı son kısımda ise Mahkemenin vardığı sonuç kısa gerekçesiyle birlikte aktarılır.

Bültenin elektronik versiyonunda sayfanın en sonunda iptal davası ve itiraz başvuruları ile bireysel başvuruya ilişkin kararlarının orijinaline ulaşılmasını sağlamak amacıyla köprü oluşturulmuş, kararların yayınlandığı internet adresi verilmiştir.

Son olarak çalışmanın hazırlanması döneminde Bültenin Mahkeme internet sitesinden herkesin erişimine açılmış olduğu ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde seçilen ve özetlenen kararların aylık olarak yayınlanan fasiküllerle herkesin yararlanmasına sunulduğu belirtilmelidir³⁴.

C. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ VE HAKLAR REHBERİ

Ar-İç Birimi sadece Genel Kurul ve Bölümlerce verilen kararların kısa karar özetini yapmak ve aylık olarak yayınlanan önemli kararların dikkat çeken noktalarını göz önüne taşımakla kalmaz. Aynı zamanda belirli bir zaman dilimi içinde Mahkemenin belli konulara ilişkin vermiş olduğu kararları konu bütünlüğü içinde sistematik olarak bir araya getirerek o alanlarda, içtihadın gelişimi hakkında bütüncül bir bakış açısı sağlamayı amaçlar.

“*Rehber*” adı verilen bu kararlar derlemesi ile Mahkeme kararlarının takibinin kolaylaştırılması, içtihat farklılıklarının önlenmesi, içtihatındaki gelişimin izlenmesi ve içtihat oluşturulması gereken konuların tespiti amaçlanır. Elbette böyle bir çalışma sadece Mahkeme üye, raportör ve raportör yardımcılarının değil aynı zamanda Mahkemenin paydaşlarının da istifadesine sunulmaktadır. Bu kapsamdaki ilk rehber çalışması, bireysel başvuru yolunun

³⁴ <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/> (E.T. 4/3/2015).

işleyişinde en önemli aşamalardan biri olan kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin yapılmıştır³⁵.

Anılan Rehberin ve diğerlerinin hazırlanmasında aşağıda belirtilen ilkeler esas alınmıştır. İlk olarak konuya ilişkin Mahkeme kararları taranarak o konudaki yayınlanmış kararlar tespit edilmiş ve bu kararlar Avrupa Konseyi, AİHM dokümanları ile bilimsel eserlerden faydalanılarak oluşturulan bir plan çerçevesinde Rehberde yerleştirilmiştir. Bu çerçevede, “*Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*” için Mahkemede kullanılan “*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*” tablosu esas alınmıştır³⁶. Bu tablonun oluşturulmasında da AİHM uygulaması ve onun kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin içtihadını tanıtmak için Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Rehber örnek alınmıştır³⁷. Öte yandan planda sadece Mahkemenin hakkında bir karara vardığı konulara ilişkin başlıklar açılmamış, henüz Mahkemenin hiçbir karar vermediği konular da bu husus altı çizilerek aktarılmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin hangi konularda henüz bir karar vermediği bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin Mahkeme kabul edilebilirlik kriterlerinden anayasal önem hususunda henüz bir karar vermemiş, ancak bu başlığa planda ve metin içinde açıklamalarıyla birlikte yer verilmiştir³⁸.

Rehberde belirli bir tarihe kadar olan kararlar taranmış olmakla beraber tespit edilenlerin tamamı da dikkate alınmamıştır. Bir öncekinin tekrarı niteliğinde olan kararlar sadece kararın künyesi verilerek geçilmiştir. Ayrıca Rehberde kararlar kronolojik sıraya göre verilmiş böylelikle aynı hususa ilişkin eğer varsa kararlardaki farklılıkların, kararların gelişiminin ve kararların istikrar kazanıp kazanmadığının gözlemlenmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Rehberde karar metninden alıntılar haricindeki bilgiler (*Not. ...*) şeklinde italik olarak ya da dipnotta verilmiştir. Böylece karar metni ile açıklamaların ayrıştırılması sağlanmıştır. Her ana başlıktan hemen sonra yer verilen açıklama kutularında, konuyu düzenleyen Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ilgili hükümlerine bulunmaktadır.

Ayrıca Rehberde esas metnin (karar alıntılarının) sağ yanında yer

³⁵ **Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ed. Musa SAĞLAM/Hasan Tuna GÖKSU, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı: 2, Ankara, 2014.

³⁶ Bkz., bu çalışma dipnot. 17.

³⁷ **Guide Pratique Sur la Recevabilité**, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014. http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf (E.T. 4/3/2015).

³⁸ **Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, s. 247

verilen açıklama kutularında, AİHM'in konuyla ilgili genel yaklaşımı kısa ve öz olarak belirtilmiştir. Bu nokta da Avrupa Konseyi ve AİHM tarafından yayınlanan metinler ile bilimsel eserlerden yararlanılmıştır. Bu şekilde Mahkeme kararları ile AİHM içtihatları arasındaki uyuma dair genel bir izlenim edinilmesi de sağlanmaya çalışılmıştır.

Birim tarafından “*Kabul edilebilirlik Kriterleri Rehberi*” yanında bir de “*Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*”³⁹ hazırlanmış ve basımı yapılarak herkesin yararlanmasına sunulmuştur. Diğer haklara ilişkin olarak da hazırlıklar devam etmektedir⁴⁰.

Son olarak hazırlanan Rehberlerin düzenli aralıklarla güncellenmesi için de çalışmalar yapıldığını belirtmek gerekir.

D. İÇTİHAT DEĞERLENDİRME TOPLANTILARI

Kararlar Bülteninin yayınlanmasının ardından Bülteindeki kararlar arasından seçilen sınırlı sayıdaki diğerlerine göre daha önemli kararlar tespit edilerek (beş ve yedi arasındaki karar) bunlar üzerinden Mahkeme raportörleri ve raportör yardımcılarının katılımı ile “*İçtihat Değerlendirme Toplantıları*” yapılmaktadır. Aynı şekilde Rehberlerin yayım ve dağıtımının ardından da benzer toplantılar tertip edilmiştir.

Toplantı öncesinde görüşülmesi düşünülen kararlar, Birim Başraportörleriyle de müzakere edilerek belirlenmekte, tespit edilen kararlar bir dosya haline getirilerek hem dijital ortamda hem de basılı şekilde üye, raportör ve raportör yardımcılara duyuru metni ile birlikte iletilmektedir. Böylece raportör ve raportör yardımcılarının yenilik getiren kararlardan ve saiklerinden haberdar olması sağlanmakta ve bu kararlara bağlı diğer sorunlu alanlar da toplantı esnasında tartışmaya açılabilir⁴¹.

Ayrıca Birim, Genel Kurul ve Bölümlerce verilen ihlal kararlarının, kararın sonucuna ilişkin kısa açıklamalarıyla birlikte, listesini tutmakta ve ihlal kararlarının haklara göre dağılımı içeren tablolar hazırlamaktadır. Bu liste ve tablolar dönemsel olarak da güncellenip Mahkeme içinde dağıtılmaktadır.

³⁹ **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Ed. Abdullah ÇELİK, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı: 3, Ankara, 2014

⁴⁰ Bu kapsamda ifade hürriyeti hakkında, Raportör Recep Kaplan tarafından hazırlanan Rehberin, Başkanvekillerinin değerlendirmesine sunulmuş olduğu, onların onayı sonrasında aleni hale getirilmesinin planlandığı belirtilmelidir.

⁴¹ Şubat 2014 tarihine kadar Mahkeme içinde ve dışarıda beş ayrı İçtihat Değerlendirme Toplantısı yapıldığını belirtmek gerekir.

IV. BİLGİ NOTLARI

İçtüzük'ün 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendine göre Birimin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile diğer uluslararası yargı organları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip etmek, Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak” görevi bulunmaktadır.

AYM'nin bireysel başvuru incelemesinde AİHM içtihadıyla uyumlu hareket etmesi anayasal ve yasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Kaldı ki AYM de bireysel başvuru kararlarında AİHM kararlarına sıklıkla atıfta bulunmakta, en azından onunla uyumlu kararlar vermeye özen göstermektedir⁴². Elbette bu durum, AİHM'in sadece yerleşik hale gelmiş kararlarını değil aynı zamanda yeni kararlarından, içtihatındaki yeni gelişmelerden haberdar olmayı da gerektirir⁴³. Bu kapsamda AİHM'in verdiği kararlar Birim tarafından haftalık olarak takip edilmekte, bunlardan Türkiye hakkında verilenler, AİHM içtihadı açısından önemli görülenler ya da AYM önündeki bir dosyaya ilişkin olanlar seçilerek bilgi notu haline getirilmektedir. AİHM Büyük Dairesinden çıkan kararlar ise ehemmiyetine binaen öncelikli olarak dikkate alınır. Ayrıca bu çerçevede Sözleşme'ye taraf diğer ülkeler hakkında verilen kararlardan önemli olanlarına da yer verilmektedir. Bu şekilde hazırlanan AİHM Kararı bilgi notları kural olarak haftalık olarak Mahkeme içindeki dağıtılmaktadır.

Öte yandan Ar-İç tarafından hazırlanan AİHM Kararı ile ilgili bilgi notları, yapılan bir protokol gereğince AİHM karar arama motoru olan HUDOC'a yüklenmiş ve oradan herkesin açık erişime sunulmuştur⁴⁴.

⁴² AYM'nin bireysel başvuru kararlarında AİHM kararlarına sıklıkla atıfta bulunulması bunun bir göstergesi olarak kabul edilmelidir.

⁴³ AİHM'in yerleşik içtihadını analiz eden önemli eserler bireysel başvuruya hazırlık sürecinde Anayasa Mahkemesinin gayretleriyle hukuk literatürümüze kazandırılmıştı. (Bkz., Osman DOĞRU/Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2 Cilt, I. Baskı, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012; David J. HARRİS/Michael O'BOYLE vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev: Mehveş Bingöllü KILCI/Ulaş KARAN, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2003). Dolayısıyla bu aşamada yapılması gerekenin AİHM'in yeni kararlarında içtihatındaki gelişmeleri takip etmek olduğu söylenebilir.

⁴⁴ Ar-İç Birimi tarafından hazırlanan bilgi notlarının HUDOC sunumunun başında Türkçe, İngilizce ve Fransızca şu bilgiler yer almaktadır:

“... ”

This translation was made available with the support of the Turkish Constitutional Court Research and Case-law Department (<http://www.anayasa.gov.tr/en/>) and published on its intranet. The permission of reproducing this document has been granted for the sole purpose of its publication on the Court's case-law database HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/>).

Dolayısıyla ilerleyen dönemlerde de bu alanda bilgi notları hazırlandıkça bunlar AİHM'e iletilecek ve bu şekilde yeni kararların en azından özetlerinin kısa sürede herkesçe bilinmesi sağlanacaktır.

Birim “*Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak*” görevi bağlamında insan hakları alanında meydana gelen gelişmelerden Anayasa Mahkemesi açısından önemli olanlar hakkında da bilgilendirme faaliyetleri yapmaktadır. Buradaki temel amaç, Dünya’da ve Türkiye’de insan hakları alanında yaşanan güncel ve önemli gelişmelerin Mahkeme çalışanlarınca bilinebilirliğini sağlamaktadır. Bu kapsamda özellikle Avrupa Konseyi ve AİHM bağlamında meydana gelişmeler konusunda notlar hazırlanmıştır: 15 ve 16 No.lu Protokoller, AİHM kararlarına ilişkin yeni yayınlar, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Türkiye Raporu, AYM’nin çalışma ziyaretlerine ilişkin notlar vb.

Ayrıca Mahkeme, Anayasa’nın geçici 18. maddesi ve 6216 sayılı Kanun ile bireysel başvuruya hazırlık için kendisine tanınan iki yıllık sürede ciddi çalışmalar gerçekleştirmiştir. Bunlardan biri de Avrupa Konseyi ile ortaklaşa yürütülen, paydaşları arasında AYM’nin de bulunduğu ve 2010 yılı Şubat ayında başlayan “*Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi*” kapsamında Anayasa Mahkemesi üye ve raportörleri ile yerli ve yabancı uzmanların katılımıyla yapılan “*Yuvarlak Masa Toplantıları*”dır. 23 Kasım 2011 ile 19 Haziran 2012 tarihleri arasında AİHM Sekreteryası ile yakın işbirliği halinde 11 ayrı Yuvarlak Masa Toplantısı yapılmıştır. Ayrıca anılan Proje haricinde Anayasa Mahkemesinin bizzat organize ettiği beş ayrı toplantı da gerçekleştirilmiştir. Birim tarafından bahsedilen bu toplantılardaki sunum ve tartışmaların dökümleri yapılmış, konuşmacılara gönderilerek onlardan dökümleri gözden geçirmeleri istenmiş ve daha sonra da dökümlerin editoryal düzeltmeleri yapılarak bunlar iki cilt halinde “*Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*” olarak yayınlanmıştır⁴⁵.

SONUÇ

Bireysel başvuru ile ortaya çıkabilecek güçlüklerle karşı –özellikle içtihat uyumu ve kalitesi hususunda- Mahkeme içinde yeni bir Birimin kurulması kararı alınmış ve İçtüzük ile birlikte Ar-İç Birimi varlık kazanabilmiştir. Birimin kuruluşu ve görevleri İçtüzük’te ayrıntılı olarak da belirtilmiştir. Bu kapsamda Birim, yaklaşık iki yılı aşkın çalışma süresi içinde temel faaliyet

... »

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150860> (E.T. 3/3/2015)

⁴⁵ **Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları**, Cilt I ve II, Ed. Musa SAĞLAM/Serdar GÜLENER/Recep KAPLAN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

alanlarında kayda değer çalışmalar yapmıştır.

Birimin içtihat farklılıkları konusundaki uyarıcı ve düzeltici nitelikteki görevini bu sürede ayrıca kullanmadığı görülmektedir. Bunun ise anılan görevin karar taslakları hakkında Birimce sunulan görüşlerde zaten yerine getirilmesi, Bölümlerin yakın döneme kadar ortak toplantı yapmaları ve sürecin henüz yeni olması nedenleriyle açıklanması mümkündür. İstatistiklerin hazırlanması konusunda ise ihlal kararlarına ilişkin veriler dışında bir verinin Birim tarafından hazırlanmadığı, ancak UYAP sistemine entegre çalışan bireysel başvuru yazılımının bütün aşamalarıyla tamamlanması halinde zaten sistem üzerinden verilerin otomatik olarak alınabileceği belirtilmelidir.

Öte yandan Avrupa Konseyi tarafından desteklenen “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi*” kapsamında Proje faaliyetlerine esas olmak üzere hazırlanan “*İhtiyaç Analizi*” Raporunda Birimin faaliyetleri ve yaptığı işin önemi çok özet olarak ifade edildikten sonra Birim hakkında şu değerlendirmelere yer verilmiştir⁴⁶: Birimin yüklendiği

⁴⁶ Raporun ilgili kısmı şöyledir: “*Araştırma ve İçtihat Biriminin Baş Raportörü tarafından danışmanlara verilen bilgiler şunlardır: birim bir Baş Raportör, yargı geçmişli üç raportör ve akademik geçmişli üç raportör olmak üzere yedi personelden oluşmaktadır.*

Birimin görev ve sorumlulukları şunlardır:

Bölümler ve GK'nın sunduğu taslak kararları inceleyerek yedi gün içerisinde yorum bildirilmesi;

Üye ve raportörler için araştırma raporlarının hazırlanması;

AYM içtihadının tutarlılığının denetlenmesi;

Uluslararası İnsan Hakları Mahkemelerinin kararlarının takibi ve

Kararların hukuk dili ve yazım kurallarının tutarlılığı açısından denetlenmesi.

Karar taslakları ile ilgili yorum ve görüşler bir personel tarafından kendi deneyimine göre hazırlanır ve nihai hale getirilmeden önce Birimde görüşülür. Bu konuda bir içtihat oluşturulmuş ise Birim karar taslağı hakkında görüş hazırlamaz.

Birimin görüşleri davadan sorumlu raportör için bağlayıcı değildir ve bu raportör belirtilen görüşü uygulayıp uygulamamada özgürdür. Raportör karar taslağına, belirtilen görüşü neden uygulamadığını açıklayan bir kapak mektubunu ekleyebilir. Esaslarla ilgili rapor da AYM Üyelerine sunulur. Ayrıca, görüşmelerde bu Birim Baş Raportör tarafından temsil edilir.

Birim intranette sunulan belgeleri yasal terimler, dilbilgisi, biçim ve redaksiyon açısından günceller.

Araştırma raporları Başkan veya Başkan Vekilleri tarafından talep edilebilir. Ocak 2014 tarihine dek 20 araştırma raporu hazırlanmıştır. Bu raporların 10'u derlenerek kitap haline getirilmiştir.

Birim sistematik olarak Avrupa'daki diğer Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarını takip etmemektedir ancak araştırma raporları hazırlanırken bu mahkemelerin içtihatları incelenmektedir.

misyon ve gerçekleşen faaliyetlerine göre personel sayısının son derece az olduğu⁴⁷, Birime AYM karar özetlerinin çıkarılmasında, her ne kadar Venedik Komisyonunun kriterlerine göre yapılıyor olsa da, eğitim verilmesinin gerektiği ifade edilerek öneriler şu başlıklar halinde sıralanmıştır.

“Araştırma ve içtihat biriminde görev yapan raportör sayısı artırılmalıdır.

Raportörlere mahkeme kararı özetlerinin çıkarılması konusunda özel bir eğitim verilmelidir.

Araştırma ve İctihat Birimi BB (bireysel başvuru) usulünün bulunduğu diğer Anayasa Mahkemeleri ile örnek uygulamalarını paylaşmalıdır.”⁴⁸

AYM'nin kararlarına da yansıdığı üzere ülkemizde Yüksek Mahkemelerde içtihadın kalitesi ve istikrarında yaşanan sorunlar ve bunun kişilerin hukuk güvenliği açısından önemli bir sorun olması karşısında AYM bünyesinde kısa süreli uygulamasının başarılı sonuçlar verdiği değerlendirilen bu deneyimin diğer Yüksek Mahkemeler için de örnek oluşturması ve bu alanda atılacak adımlara öncülük teşkil etmesi beklenebilir.

Birim ayrıca AYM kararlarının özetlerinin yer aldığı bir içtihat bülteni hazırlamaktadır.

Şu anda belirli haklara ilişkin içtihat rehberi hazırlanmaktadır.

Son olarak, derdest davalar için önem taşıyabilecek son AİHM karar ve hükümlerinin özetleri AYM için bu birim tarafından hazırlanmaktadır. Bu notlar şu anda sadece kurum içi kullanıma açıktır. Gelecekte bu bilgiler de kamuya açık hale getirilebilir.

Birim 2012- 2013 yıllarında düzenlenen çalıştay kayıtları dâhil olmak üzere bilimsel çalışmaların yayımlanmasında da sorumludur.”

http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf (E.T. 3/3/2015).

⁴⁷ Kaldı ki Raporun hazırlanması aşamasında bir başraportör üç hâkim kökenli ve üç akademisyen kökenli olmak üzere yedi personel ile faaliyet gösteren Birimden daha sonra da ayrılanlar olmuş ve Birimde çalışan raportör sayısı daha da azalmıştır. Buna rağmen Birim, iki yıllık süre içinde çalışanların özverili çalışmaları sayesinde önemli ve saygın bir yer edinmiştir.

⁴⁸ http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf (E.T. 3/3/2015).

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Ed. Abdullah ÇELİK, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı: 3, Ankara, 2014

Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Cilt I ve II, Ed. Musa SAĞLAM/Serdar GÜLENER/Recep KAPLAN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

Sinan ÇINAR, “İdari Yargı Mercilerince Verilen Kararlara Karşı Yapılan Başvurularda Bireysel Başvuru Süresi”, **TBB Dergisi**, S. 118, 2015, s. 51-98

DOĞRU Osman/NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2 Cilt, I. Baskı, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012

HARRİS David J./O’BOYLE Michael vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev: Mehveş Bingöllü KILCI/Ulaş KARAN, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2003

Guide Pratique Sur la Recevabilité, Conseil de l’Europe/Cour européenne des droits de l’homme, 2014.

Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ed. Musa SAĞLAM/Hasan Tuna GÖKSU, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı: 2, Ankara, 2014

KILINÇ, Bahadır, “*The Establishment of the Individual Application System In Turkey: A Promising Experience*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, Haziran 2015, s. 571-587.

SAĞLAM, Musa, “1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar”, in **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Ed. Alparslan ALTAN/Engin YILDIRIM/Hikmet TÜLEN/Ali Rıza ÇOBAN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 265-307.

SAĞLAM, Musa, “*İçtihat Danışmanı (Jurisconsulte) ve Departmanı*”, in **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Ed. Musa SAĞLAM, Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara, Şubat, 2013, s. 71-105

İnternet kaynakları

<http://www.coe.int>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.anayasa.gov.tr>

Kararlar

AYM Kararları

AYM, E.2011/129 K.2012/81 K.T. 24/5/2012

Kamil Koç, B. No: 2012/660, 7/11/2013

Türkan Bal, B. No: 2013/6932, 6/1/2014

Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı, B. No: 2013/135, 21/1/2014

AİHM Kararları

Kayası/Türkiye, B. No: 64119/00, 13/11/2008

Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011

İTERPOL MEKANİZMALARININ BAŞTA SURIYE OLMAK ÜZERE BAZI ARAP DEVLETLERİ TARAFINDAN MUHALİFLERİNE KARŞI BİR ARAÇ OLARAK KULLANILMASININ HUKUKİLİĞİ SORUNU

Mehmet Sıraç SEZER*

ÖZET

Dünyada farklı yönetim şekillerine, dini inanışlara, ideolojilere, mezheplere ve ırksal kimliklere sahip yaklaşık 195 bağımsız devlet bulunmaktadır. Suçlulukla mücadele, zorunlu olarak, devletlerarası işbirliğini gerektirmektedir. Bu işbirliğinin sağlanması amacıyla İTERPOL önemli bir rol oynamaktadır. Esasında İTERPOL bu başarıyı Tüzüğü'nün 3. maddesinde ifade edilen politik, ırksal, askeri ve dini konulara karışmama ilkesine borçludur. Ancak son zamanlarda hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygı göstermeyen kimi devletlerin ve özellikle devrim hadiselerine maruz kalan bazı Arap Devletlerinin terörizm ve yapay suçlamalarla İTERPOL'ün mekanizmalarını muhaliflerine karşı, uluslararası hukuka aykırı olarak, kullandıkları ileri sürülmektedir. Bu makale, özellikle Arap Baharının son duraklarından biri olan Suriye'nin İTERPOL mekanizmalarını hukuka aykırı olarak kullanması sorununu ele almak amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: polis işbirliği, İTERPOL, siyasi suç, askeri suç, dinsel ve ırksal suç, Suriye, Mısır, Arap Devletleri

LAWFULNESS OF THE USE OF INTERPOL MECHANISMS, MAINLY BY SYRIA AND SOME ARAB STATES, AS A TOOL AGAINST THEIR OPPONENTS

ABSTRACT

In the world there are approximately 195 independent countries which have the different forms of government, religious beliefs, ideologies, sects and racial identities. Fighting crimes necessarily required interstate cooperation. INTERPOL plays an important role in order to achieve this cooperation. In fact INTERPOL owes this success to article 3 of its Constitution that expressed the principle of noninterference in political, racial, military and religious issues. However, in recent times it has been asserted that some states that do not respect the rule of law,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

human rights and fundamental rights and freedoms and especially Arab States that exposed to revolutionary events with terrorism and spurious charges uses INTERPOL mechanisms against the dissidents in violation of international law. This article in particular has been drafted in order to address the matter of, one of last station of Arab Spring Syria's, use of INTERPOL mechanisms in violation of the law.

Keywords: *police cooperation, INTERPOL, political offence, military offence, religious and racial offence, Syria, Egypt, Arab States*

GİRİŞ

Son devrim hareketleri sonrasında başta Suriye olmak üzere Arap Baharından etkilenen rejimlerin, ülke dışına kaçmış bulunan siyasi muhaliflerini, ordudan firar etmiş askeri personellerini, din adamlarını, gazetecileri, akademisyenleri ve özetle politik sisteme muhalefet eden tüm bireyleri yerlerini tespit ederek yakalamak veya hareket kabiliyetlerini sınırlandırmak, politik aktivitelerini finanse eden mali kaynaklarını kullanmalarını engellemek için üyesi buldukları İNTERPOL araçlarından yararlanmaya çalıştıkları belirtilmektedir¹. Ancak İNTERPOL Tüzüğü'nün 3. maddesi göz önüne alındığında, İNTERPOL'ün kesin bir şekilde siyasi, askeri, dini, ırki karakterdeki konulara ilişkin herhangi bir faaliyette bulunmasının yasaklanmış olduğu görülmektedir. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne atıf yapan İNTERPOL Tüzüğü'nün 2. maddesi de; insan haklarını sürekli olarak, ağır şekilde, ihlal eden hukukun üstünlüğüne uymayan ve bağımsız bir yargıya sahip olmayan Suriye ve diğer bazı rejimlerin² muhaliflerine karşı, terörizm kisvesi veya diğer yapay suçlamalarla

¹ Arap Ligi Konseyi 12 Kasım 2011 tarihli Dışişleri Bakanları Konseyi olağanüstü toplantısında 16 Kasım 2011 tarihinden itibaren etkili olmak üzere tüm Suriyeli heyetlerin Konseyin ve Örgütün Organlarına katılımını dondurma kararı almıştır. hl al-Jāmi'ah al-'arabīyah qadrt 'ala inqaz suriyya, 2011, <http://www.dohainstitute.org/release/8abe0b55-d2e9-479c-acab-b55c5aa4ac31>, (1.2.2015). 2013'te Suriye Arap Cumhuriyeti, Arap İçişleri Bakanları Konseyi'ne bağlı olan Şam Merkezli Arap Kriminal Polis Teşkilatının bütün arşivlerine el koyup personeli sınırdaşı etmiş ve büroyu kapatmıştır. Bu tarihten itibaren Arap Kriminal Polis Teşkilatının mekanizmalarından yararlanama imkânını yitiren Suriye Arap Cumhuriyeti'nin sınır aşan suçlarla mücadelede sadece İNTERPOL mekanizmalarından yararlanma imkânı kalmıştır. mjls wzraa al-dakhlyā al-'arb yndd bghlq mqr al-mktb 'arabīy lllshra aljnaaya bdmshq 2013, <http://www.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate=17042013&id=2fd6e92f-4eb7-46fb-a196-c0bac20e3e94> (23.3.2013).

² Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu 10 Aralık 2010 tarihinde İNTERPOL'ün kırmızı bültenlerinin bir analizini yayınladı. Bu inceleme, 145 devletin isteği üzerine yayınlanan 7622 Kırmızı Bülteni içeriyor. İncelenen Kırmızı Bültenlerin, yaklaşık dörtte üçü siyasi

cezai kavuşturmalarında İNTERPOL'ü araç olarak kullanmasına engel teşkil etmektedir. Tarihi süreç içerisinde İNTERPOL'ün 3. maddeyi yorumlamasında meydana gelen değişim ve bu yorum değişikliği nedeniyle 2. maddede İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne yapılan atfın dikkate alınmaması İNTERPOL Tüzüğü'nün ihlaline imkân sağlamaktadır. Bu nedenle makalede 3. maddenin tarihi süreçte yorum ve uygulamada yaşadığı değişim ele alınacaktır. Ancak bu değişim sürecinde, terörizmin 3. madde kapsamından çıkarılması ayrı bir başlık altında incelenecektir.

İNTERPOL'ün yetki alanı ve bu alan içerisinde hareket edip etmediğinin tespiti bakımından İNTERPOL Tüzüğü'nün 2. ve 3. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle 2. madde bakımından yapacağımız değerlendirmelerde ve aynı zamanda 3. maddenin değerlendirilmesinde de önem taşımasından dolayı öncelikle Suriye Arap Cumhuriyetindeki yargı bağımsızlığını, olağanüstü mahkemeleri ve taraf olduğu insan haklarına ilişkin temel sözleşmelere bağlılığını kısaca inceleyeceğiz. Ayrıca Suriye'nin de bir parçasını teşkil ettiği ve onlardan bağımsız ele alınamayacağından Arap Devletlerindeki yargı bağımsızlığına ve bu devletlerin insan haklarına ilişkin temel sözleşmelere bağlılıklarına kısaca değineceğiz.

A. GENEL OLARAK ARAP DEVLETLERİNDE YARGININ DURUMU

Farklı tarihi geçmişleri ve hükümet biçimlerine rağmen, Arap Devletlerindeki yargı sistemleri arasında olağanüstü bir benzerlik bulunmaktadır. Bazı Arap Devletleri Fransız egemenliğini yaşadı; diğerleri Büyük Britanya tarafından işgal edildiler; yine de tam bağımsızlıklarını korumayı başardılar. Bazı Arap Devletleri, cumhuriyet yönetim biçimine sahipken diğerleri ise monarşik bir yapıyla yönetilmektedir³. İster cumhuriyet olsun ister monarşi olsun Arap Devletleri yargı bağımsızlığı konusunda sürekli olarak ağır eleştirilerle karşılaşmaktadırlar.

Bütün ulusal ve uluslararası metinler yargı bağımsızlığı ilkesinin birbiriyle bağlantılı iki anlamı olduğunu ifade etmektedirler; yargı bağımsızlığı

haklar ve sivil özgürlükler üzerinde ciddi kısıtlamalar getiren devletlere ait bulunmaktaydı. Ayrıca yaklaşık yarısı Uluslararası Şeffaflık örgütü temsilcilerince yozlaşmış olarak nitelendirilen devletlere ait bulunmaktaydı. Libby Lewis, "Interpol's Red Notices used by some to pursue political dissenters, opponents", 2011, <http://www.icij.org/project/interpol-red-flag/interpol-red-notices-used-some-pursue-political-dissenters-opponents>, (5.3.2015).

³ Nathan J.Brown, "Arab Judicial Structure", 2001, s.1, http://www.deontologieJudiciare.Untreal.ca/fr/textes%20int/documents /ONU_STRUCTURE_JUDICIAIRE_ARABE.pdf, (26.2.2015).

olarak adlandırılan kurum, yargının bağımsızlığı ve yargıçların mahkeme çalışmalarındaki bağımsızlığı, yani yargıçların hiçbir etki ve müdahaleye maruz kalmamaları ve kanun dışında hiçbir otoriteye tabi olmamalarıdır⁴.

Birçok Arap Devleti son derece uzun bir zaman diliminde sıkıyönetim veya olağanüstü hal altında yönetilmiş olduğundan; geçici olarak alınmış tedbirler, siyasi yaşamı yürütmek için kalıcı hale dönüşmüşlerdir. Bu olağanüstü durumdan dolayı Arap Devletlerinde yargı erkinin kurum olarak bağımsızlığına baktığımızda, tüm Arap adalet sistemleri bağımsızlıklarına yönelik, yürütme organının yargı organlarına tahakküm ve baskısından kaynaklanan sıkıntılar çekmektedir⁵.

Bugün, özellikle Avrupa devletleri başta olmak üzere çoğu devlet, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması için yargıçların atanması ve kariyerleriyle ilgili konularda karar verecek bağımsız yargı kurulları oluşturmuştur. Arap Devletlerinde de bu yargı kurullarının türevleri bulunmakta ancak söz konusu bu kurullar tamamen yürütme organının denetimi altında bulunmaktadır. Örneğin; Arap Devletlerinden Fas'a baktığımızda 1996 Anayasasının 86. maddesi Kral'ın Yüksek Yargı Kuruluna başkanlık edeceğini ve yargıçların Yüksek Yargı Kurulunun önerisiyle bir Krallık Kararnamesi ile atanacağını öngörmektedir. Benzer şekilde Mısır Anayasasının 173. maddesi ise Cumhurbaşkanı'nın Yargı Organları Yüksek Kuruluna başkanlık edeceğini öngörmektedir. Sudan Anayasasının 100. maddesi yargının eylemlerinden cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğunu ve Suriye Anayasasının 132. maddesi Cumhurbaşkanı'nın Yüksek Yargı Konseyine başkanlık edeceğini belirtmektedir⁶.

Ancak birçok Arap Devletinde, yargının kurumsal bağımsızlığının en ciddi ihlaline, sürekli olarak genişlemekte olan olağanüstü yargı yolları⁷ ve

⁴ Mohamed Nour Ferhat ve Ali Sadek, "Report on the State of the Judiciary in Egypt, Promoting the Rule of Law and Integrity in the Arab Countries Project", s.11, http://www.arabruleoflaw.org/files/pdf/judiciary/english/p2/egypt_finalreportp2s4_en.pdf, (5.3.2015).

⁵ United Nations Development Programme, **Arab Human Development Report**, New York, 2009, s.61-62. <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2009e.pdf>, (25.2.2015).

⁶ United Nations Development Programme, **Arab Human Development Report**, New York, 2005, s.113. <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2004e.pdf>, (25.2.2015).

⁷ Esasında Arap Devletlerinde özgürlükleri kısıtlayan bu tür önlemlerin temeli sömürgecilik dönemine dayanmaktadır. Kitlesel halk direnişi ile karşılaşan işgalciler özgürlükleri kısıtlayan kanun ve uygulamalara başvurmuşlardır. Bu dönemde hem Fransa hem İngiltere sömürge karşıtlarını yargılamak amacıyla olağanüstü mahkemeler kurmuşlardır. Örneğin Mısır'da sıkıyönetim ilk kez İngiliz idaresi altında uygulanmıştır. 20. yüzyılın ortalarından itibaren Arap Devletlerindeki işgaller sona ermişse de işgal döneminde özgürlükleri kısıtlayan kimi

özellikle cezai yargılamalarda, bireylerin hukuki korunma haklarını ihlal eden, bağımsız olmayan yargı dışı yollar neden olmaktadır⁸. Bu tür yargı dışı yollar ile güvenlik servislerinin, mahkemeleri devre dışı bırakarak yargı yetkisine müdahale etmesi, Arap Devletlerinde devam edegelen ciddi bir sorundur. Yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma teminatından söz etmenin mümkün olmadığı bu olağanüstü yargı yollarının isimleri farklı olsa da, birçok Arap Devletinde olağanüstü yargı organlarına rastlamak mümkündür.

Yargıçların görevlerini icraları esnasında sahip oldukları bağımsızlıklarına değinecek olursak, Arap dünyasında mahkemeler, bazı yerlerde yüzyılı aşkın süredir, yoğun siyasi mücadeleye odaklanmış bulunmaktadır⁹. Bu siyasi mücadeleyi veremeyecek yargıçlar yürütme organı tarafından çeşitli yöntemlerle görevden uzaklaştırılmaktadır. Örneğin yargı bağımsızlığı konusunda Arap Devletleri arasında en ileri derecede gelişme gösteren Mısır'da 20 seçkin hâkim, 1955 tarih 165 No'lu Danıştay Kanunu ile mevcut Danıştay üyelerinin yeniden görevlendirilmesi gerekçesiyle görevden uzaklaştırıldılar. Sözü edilen kararda yer almayan diğer yargıçlar, yargıda daha önceki görevlerine benzer görevlere veya diğer kamu kurumlarına atandılar. Ama aslında bu hâkimlerin görevden atılma sebepleri sadece hükümet ile işbirliği yapmamaları, kişisel özgürlükleri ve kamu haklarını garanti altına alan kararlar vermiş olmalarıdır¹⁰. 2004 Arap İnsani Kalkınma Raporu, Arap dünyasında yargıya yönelik tehlikenin son dönemde artmakta olduğu, en iyi yargıçların şiddete ve kovuşturmayaya maruz kalmakta olduğu; hatta yargıçların duruşma salonlarında cinayete kurban gitmekte olduğunu belirtmektedir (Seyda Lübnan)¹¹.

Sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki, adil yargılanmanın ön şartı

hukuki yapılar ve uygulamalara yeni bağımsız Arap Devletlerinde de yer verilmiştir. United Nations Development Programme, **Arab Human Development Report**, New York, 2005, s.66, <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2004e.pdf>, (25.3.2015).

⁸ United Nations Development Programme, **Arab Human Development Report**, New York, 2009, s.61-62. <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2009e.pdf>, (25.2.2015).

⁹ Nathan J.Brown, **The Rule of Law in the Arap World, Courts in Egypt and Gulf**, New-york: Cambridge University Press,1997, s.6.

¹⁰ Mohamed Nour Ferhat ve Ali Sadek, Report on the State of the Judiciary in Egypt, Promoting the Rule of Law and Integrity in the Arab Countries” Project, s.33, http://www.arabrule-oflaw.org/files/pdf/judiciary/english/p2/egypt_finalreportp2s4_en.pdf, (5.3.2015).

¹¹ United Nations Development Programme, **Arab Human Development Report**, New York, 2005, s.91, <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2004e.pdf>, (25.2.2015).

olan bağımsız yargı ilkesinin varlığı ve niteliği hakkında Arap Devletlerinin yetersiz olduğu hem kendi ulusal mevzuatlarından ve yargısal pratiklerinden hem de uluslararası kuruluşlarca bu hususta hazırlanan raporlardan anlaşılabilir.

B. SURİYE DE YARGININ DURUMU

Suriye’de güvenlik ile ilgili faaliyette bulunan başlıca dört organ bulunmaktadır. Bunlar; Siyasi Güvenlik Müdürlüğü, Suriye Askeri İstihbaratı, Genel İstihbarat Dairesi ve Hava Kuvvetleri Güvenliği olup bunlar bağımsız olarak hareket etmektedirler. Bu dört organdan sadece Siyasi Güvenlik Müdürlüğü resmi olarak İçişleri Bakanlığı’nın sivil denetim altında bulunmaktadır¹². Yargı denetiminden bağımsız olarak faaliyette bulunan bu güvenlik birimleri, şüphelilere işkence ederek veya bunların aile üyelerini gözaltına almak suretiyle itiraflarda bulundurmaktadır. Suriye İnsan Hakları Komitesi, hükümetin yüzlerce muhbirine ‘‘hükümet karşıtı’’ faaliyetlere iştirak ettiklerinden şüphelendikleri akrabaları ve arkadaşları hakkında menfaat karşılığında veya zorla raporlar yazdırdığını bildirmektedir¹³.

Suriye’nin bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemine sahip olmaması nedeniyle yargı, güvenlik güçlerinin eylemlerini hukuka uydurmaya odaklanmış bulunmaktadır. Esasen Suriye’de iki yargı türü bulunmaktadır: bunlardan biri Suriye Anayasası’nın 131-148.¹⁴ maddeleri doğrultusunda yargı yetkisini kullananlar diğeri ise Anayasa hükümlerine aykırı olarak yargı yetkisi kullananlar¹⁵. Özellikle politik suçluları ve reform yanlısı aktivistleri yargılamada görev alan olağanüstü mahkemeler insan hakları, adalet, kanun önünde eşitlik ve adil yargılanma teminatı gibi hususlardan yoksun bulunmaktadır. Suriye’de 1968 tarihli Kararname, Yüksek Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin¹⁶ kurulmasını öngörmekteydi. Kararnamenin 1. maddesinin, a paragrafı, ‘‘ bu mahkemelerin askeri valinin emriyle görevlerini yerine

¹² Graeme R.Newman, **Crime and Punishment around the world (4 Volumes)**, California: ABC- CLİO, 2010, s.370.

¹³ Freedom House, Freedom in the world 2010:Syria, 2010, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2010#.VO32AvmsXwo>, (24.2.2015).

¹⁴ Suriye Arap Cumhuriyeti Anayasası için bkz. http://www.sana.sy/tr/?page_id=1489, (11.4.2015).

¹⁵ Michel Shammās, Restructuring Judicial System in Future Syria, London, 2012, s.7, <http://www.strescom.org/research/policy-papers/item/119-restructuring-judicial-system-in-future-syria.html>, (25.2.2015).

¹⁶ Yüksek Devlet Güvenlik Mahkemelerini ele alan yazı için bkz. Can Extraordinary Courts Ensure Justice Supreme State Security Court, Demascus Center For Human Rights Studies

getireceğini” öngörmekte, 7. madde ise Devlet Güvenlik Mahkemelerinin soruşturma ve yargılamanın hiçbir aşamasında usul mevzuatında öngörülen kurullarla sınırlandırılmadığı belirtilmiştir. Son zamanlarda bu mahkeme tarafından yargılananlar arasında yetkilileri eleştiren yazılar yayımlayan bloggerlar ve 2003 yılında sürgünden Suriye’ye dönen bir Müslüman Kardeşler üyesi bulunmaktadır¹⁷.

Her ne kadar bu mahkemeler 2011 tarihinde ilga edilmiş bulunmaktaysa da, 1968 yılında Hafız Esad döneminde bir Kanun Hükmünde Kararname ile Askeri Mahkemeler kurulmuş olup bu mahkemelerin bütün üyeleri orduya mensup kişilerden oluşmaktadır. Bu mahkemeler Hafız Esad döneminden beri faaliyette olup gözaltına alınan binlerce kişiye karşı idam cezasında kullanılmıştır. Aynı şekilde bu mahkemeler, genç Esad tarafından da şiddet içermeyen hareketlere katılanlar dâhil olmak üzere bir dizi muhalife karşı kullanılmaktadır. Suriye’deki yönetim son zamanlarda, askeri mahkemeleri hem sivil hem de askeri personele karşı yeniden sıklıkla kullanmaya başlamıştır. Bu mahkemelerdeki mutlak gizlilik nedeniyle gözaltına alınanların kaderi hakkında derin kaygılar yaşanmakta ve yargılananların akıbeti hüküm verilinceye kadar bilinmemektedir¹⁸.

Yukarıda zikrettiğimiz mahkemelere benzer bir mahkeme yakın bir tarihte yürürlüğe girdi. Devlet Başkanı Beşar Esad’ın, 2011 Nisan ayında ülkedeki olağanüstü hali kaldıran kararından sonra, 2 Temmuz’da 19 sayılı kanun ile Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe konuldu. 25 Temmuz’da, Cumhurbaşkanı bu yasayı uygulayacak olan Terörle Mücadele Mahkemelerinin kurulmasını öngören 22 Sayılı kanunu yürürlüğü koydu. Bu mahkemenin yetki alanı terörle ilgili suçlarda hem sivil hem de askeri personeli yargılamak olarak tespit edilmiştir. Söz konusu bu kanun, Terörle Mücadele Mahkemesinin üç hâkimden oluşacağını ve asker olan üyenin mahkemeye başkanlık edeceğini öngörmektedir. Aynı kanunun 3. maddesinde ise mahkeme savcısına terör bağlantılı olmayan suçlarda da bu mahkemeye başvurma noktasında takdir yetkisi tanımaktadır. 7. madde ise sanığa ‘savunma hakkı’ tanıdığını ama ‘bu mahkemelerin olağan yargılama usulüne bağlı olmadığını’ öngörmektedir. Örneğin bu mahkemelerde açık duruşma yapılması zorunlu değildir¹⁹.

¹⁷ Human Rights Watch, Far From Justice Syria’s Supreme State Security Court, 2009, s.2. <http://www.hrw.org/reports/2009/02/23/far-justice>, (25.2.2015).

¹⁸ Local Coordination Committees, Military Field Courts Crime Threaten the Lives of Our Prisoners, 2012, <http://www.lccsyria.org/8702>, (27.1.2015).

¹⁹ Human Rights Watch, Syria: Counterterrorism Court Used to Stifle Dissent, 2013, <http://www.hrw.org/news/2013/06/25/syria-counterterrorism-court-used-stifle-dissent>, (29.1.2015).

Olağanüstü Mahkemelerde yaşanan bu sıkıntıların yanında, olağan yargı alanında da yargıçların tarafsızlığını zedeleyen durumlara rastlanmaktadır. Şöyle ki; yargıçların çoğu yönetimi elinde tutan Baas partisine mensup olan bireyler arasından seçilmekte, özellikle askeri mahkemelerdeki yargıçlar Baas partisine mensup kişiler olmakta, hatta bazıları partide üst düzey görevlerde bulunmaktadır. Bu kişiler hem mahkemelerdeki görevlerini yapmakta hem de parti faaliyetlerine katılmaktadırlar²⁰. Tek başına bu husus dahi Suriye’de yargının siyasallaşmasının derecesini ve yargı bağımsızlığının realitesini gösterme bakımından yeterli bir örnek olarak gösterilmektedir.

C. İNTERPOL MEKANİZMALARININ MUHALİFLERE KARŞI BİR ARAÇ OLARAK KULLANMASININ HUKUKİLİĞİ SORUNU

1. İNTERPOL’ÜN TARİHİ

1904 yılında Avrupa devletlerinin yarısı tarafından St. Petersburg’da imzalanan anti-anarşist protokolü ve Roma konferansı, Avrupa içinde polis işbirliği ve bilgi alışverişine yönelik hareketler için bir çıkış noktası haline geldi. Bu iki anlaşma dünyadaki polis teşkilatları arasında sistematik resmi işbirliğini teşvik etmede son zamanlardaki ilk çabalardan birini temsil etmektedir²¹. İlk Uluslararası Kriminal Polis Kongresi, Monako’da düzenlendi. Bu kongrede 24 Devletten gelen polis memurları, avukatlar ve hâkimler tutuklama prosedürleri, kimlik tanıma teknikleri, merkezileştirilmiş uluslararası suç kaydı ve suçluların iadesi prosedürünü görüştüler. 1923 yılında Viyana polis idaresi başkanı, Dr. Johannes Schober’in, girişimiyle Viyana, Avusturya merkezli Uluslararası Kriminal Polis Komisyonu (ICPC) kuruldu.²² Uzun bir dönem başarılı çalışmalar yürüten Komisyon 1938 yılında Avusturya’nın Nazi Almanya’sı tarafından ilhakı ile Nazi Almanya’sının etkisine girmeye başladı. Nitekim Nazilerin, Komisyon Başkanı Michael Skubala’yı azletmelerinden sonra kontrolü tamamen ele aldılar ve bunun akabinde çoğu devlet katılımını durdurdu ve Uluslararası Kriminal Polis Komisyonu’nun etkin bir uluslararası örgüt olarak varlığı zayıflamaya başladı. 1942 yılında Komisyon Berlin’e taşındı²³.

²⁰ Michel Shammas. *Restructuring Judicial System in Future Syria*, London, 2012, s.7, <http://www.strescom.org/research/policy-papers/item/119-restructuring-judicial-system-in-future-syria.html>, (25.2.2015).

²¹ R.Bach Jensen. “The International Anti-Anarchist Conference of 1898 and the Origins of İNTERPOL”, *Journal of Contemporary History*, 1981, Vol. 16, No. 2, JSTOR Journals veritabanı, (24.3.2015).

²² History, <http://www.interpol.int/About-İNTERPOL/History>, (25.3.2015).

²³ History, <http://www.interpol.int/About-İNTERPOL/History>, (25.3.2015).

Belçika İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra örgütün yeniden inşasına öncülük etti. Yeni genel merkezi Paris'te kuruldu ve İNTERPOL örgütün telgraf adresi olarak seçildi. 1956'da modern Tüzüğü'nün kabul edilmesinin ardından 1971 yılında Birleşmiş Milletler tarafından hükümetler arası bir kuruluş olarak tanındı. 1989 yılında İNTERPOL²⁴ Genel Sekreterliği Lyon'a taşındı. Bugün itibariyle İNTERPOL'e üye 190 devlet bulunmaktadır.²⁵ 2002 tarihinde Arap²⁶ İçişleri Bakanları Konseyi Genel Sekreterliği ile İNTERPOL arasında Arap polis teşkilatlarıyla bilgi değişimini kolaylaştırma amacıyla anlaşma imzalanmıştır²⁷.

2. İNTERPOL'ÜN MİSYONU

Tarihi süreç içerisinde İNTERPOL'ün misyonunda ve faaliyet alanlarında gelişmeler ve değişimler yaşanmıştır. Esasında, İNTERPOL'ün temel misyonu polisler arasında suç önleme ve suçla mücadelede dünya çapında birlikte çalışma olanağı sağlamaktır. İNTERPOL suçla mücadelede ortaya çıkan zorlukları karşılayabilmek için polislere ileri teknolojiye sahip uluslararası bir altyapıyla ve güvenli iletişimle hayati önemde bilgilerin toplanması ve paylaşılmasını sağlamaktadır²⁸. Fransa Lyon'da bulunan Genel Sekreterlik günün 24 saati, yılın 365 günü çalışmaktadır²⁹. İNTERPOL Tüzüğü'nün 5. maddesinin 2. fıkrasına baktığımızda İNTERPOL'ün amaçlarından biri “adi suçların önlenmesi ile bastırılmasına katkıda bulunacak kurumlar oluşturmak ve bunları geliştirmektir” şeklinde belirtilmiştir. Bu amaçla İNTERPOL, çeşitli devletler arasında suçla ilgili kritik bilgilerin paylaşılmasını sağlamak amacıyla uluslararası bültenler yayınlamaktadır. Bunlar arasında Kırmızı Bülten ve Difüzyon sistemi önemli olduğundan bunlara kısaca değinecek olursak; Kırmızı Bülten: bir adli yargı organı veya uluslararası mahkeme

²⁴ İNTERPOL'ün uluslararası hukuktaki statüsüne ilişkin bkz. Interpol: Micheal Fooner, Issues in World Crime and International Justice, Newyork: Annotation Copyright Book News, 1989.

²⁵ İNTERPOL'e üye devletler için bkz. <http://www.interpol.int/en/Member-countries/World>, (25.3.2015).

²⁶ Arap Birliği'ne üye olan Cezayir, Bahreyn, Cibuti, Mısır, Suriye, Irak, Lübnan, Libya, Moritanya, Fas, Umman, Katar, Somali, Suudi Arabistan, Sudan, Suriye, Tunus, Birleşik Arap Emirlikleri, Yemen, Ürdün, Komor Adaları, Kuveyt aynı zamanda İNTERPOL'e de üyedirler.

²⁷ Mathiem Deflem, Global Rule of Law or Global Law of Law Enforcement?, Nilay Çabuk Kaya ve Aykan Erdemir (Ed.), **Social Dynamics of Global Terrorism and Prevention Policies** içinde (119-138), Amsterdam: IOS Press, 2008, s.123.

²⁸ Vision and Mission, <http://www.interpol.int/About-İNTERPOL/Vision-and-mission>, (25.3.2015).

²⁹ Overview, <http://www.interpol.int/About-İNTERPOL/Overview>, (25.3.2015).

tarafından aranmakta olan kişinin iade edilmek amacıyla yerinin tespit edilmesi ve tutuklanması amacıyla yayınlanmaktadır. Difüzyon: Bültenlere benzer şekilde, benzer amaçlarla yayınlanmakta ama bir üye devlet veya bir uluslararası kurum tarafından seçtikleri başka devletlere doğrudan gönderilmektedir. Genel Sekreterlik, Bültenleri ya kendi inisiyatifi ile ya da Milli Merkez Bürolar veya yetkilendirilmiş uluslararası kuruluşlar tarafından gelen talepler üzerine yayınlar³⁰.

İNTERPOL'ün uluslararası suçlarla mücadele için, Eğitim ve Kapasite Geliştirme Faaliyetleri, I-24/7: Güvenli Küresel Polis Ağı, Veritabanları,³¹ Komuta ve Koordinasyon Merkezi, Müdahale Ekipleri³² bulunmaktadır. İNTERPOL'ün yapısı ve organizasyonunu düzenleyen İNTERPOL Tüzüğü'nün 5. maddesine baktığımızda İNTERPOL, Genel Kurul, İcra Kurulu, Genel Sekreterlik, Milli Merkez Bürolar, Dosyaları Kontrol Komisyonu'ndan oluşmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz işbirliğini sağlamak için, her devletin Milli Merkez Bürosu olarak hizmet verecek bir kurul tayin etmesi gerekmektedir. Söz konusu bu kurul hem kendi ülkesindeki çeşitli birimler hem de diğer devletlerin Milli Merkez Büroları olarak faaliyet gösteren kurullar ve ayrıca İNTERPOL Genel Sekreterliği arasında iletişimi sağlamakla görevli bulunmaktadır³³. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, polis ve savcılar suçlulukla mücadelede etkili uluslararası işbirliği mekanizmalarına ihtiyaç duymaktalar. Bu noktada, elektronik ağları ile neredeyse dünyanın bütün devletlerini kapsayan en geniş uluslararası polis teşkilatı olarak, Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (İNTERPOL), polis ve savcılara ihtiyaç duydukları bu mekanizmaları sağlamaktadır³⁴.

İNTERPOL ve Uluslararası Kriminal Polis Komisyonundan önceki dönemlere baktığımızda, tarihsel veriler 1848 kargaşasından³⁵ sonra uluslararası

³⁰ Fact sheets, International Notices System, <http://www.interpol.int/en/News-and-media/Publications#n626>, (25.3.2015).

³¹ İNTERPOL'ün bazı veritabanları için bkz. Parmak İzi Veritabanı, DNA Veritabanı, Çalıntı ve Kayıp Seyahat Belgeleri Veritabanı, Çalıntı İdari Dokümanlar Veritabanı, Sahte Belgeler Veritabanı, Gerçek ve Sahte Belgelerin Karşılaştırılması Veritabanı, Çalıntı Mal Veritabanları, Ateşli Silahlar ve Tehlikeli Maddeler Veritabanları, Deniz Korsanlığı Veritabanı. <http://www.interpol.int/en/INTERPOL-expertise/Databases>, (25.3.2015).

³² Overview, <http://www.interpol.int/en/INTERPOL-expertise/Overview>, (25.3.2015).

³³ Legal-materials, <http://www.interpol.int/en/About-INTERPOL/Legal-materials>, (25.3.2015).

³⁴ Fair Trials International, **Strengthening respect for human rights, strengthening İNTERPOL**, London, 2013, s.6, <http://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Strengthening-respect-for-human-rights-strengthening-INTERPOL5.pdf>, (25.2.2015).

³⁵ 1848 Devrimleri, Avrupa Monarşilerine karşı bir dizi cumhuriyetçi isyanları, Sicilya'da başlayarak Fransa, Almanya, İtalya ve Avusturya İmparatorluğu'na yayılıyor. Tümü başarısızlık

polis çabalarının amacının öncelikle o dönemdeki otokratik rejimlerin siyasi muhaliflerinin kontrolünü sağlamakla ilgili olduğu görülmektedir³⁶. Ancak, Uluslararası Kriminal Polis Komisyonu ve İNTERPOL'ün esas misyonun politik karakterli olmayan suçlarla mücadelede, üye devletlere, yukarıda bahsettiğimiz teknik imkânları sağlamak olduğu kabul edilmektedir. İNTERPOL'ün politik suçlar konusundaki tutumu, onun misyonunu kendinden önceki polis işbirliği çabalarına nazaran daha fazla gerçekleştirmesine imkân sağlamıştır. Esasında bu başarısının sebebi basittir. Çünkü Uluslar, uluslararası bir düzeyde örgütlenmiş uzmanların ‘‘ adi suçlular’’ diye adlandırılan fiillere karşı mücadelede işbirliğini kabul edebilirler; ancak hiçbir bağımsız devlet uluslararası bir örgütün politik nedenli suçlara karışmasına tahammül edemez³⁷.

İNTERPOL Tüzüğü, siyasi, sosyal ve ekonomik konularda hiçbir ayırım yapmadan, suçlulukla mücadelede tüm polis teşkilatları arasında işbirliğini öngörmektedir. Bu nedenledir ki; İNTERPOL, demokrasileri, meşruti monarşileri, diktatörlükleri ve kapitalist, sosyalist ve melez felsefeler doğrultusunda yönetilen devletleri kapsamaktadır³⁸. İNTERPOL'ün sahip olduğu tanınırlık ve global erişimi dolayısıyla üyesi olan otoriter rejimler bu tanınırlığı ve erişimi kendi baskı rejimleri için suiistimal etmektedirler³⁹. Hâlihazırda, İNTERPOL Tüzüğü'nde, üye devletlerin üyeliklerine hangi durumlarda son verileceğine⁴⁰ ilişkin hükümlerin yer almaması hususu göz önüne alındığında, İNTERPOL'ün en olumsuz özelliğinin, dünyadaki tüm devletleri içermesi ve bu nedenle üyelik için anlamlı standartlarının olmamasıdır⁴¹.

ve bastırma ile sona erdi ve liberaller arasında yaygın hayal kırıklığı ile izlendi. <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/181144/Revolutions-of-1848>, (23.3.2015).

³⁶ Mathiem Deflem, **Policing World Society Historical Foundations of International Police Cooperation**, New York: Oxford, 2002, s. 51.

³⁷ Fenton Bresler, **İNTERPOL**, Mehmet Harmancı (Çev.), 1. Baskı, İstanbul: Milliyet Yayınları, 1993, s.53.

³⁸ Micheal Fooner, **Issues in World Crime and International Justice**, Newyork: Annotation Copyright Book News,1989, s.39.

³⁹ Theodore R. Bromund ve David B. Kopel, Necessary Reforms Can Keep Interpol Working in the U. S. Interest, 11 Aralık 2013, http://www.heritage.org/research/reports/2013/12/necessary-reforms-can-keep-interpol-working-in-the-us-interest#_ftnref184, (23.3.2015).

⁴⁰ Oy hakkının askıya alınmasına ilişkin bkz. Rules of Procedure of the General Assembly, Article 36: Suspension of voting rights, <http://www.interpol.int/Media/Files/Legal-material/Reference-Documents/Rules-concerning-the-organization-of-General-Assembly-sessions>, (23.3.2015).

⁴¹ Theodore R. Bromund ve David B. Kopel, Necessary Reforms Can Keep Interpol Working in the U. S. Interest, 11 Aralık 2013, <http://www.heritage.org/research/reports/2013/12/>

3. İNTERPOL TÜZÜĞÜ'NÜN 2. MADDESİ

İNTERPOL' ün 1956 Tüzüğü'nü yazarların, mülga Tüzüğü'nün 1. maddesinde yer alan hususları, 2. ve 3. maddede ayırmalarına rağmen İNTERPOL' ün faaliyet alanını belirten bu maddelerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁴². İNTERPOL Tüzüğü'nün 2. maddesi, Örgüt'ün 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ruhuna uygun olarak faaliyette bulunması gerektiğini vurgulamaktadır⁴³. Bu yönüyle İNTERPOL, herhangi bir yerde insan haklarına ilişkin belgelere bağlılık konusunda resmi bir duyuru yapan tek kolluk kuruluşu olarak görünmektedir⁴⁴.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesine göre; herkes, haklarının ve ödevlerinin ya da kendisine yöneltilen ve ceza niteliği taşıyan herhangi bir suçlamanın saptanmasında, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkemece, tam bir eşitlikle, adil ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir. Suriye'deki olağanüstü mahkemeler ve bu mahkemelerde uygulanan yargılama usulleri dikkate alındığında, söz konusu mahkemelerin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde aranan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme niteliklerine sahip olmadıkları belirtilmektedir.

Suriye güvenlik güçlerinin ve mahkemelerinin ağır insan hakları ihlallerinde buldukları birçok uluslararası insan hakları örgütü ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu raporlarına ve kararlarına yansımaktadır. Örneğin; devrim hadiselerinden sonra düzenlenen, BM'nin Uluslararası Bağımsız Suriye Arap Cumhuriyeti Soruşturma Komisyonu Raporunda, Suriye Silahlı Kuvvetlerinin, muhaliflere sadık olduklarından ve yardım ettiklerinden şüphelendikleri kişilere karşı, geniş ve denetlenemeyen gözaltı yetkilerinin bulunduğunu ve sivillerin sadece temel insan haklarını kullandıkları için gözaltına alınmalarının veya tutuklanmalarının tek başına keyfilik olduğunu belirtmiştir. Ayrıca sivillerin sadece dini ve coğrafi temeller gibi ayrımcı gerekçelere dayanılarak tutuklanmalarının uluslararası insancıl hukukun ihlali olduğunu belirtmektedir⁴⁵.

necessary-reforms-can-keep-interpol-working-in-the-us-interest#_ftnref184, (23.3.2015).

⁴² Yaron Gottlieb, "Article 3 of INTERPOL's Constitution: balancing international police cooperation with the

prohibition on engaging in political, military, religious or racial activities", *Florida Journal of International Law*, 2011, Vol. 23, No. 2, s.140, HeinOnline veritabanı, (24.3.2015).

⁴³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.172.

⁴⁴ Fooner, s.39.

⁴⁵ Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry

Son devrim hareketlerinden sonra Suriye'den kaçan, Suriye İNTERPOL'ü daire başkanı Albay Muhammed Mufeed Hamdani'in belirttiğine göre "2005 yılından ve Refik Al Hariri'nin suikastından sonra, Suriyeli bazı kişilerin hareketleri, telefon numaraları hakkında uluslararası istekler ve bazı soruşturma talepleri tarafımıza gelmeye başladı. O zaman Ulusal Güvenlik Ofisinden bize bir bildiri ulaştı ve bu bildiri de söz konusu uluslararası taleplere cevap vermememiz veya ilgili ihtisaslı güvenlik organlarına danışıldıktan sonra cevap vermemiz istendi. Bu şekilde, ilgili uluslararası talepler hakkında, güvenlik organlarından cevap metinleri bize geldikten sonra, hiçbir değişiklik yapmadan, bu metinleri uluslararası organlara gönderiyorduk. Şam'daki yargı dairesinde görevli yargıç Ahmed Esseyid, Ulusal Güvenlik Ofisi ve İstihbarat Dairesi ile doğrudan bağlantı içinde bulunmaktaydı. Benden, İNTERPOL Tüzüğü'ne uygunluğun sağlanması ve İNTERPOL mekanizmaları aracılığıyla tutuklama müzakerelerinin uluslararası alanda yayınlanması amacıyla cezai suçlamalar içeren uydurma yargı dosyaları hazırlanırken, söz konusu yargıca başvurmam istendi"⁴⁶. Suriye İNTERPOL Milli Bürosunda uzun süre görev almış bulunan bu şahsın ifadeleri, Suriye'de tarafsız ve bağımsız mahkemelerin varlığı noktasındaki şüpheleri arttırmaktadır. Dolayısıyla İNTERPOL'ün, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkemece, tam bir eşitlikle, adil ve açık olarak görülmesi imkânını sağlayamayacak devletlerle işbirliğini devam ettirmesi, Tüzüğü'nün ihlaline neden olacaktır.

Esasında İNTERPOL, faaliyetlerinin Tüzüğü'nde belirtilen ilkelere uygunluğunun sağlanması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ve uluslararası polis işbirliğinin korunması amacıyla 2008 yılında bağımsız bir izleme organı olan İNTERPOL Dosyaları Kontrol Komisyonu'nu kurmuştur. Bu komisyon bir dizi kurallar ve belgeler⁴⁷ doğrultusunda çalışmasını yürütmektedir⁴⁸. Komisyon, danışmanlık gibi görevlerinin yanında, esasen, İNTERPOL mekanizmalarına muhatap olmuş kişilerin şikâyetlerini incelemek

on the Syrian Arab Republic,2013,s.13,<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/156/20/PDF/G1315620.pdf?OpenElement>, (25.2.2015).

⁴⁶ Faisal Al-Kassim (Producer), *El İtijah El Moakes* (Television Broadcast), Doha, Aljazeera, (30.12.2014).

⁴⁷ Bkz.

- 1- INTERPOL Constitution
- 2- Rules on the Processing of Data
- 3- Rule on the Control of Information and Access to Interpol's files
- 4- Commission's Operating Rules

⁴⁸ Structure and Governance, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Structure-and-governance/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL's-Files>, (25.3.2015).

ve İNTERPOL imkânlarının ilgili kurallara uygun olarak kullanıldığını denetlemekle görevlendirilmiştir⁴⁹. İNTERPOL veritabanlarında ya da bültenlerinde, İNTERPOL kurallarına aykırı olarak muhatap olmuş kişilerin durumlarının gözden geçirilmesi ve böylece insan haklarına riayetin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak İNTERPOL'ün bu konudaki çabaları birçok farklı nedenden dolayı arzulan başarıyı sağlayamamıştır. Bunlardan biri de, aşağıda yer vereceğimiz gibi, İNTERPOL'ün yetki alanının sınırlarını çizen Tüzüğü'nün 3. maddesinin çok dar şekilde yorumlanmasıdır. Zira bu durum, İNTERPOL mekanizmalarının, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ruhuna aykırı olarak kullanılmasına neden olmaktadır.

4. İNTERPOL TÜZÜĞÜ'NÜN 3. MADDESİ

“Nazi Diktatörlüğü zamanında İNTERPOL'ün politik amaçlarla kötüye kullanılması nedeniyle örgütün politikadan arındırılmasına çalışılmış ve yalnızca “gündelik suçlulukla” mücadele ve bunun önlenmesi bakımından işbirliğine hizmet eden bir uluslararası örgüt olarak oluşturulmuştur⁵⁰.” İNTERPOL Tüzüğü'nün 3. maddesi İNTERPOL'ün tarafsızlığının sağlanması ve politik amaçlarla kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla Örgütün kesin bir şekilde siyasi, askeri, dini, ırki karakterdeki konulara ilişkin herhangi bir faaliyet ve müdahalede bulunmasını yasaklamıştır⁵¹. Bu ilke, ilk olarak, 1948 yılında, İNTERPOL amaçlarını belirten Örgüt Statüsünün 1. maddesinin sonuna “ siyasal, dinsel veya ırksal karakterli her türlü hususun katı şekilde dışlanması” ibaresinin eklenmesi ile getirildi. 1956 yılında İNTERPOL'ün modern Tüzüğü'nün kabulünden sonra, 1. madde de belirtilen bu hususlar, aynı zamanda askeri nitelikteki faaliyetleri de içerecek şekilde 3. maddede⁵² yer almıştır⁵³.

İNTERPOL Tüzüğü'nün 2. maddesinde, açıkça, Örgütün fonksiyonunun “adi suçlulukla” mücadelede uluslararası bir merkez olma görevi üstlenmek

⁴⁹ Cheah Wui Ling, “POLICING INTERPOL: The Commission for the Control of Interpol's Files and the Right to a Remedy”, *International Organizations Law Review (IRIL)*, 2010, Vol. 7. No. 2, s.5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207739, (25.3.2015),

⁵⁰ Satish Sule, *Europol und europaischer Datenschutz*, 1992, s.16 Aktaran: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.166.

⁵¹ İNTERPOL Tüzüğü m.3

⁵² İNTERPOL Tüzüğü'nün 3. maddesinin İngilizce, Fransızca ve İspanyolca versiyonlarının incelemesi için bkz. Yaron Gottlieb, s.143-145.

⁵³ Neutrality Article 3 of the Constitution, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>, (25.3.2015).

olduğu belirtmektedir. Ancak sözü geçen ‘’adi suçluluk’’ kavramının anlamı açık olarak belirtilmemiştir. Bu noktada, İNTERPOL Tüzüğü’nün 3. maddesi ‘’adi suçluluk’’ kavramının kapsamının ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Şöyle ki; 3. madde kapsamında değerlendirilmeyen hususlar, ‘’adi suçluluk’’ kapsamı içinde değerlendirilmektedir. İki madde arasındaki bu ilişki nedeniyle İNTERPOL’un yetki alanının belirlenmesi Tüzüğü’nün 2. maddesinin yorumlanması ile değil, 3. maddesinin yorumlanmasında yaşanan gelişimlerle ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Bu nedenle İNTERPOL Tüzüğü’nün 3. maddesinin yorumlanması ve kapsamının ortaya konulması oldukça önem taşımaktadır.

Andlaşma hükümlerinin belli somut olaylar bakımından tam anlamını ortaya çıkarmak gerektiğinde, andlaşmaların yorumu gündeme gelir⁵⁵. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31-33. maddeleri, uluslararası andlaşmaların hangi kurallar çevresinde yorumlanacağını belirtmektedir. Söz konusu bu sözleşmenin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre bir andlaşma, andlaşmanın bütünü içinde, hükümlerine konu ve amacının ışığında verilecek alelaide manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. Aynı maddenin 3. fıkrasında, taraflar arasında, andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak, daha sonraki herhangi bir anlaşmanın dikkate alınacağını belirtmektedir. İNTERPOL Genel Kurulu, bir dizi kararında, 3. maddenin yorumlanması sorununu ele almıştır. Genel Kurul kararları, İNTERPOL’e üye olan devletlerin delegelerinin oyları ile kabul edilen kararlardır. Bu nedenle Genel Kurulda alınan kararlar, Viyana Sözleşmesine göre, 3. maddenin yorumlanması ve uygulanması açısından, sonraki andlaşmalar olarak görülmelidir⁵⁶.

Genel Kurul, ilk olarak, 1951 yılında, 3. madde ile bağlantılı olarak, üye devletlerden politik, ırksal ya da dini karakteri ağır basan vakıalarla ilgili olarak bilgi ve bülten yayınlanmasını istememelerini talep etmiştir⁵⁷. 3. maddenin yorumlanmasına ilişkin 1984 tarihli ‘’ Tüzüğün 3. maddesinin Uygulanması’’ Genel Kurul Kararı’nda; siyasi, askeri, dini ya da ırksal durumlara ilişkin kesin bir tanımının verilmesinin mümkün olmadığı ve her bir olayda, olayın özel durum ve koşulları dikkate alınarak ayrı ayrı inceleneceği⁵⁸ belirtilmiştir. Genel Kurul, söz konusu bu kararda; ‘’çeşitli ulusal ceza kanunlarında suç

⁵⁴ Yaron Gottlieb, s.145.

⁵⁵ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 8. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s.69.

⁵⁶ Yaron Gottlieb, s.146.

⁵⁷ INTERPOL Resolution No AGN/20/RES/11

⁵⁸ INTERPOL Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of the Constitution

olduğu belirtilen bazı eylemlerin doğaları gereği siyasi, askeri, dini ya da ırksal olduğunu belirtmiş ve örnek olarak yasaklanmış bir örgüte üyelik⁵⁹, bazı yasaklanmış görüşlerin ifade edilmesi, basın ile ilgili suçlar, yetkililere hakaret, devletin iç veya dış güvenliğine karşı suçlar, askeri kuvvetlerden firar, vatana ihanet, casusluk, yasaklı bir dini uygulamak, ırkçı bir derneğe üyeliği⁶⁰ saymıştır. Bu tür eylemlerin 3. maddenin kapsamında olduğu belirtilmiş, yani İNTERPOL mekanizmalarının bu tür eylemlere ilişkin olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Genel Kurul Kararında; ‘aynı zamanda politikacıların siyasi faaliyetleri ile bağlantılı olarak işledikleri eylemleri, hatta söz konusu kişiler iktidardan düştükten sonra ve bazı durumlarda yurt dışına kaçtıktan⁶¹ sonra kovuşturulsalar bile, 3. maddenin kapsamındadır. Durum, bir birey olarak hareket eden bir politikacı tarafından işlenen bir suç söz konusu olduğunda farklıdır. Kişiler tarafından kesin siyasi saiklerle suçlar işlendiğinde ama işlenen suçların bunu yapanların devletlerinin siyasi yaşamı veya uğruna savaştıkları amaç ile doğrudan bağlantısı yoksa, bundan böyle suçun 3. madde kapsamına girdiği varsayılmaz. Bu, özellikle, suçların doğrudan ilgili olmayan bir devlette işlenmesinde (örneğin ‘‘çatışma alanı’’ dışındaki) veya suçların, kişisel özgürlük, yaşam veya mülkiyet için ciddi bir tehdit oluşturduğu zaman geçerlidir⁶².’’ Sözünu ettiğimiz Genel Kurul kararında, kişilerin bir olaya dikkat çekme amacıyla çatışma bölgeleri dışında işledikleri suçların, örneğin; uçak kaçırma, rehin alma, adam kaçırma gibi eylemlerin de

⁵⁹ İNTERPOL, Arap dünyası başta olmak üzere bütün İslam dünyasında tanınan Yusuf El Kardavi hakkında kasıtlı cinayet işlemek için anlaşma, teşvik ve yardım, kundakçılık, mahkûmların kaçmalarına yardım, vandalizm ve hırsızlık suçlamalarıyla kırmızı bülten yayınlanmıştır. <http://www.interpol.int/notice/search/wanted/2014-58772>, (24.3.2015). Yusuf el Karadavi (d. 1926) Mısır doğumlu Sünni âlim Kahire’deki El-Ezher Üniversitesinden mezun oldu ve Müslüman Kardeşler’e (İhvan el-Jamiyat el-Müslimin) bağlı tanınmış bir İslamcı ideologdur. Katar vatandaşı olup 21. yüzyılın başlarında Doha Katar Üniversitesi Şeriat ve Sünnet Merkezi’nin direktörü olarak hizmet vermiştir. Ayrıca El-Ezher İslami Araştırmalar Konseyi üyesi ve Uluslararası Müslüman Âlimler Birliği’nin kurucusu ve başkanıdır. El Karadavi üretken bir yazar ve yetenekli bir şairdir, aynı zamanda popüler bir medya kişiliğidir, El Cezire uydu ağı üzerinde kendi televizyon programı, Al-Şeriat vel-Hayat programına el sahipliği yapmaktadır. <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195390155/obo-9780195390155-0098.xml>. (25.3.2015)

⁶⁰ INTERPOL Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of the Constitution

⁶¹ 8.5.2012 tarihinde İNTERPOL internet sayfasında yapılan basın açıklamasında; Iraklı yetkililerin talebi üzerine, ülkedeki terör faaliyetlerine rehberlik ve finanse ettiği şüphesiyle Irak’ın Başkan yardımcısı Tarık El Haşimi hakkında kırmızı bülten yayınlandığı bildirilmiştir. <http://www.interpol.int/en/News-and-media/News/2012/PR039/>, (24.3.2015).

⁶² Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of the Constitution

3. madde kapsamında değerlendirilmeyeceği ve üye devletlerin İNTERPOL'ün mekanizmalarını çalıştırabilecekleri belirtilmiştir⁶³.

İNTERPOL Genel Kurulunun yukarıda zikrettiğimiz kararlarında, 3. madde ile ilgili argümanlar taşıyan üye devlet taleplerine, her vaka için ayrı ayrı ve farklı unsurların değerlendirmeye alınarak cevap verileceği belirtilmektedir. Değerlendirilecek unsurlardan biri; olayda adi suç niteliğinin siyasi, askeri, dini ve ırksal unsurlardan baskın olması hususunun araştırılmasıdır. Başka bir ifade ile 1951 tarihli Genel Kurulda kabul edilen "Predominance Test" in uygulanmasıdır. Bu testte vakıanın adi suç yönü ve 3. madde bakımından, örneğin politik unsur bakımından, değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu değerlendirmede, suçun niteliği, yani suçlamalar ve altında yatan gerçekler, suçlamaya konu olmuş kişinin statüsü, bilgi kaynağının kimliği, uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlükler, Örgütün tarafsızlığı üzerindeki etkileri ve ayrıca davanın genel içeriği ile birlikte ilgili bütün bilgiler değerlendirilmektedir⁶⁴. Bu değerlendirme sonucunda Genel Sekreterlik, eğer üye devlet tarafından iletilen talebin 3. madde kapsamında kalmadığı ve politik yönü olmakla beraber esasen adi suç niteliğinde olduğuna kanaat getirirse, ilgili üye devlet ile işbirliği içine girmektedir. Buna karşılık, vaka, kısmi olarak adi suç niteliği gösterse bile, politik, askeri, dini ve ırksal karakteri ağır basıyorsa, 3. madde kapsamında değerlendirilir ve işbirliği reddedilir.

Yukarıda ele aldığımız İNTERPOL Genel Kurul kararlarında bahsi geçen "Predominance Test" ve diğer tüm hususlar siyasi, askeri, dini, ırki konulara ilişkin tüm taleplerin incelenmesinde dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, örneğin dini karakteri ağır basan bir vakiaya ilişkin talepte, İNTERPOL Tüzüğü ve diğer kuralları, İNTERPOL mekanizmalarının kullanılmasını önlemektedir. Nitekim İNTERPOL, Mısır'ın, İslam karşıtı video hazırladıklarını ileri sürdüğü Amerika Birleşik Devletleri merkezli Mısırlı Kipti Hıristiyan bir grup kişinin tutuklanması amacıyla İNTERPOL mekanizmalarını kullanacağı yönündeki haberler üzerine yayınladığı basın bildirisinde, Mısır tarafından böyle bir talep gelmesi halinde, 3. maddenin ihlalinin gündeme gelebileceğini belirtmiştir⁶⁵.

3. maddede, İNTERPOL'ün, kesinlikle siyasi, askeri, dini, ırki konulara karışmama ilkesini benimsediğini belirtmiştik. 3. maddeyi kaleme alanların

⁶³ Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of the Constitution

⁶⁴ FAQ's, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Structure-and-governance/CCF/FAQs>, (25.3.2015).

⁶⁵ <http://www.interpol.int/News-and-media/News/2012/N20120918quinque>, (25.3.2015).

siyasi unsura, maddede geçen diğer dört unsurdan önce yer vermesi rastlantı değildir. Esasında bu husus, İNTERPOL faaliyetlerinde en önde gelen unsurlardan biri olmuş olup, İNTERPOL'ün tarafsızlığını korumada önemli bir etkiye ve başlıca bir role sahiptir⁶⁶. Özellikle 1950 yılında Çekoslovakyalı muhaliflerle⁶⁷ ilgili olarak ABD ile İNTERPOL arasında çıkan uyuşmazlık sonrasında, ABD'nin İNTERPOL üyeliğinden ayrılmasına neden olaydan bugüne kadar 3. madde ile ilgili olarak yapılan tartışmalar maddede geçmekte olan "siyasi" unsur ile ilgili olmuştur. Bu nedendir ki; 3. maddenin ele alındığı çalışmalarda ve İNTERPOL Genel Kurul kararlarında genellikle politik unsur üzerinde durulmaktadır.

İNTERPOL'ün Tüzüğü'nün 3. maddesinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin bahse değer bir değişiklik İNTERPOL'ün 1994 tarihinde Roma'da yapılan Genel Kurulunda alınan kararla olmuştur. Söz konusu bu karar "Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991'den beri İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlalinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması için Uluslararası Mahkemenin Kurulmasının Sonuçları" başlıklı rapor dikkate alınarak kabul edilmiştir. Bu kararda uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlali bağlamında 3. maddenin uygulanabilirliği tartışılmış ve Uluslararası İnsancıl Hukukun ciddi ihlalleri durumunda 3. maddenin yorumlanması ve uygulanmasında, bu hususların işbirliği imkânını sağlayacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁸. Bu Genel Kurul kararıyla birlikte İNTERPOL Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan mahkemelerle işbirliği yapmış ve ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi ile de işbirliği andlaşması imzalanmıştır.

3. madde, İNTERPOL'ün tüm faaliyetlerinde ve bilhassa Örgütün bizzat kendisinin işlemlerinin yanı sıra, üye devletler arasında doğrudan gönderilebilen mesajların denetlenmesi bakımından da uygulanır⁶⁹. Nitekim

⁶⁶ Yaron Gottlieb, s.153.

⁶⁷ 1950 yılında bir grup Çekoslovakyalı muhalif uçak kaçırılmış ve başka bir devletten siyasi iltica talebinde bulunmuşlardı. Çekoslovakya'nın bu kişiler hakkından işbirliği teklifi İNTERPOL tarafından kabul edilmiş ve bu kişiler hakkında bülten yayınlanmıştı. Ancak Amerika Birleşik Devletleri temsilcisi, iddia edilen uçak kaçırma eyleminin tamamen politik olduğu ve bu konuda Örgüt tarafından alınacak herhangi bir eylemin 3. maddenin ihlali anlamına geleceğini belirtmişti. Amerika Birleşik Devletleri, İNTERPOL'ün Çekoslovakya ile işbirliği yapmasını protesto etmek amacıyla İNTERPOL üyeliğinden çekilmişti. Mary Jo Grotenroth, "International Co-operation", **Legal Responses to International Terrorism: U.S. Procedural Aspects** içinde (s.376-380), M. Cherif Bassiouni (Ed.), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988. s.377.

⁶⁸ Neutrality (Article 3 of the Constitution), <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>, (25.3.2015).

⁶⁹ Neutrality (Article 3 of the Constitution), <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>, (25.3.2015).

İTERPOL'ün, Amerika Birleşik Devletleri merkezli çeşitli sivil toplum kuruluşları ile bağlantılı olan 15 kişi ile ilgili Mısır Arap Cumhuriyeti'nin Kırmızı Bülten yayınlanmasına ilişkin talebini Tüzüğü'nün 3. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle reddettiği gibi, Mısır Milli Merkez Bürosunca difüzyon yöntemiyle diğer devletlere bu kişilerle ilgili gönderilen hiçbir bilginin İTERPOL veri tabanlarında muhafaza edilmeyeceğini de belirtmiştir⁷⁰.

1984 tarihli "Tüzüğün 3. maddesinin Uygulaması" Genel Kurul Kararı'nda "yasaklanmış bir örgüte üyelik" ifadesi dolayısıyla Genel Sekreterlik tarafından 2003 yılına kadar, bir terör örgütüne üye olmak dâhil olmak üzere, sadece yasaklanmış bir örgüte üyelik dolayısıyla, üye devletlerden gelen Kırmızı Bülten talepleri, bu hususun, doğası gereği politik olması nedeniyle reddedilmiştir⁷¹. Söz konusu bu tarihe kadar, İTERPOL mekanizmaları üzerinden gönderilen bütün bilgilerin, kişilerin terörist faaliyetlere katılmış olması hususu ile ilgili olması zorunluluğu aranmıştır. Ancak 2003 yılından sonra, bir terör örgütüne üyelik konusunda güçlü delillerin bulunması halinde, Kırmızı Bülten yayınlanabileceğini belirtmiştir. Bu konudaki değişikliğin sebebi olarak terörist bir örgüte üye olmanın tek başına suç teşkil etmesi olduğu belirtilmiştir⁷².

5. İTERPOL'ÜN TERÖRİZM KONUSUNDA TUTUMU

Terör kelimesinin, bugünkü anlamıyla, ilk defa Fransız Devrimi'nden sonra kullanıldığına herkes hemfikirdir⁷³. Ancak bu tarihten itibaren terörizm⁷⁴ kavramına devletlerin yaklaşımı farklı olmuştur. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gelişmiş ülkeler devlet dışı teröre odaklanmış iken, gelişmekte olan ve Sosyalist devletler, emperyalist güçlerin "devlet terörüne" vurgu yaptılar ve sömürgeciliğe karşı başvurulan şiddetin terörizm kapsamında bulunmadığını ileri sürdüler⁷⁵. Birinci anlayışa göre failler, bireylerdir. Mağdur, daha doğrusu hedef, devlet ve onun düzenidir. Batı

⁷⁰ Interpol's rules prohibit publication of Red Notices requested by Egypt for NGO workers, 2012, <http://www.interpol.int/News-and-media/News/2012/PR034>, (25.3.2015)

⁷¹ Yaron Gottlieb, s.151.

⁷² Mathieu Deflem, **The Policing of Terrorism: Organizational and Global Perspectives**, New York: York: Roudledge, 2010.

⁷³ Atilla Yayla, Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1990, 45, 2, s.335-385. <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/45/1/atillayayla.pdf>, (26.2.2015).

⁷⁴ Terörizmin etimolojisi ve tarihçesi için bkz. Öktem A. Emre, **TERÖRİZM İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Baskı, İstanbul: Derin Yayınları, 2011,s.12-24.

⁷⁵ Ben Saul, **Defining Terrorism in International Law**, Newyork: Oxford University Press, 2006, s.2.

merkezli tanımın aksine Doğu Bloğu devletlerine göre fail, otoriter bir devlet, mağdurlar ise bireylerdir. Bu iki tanımın arkasında, adı konmamış ve ustaca idealize edilmiş bir senaryo yer almaktadır⁷⁶. Nitekim devletlerarasındaki bu siyasi farklılıklar nedeniyle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 1985 yılına kadar terörizmi kınayan bir kararı kabul edememiştir⁷⁷. Söz konusu bu durum, İNTERPOL bakımından da geçerli olmuştur. İNTERPOL, üye devletlerin terörle ilgili işbirliği taleplerini, faillerin politik motivasyonları ile ‘‘terörist’’ ve ‘‘özgürlük savaşçısı’’ arasında açık ve evrensel olarak kabul edilebilir bir tanımın yokluğu nedeniyle reddetmiştir⁷⁸.

Esasında yukarıda da değindiğimiz üzere, İNTERPOL tarihi boyunca siyasi suçlarla ilgili olarak ‘‘mutlak karışmama’’ ilkesini benimsemiştir. En tartışmalı husus, birçoğu Nürnberg’de giyaben mahkûm olmuş Nazi savaş suçlularının yerinin tespitinde yardımcı olmayı reddetmesi olmuştur. Öte yandan, İNTERPOL’un, Başkan Fulgencio Batista rejim liderleri hakkında komünist Küba’yla işbirliğini reddetmesi batılı uluslar ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından takdirle karşılanmıştır⁷⁹. Kara Eylül olarak bilinen 1972 Münih Olimpiyatlarında, 11 İsraili atletin ve bir Alman polislin öldürülmesiyle ilgili olayda da İNTERPOL Genel Sekreterliği Tüzüğü’nün 3. maddesinin politik suçlulukla mücadeleyi yasaklaması nedeniyle işbirliği taleplerini reddetmiştir⁸⁰.

Ulusal ve uluslararası terörün şiddetini artırması ve buna bağlı olarak devletlerin tehdit algılamalarında terörün ilk sıralara yerleşmesinden dolayı İNTERPOL, terörizm⁸¹ konusundaki katı tutumunda değişikliğe gitmiştir.

⁷⁶ A. Emre Öktem, **TERÖRİZM İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Baskı, İstanbul: Derin Yayınları, 2011, s.30.

⁷⁷ Steven Best, Anthony J. Nocella, **Terrorists or Freedom Fighters?: Reflections on the Liberation of Animals**, New York: Lantern Books, 2004, s.362-380

⁷⁸ Yaron Gottlieb, s.148.

⁷⁹ Mark Jones ve Peter Johnstone, **History of Criminal Justice**, 5. Baskı, Waltham MA: Anderson Publishing, 2012, s.370.

⁸⁰ Ben Bowling- James Sheptycki, **Global Policing**, London: SEGA Publications, 2012, s.36

⁸¹ İNTERPOL Genel Kurul tarafından kabul edilen terörizm ile ilgili kararlar için bkz.

- 1- AG-2009-RES-15 Draft Arrangement on Co-operation between the International Criminal Police Organization-INTERPOL and the United Nations in relation to the United Nations Security Council Sanctions Committees supplementary arrangement to the Co-operation Agreement between the International Criminal Police Organization INTERPOL and the United Nations
- 2- AG-2008-RES-06 Increasing the sharing of information in terrorist-related matters, using the available INTERPOL tools and the Fusion Contact Officers network.
- 3- AG-2006-RES-09 Home-grown terrorists – al-Qaeda linked / al-Qaeda inspired

1983 yılındaki Genel Kurulda kabul edilen ‘‘Terörizm’’ adlı kararında; birçok devletteki insanların, terörizm kisvesi altında, organize suç örgütleri tarafından işlenen suçlara maruz kaldığı ve Örgütün bu soruna kayıtsız kalamayacağını belirtilmiştir. Genel Kurul, 3. maddenin göz önüne bulundurulmasıyla, Örgütün Yönetim Kurulundan bu tür suçlarla mücadelede Örgütün konumunun belirlenmesi için çalışma yürütülmesini ve 53. Genel Kurulunda kendisine bir rapor sunulmasını talep etmiştir. Aynı şekilde Örgüt Genel Sekreterliğinden de 1984 yılında bu tür suçların tartışıldığı bir sempozyum düzenlemesini talep etmiştir⁸². Bu çalışmaların nihayetinde, İTERPOL Genel Kurulu 1984 yılında, üyesi olan devletlerin terörizm ile mücadele konusunda işbirliği yapmalarına imkân sağlayan ‘‘Terörizm Olarak Kast Edilen Şiddet Suçları’’ kararını kabul etmiştir⁸³. Söz konusu bu kararda; organize suç örgütlerinin politik amaçlarını ulaşmak gayesiyle pek çok devlette korku ve terör yaydığını bu örgütlerin bu tür faaliyetlerini genellikle ‘‘terörizm’’ terimi ile sakladığını belirtmiştir. İTERPOL, üye devletlerin Milli Merkez Bürolarından, politik suçlara ilişkin düzenleme getiren Tüzüğü’nün 3. maddesi hükümlerine saygı göstererek, mümkün olan en üst derecede işbirliği yapmalarını istemiştir⁸⁴. İTERPOL, terörizmin, doğası gereği politik motivasyonla işlenen bir suç olması realitesine rağmen, suçluların iadesine ilişkin uluslararası uygulamalarda terörizmin artık politik bir suç olarak kabul edilmemesi

terrorism

- 4- AG-2005-RES-10 Addressing Internet activities supporting terrorism
- 5- AG-2001-RES-05 Terrorist attack of 11 September 2001
- 6- Resolution No AGN/68/RES/2 The Financing of Terrorism
- 7- Resolution No AGN/67/RES/12: Cairo Declaration Against Terrorism (Cairo, 1998)
- 8- Resolution No AGN/64/RES/8 Monitoring of resolutions
- 9- Resolution No AGN/55/RES/3 Co-operation in terrorist cases; Guide for NCBs and specialized services
- 10- Resolution No AGN/55/RES/3 Co-operation in terrorist cases; Guide for NCBs and specialized services
- 11- Resolution No AGN/54/RES/1 International Terrorism and Unlawful interference with civil aviation
- 12- Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of the Constitution
- 13- Resolution No AGN/53/RES/6 Violent Crime Commonly Referred to as Terrorism
- 14- Resolution No AGN/52/RES/9 Terrorism
- 15- Resolution No AGN/50/RES/2 Tagging of Explosives
- 16- Resolution No AGN/48/RES/8 Acts of Violence Committed by Organised Groups
- 17- Resolution No AGN/41/RES/7 Hostages and Blackmail

⁸² Resolution No AGN/52/RES/9 Terrorism

⁸³ Mathieu Deflem, ‘‘International Police Cooperation Against Terrorism: Interpol and Europol in Comparison’’ **Understanding and Responding to Terrorism** içinde (17-25), H. Durmaz, B. Sevinc, A.S. Yayla ve S. Ekici (Ed.). Amsterdam: IOS Press, 2007.

⁸⁴ Resolution No AGN/53/RES/6 Violent Crime Commonly Referred to as Terrorism

hususundaki değişimle uyumlu olarak kendisinin de artık terörizmi 3. madde kapsamında değerlendirmedini belirtmiştir⁸⁵.

1984 yılındaki karardan sonra, Genel Kurul, İNTERPOL'ün terörizm konusundaki çabalarını artırmak amacıyla yeni kararlar almayı sürdürmüştür. Nitekim 1985 yılında Washington'daki Genel Kurulda, üye devletlerin Milli Merkez Büroları arasında uluslararası terörle mücadelede koordinasyonu sağlamak ve işbirliğini geliştirmek amacıyla "Kamu Güvenliği ve Terörizm Alt Müdürlüğü" oluşturulması kararı alınmıştır. Bu kararla, terörizmin, politik suçlara müdahaleyi yasaklayan 3. madde kapsamında kaldığına ilişkin tartışmalar sona ermiştir⁸⁶. İlerleyen zaman içinde dünyada terör olaylarının artmasına paralel olarak İNTERPOL de terörizm konusundaki polis işbirliği çabalarını artırmıştır. Nitekim 1998 yılında Kahire'deki Genel Kurul toplantısında, terör şüphelilerinin tespiti için bültenler ve farklı veritabanları oluşturulmuştur. Bunlara ek olarak, 2005 yılında üye devletlerin El Kaide ve Taliban üyelerinin mal varlıklarının dondurulması ve seyahatlerinin yasaklanmasında uyarılması amacıyla İNTERPOL-Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Özel Bildirimi oluşturulmuştur⁸⁷.

Arap dünyasındaki son devrim hadiselerinin barışçıl gösterilerden şiddet hadiselerine evrilmesi ve özellikle Libya, Irak ve Suriye gibi devletlerde, devlet dışı silahlı aktörlerin ve Avrupa devletlerinden gelen savaşçıların buralardaki iç savaşa müdahil olmaları, bu devletlerdeki durumu uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder duruma getirmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 2014 yılı 2718 sayılı kararında, İNTERPOL'ün yabancı savaşçılarla ilgili çabaları takdir edilmiş ve yabancı terörist savaşçılarla ilgili mücadelede çabalarına dikkat çekilmiştir⁸⁸. Çatışma bölgelerine giden Avrupalı savaşçıların sayısındaki artışla birlikte İNTERPOL'ün bu alanda çalışmalarını yoğunlaştırmasını ve dolayısıyla bu bölgedeki rejimlerle daha fazla işbirliği içine girmesine neden olmuştur. Ancak çatışma bölgelerinde varlık savaşı veren bu rejimler, kimi zaman İNTERPOL mekanizmalarını şiddete bulaşmamış politik muhaliflerine karşı terörizm bahanesiyle kullanabilmektedir ki, bu durum İNTERPOL Tüzüğü'nün açık ihlali anlamına gelmektedir.

⁸⁵ Neutrality (Article 3 of the Constitution), <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>, (25.3.2015).

⁸⁶ Bowling/ Sheptycki, s.38.

⁸⁷ Neutrality (Article 3 of the Constitution), <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>, (25.3.2015).

⁸⁸ United Nations Security Council, Resolution 2178 (2014).

Diğer yandan İNTERPOL Tüzüğü'nün 3. maddesinin yorumlanmasına ilişkin 1984 tarihli kararda, çatışma bölgeleri dışında masum sivillere karşı politik amaçlarla suç işlenmesi durumunda bunun 3. madde kapsamına girmediği belirtilmiştir. Ancak çatışma bölgelerinde, örneğin özellikle iç savaşların yaşanmakta olduğu Suriye, Mısır, Irak ve Libya gibi Arap Devletlerinde, tarafların farklı ideolojik, mezhepsel ve politik görüş ayrılıklarından kaynaklanan ve sadece bu devlet sınırları içerisinde kalan şiddet eylemleri dolayısıyla İNTERPOL'ün mekanizmalarını bir taraf lehine kullandırması, sözü geçen kararına ters düşmekte ve Tüzüğü'nün 3. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir. Zira bu gibi silahlı uyuşmazlık ve askeri operasyon durumları muhtemelen 3. madde kapsamında kalacaktır⁸⁹. İNTERPOL'ün bu tür durumlarda çatışma halinde bulunan taraflardan biri lehine hareket etmesi,⁹⁰ “ İNTERPOL'ün Bağımsızlığının ve Politik Tarafsızlığını Teyidine İlişkin Bildiride” belirtilen hususlara da aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca İNTERPOL'ün politikleşmesine neden olacak ki bu durum İNTERPOL'ü, teknik bir kurum olmaktan çıkarıp uluslararası çıkar çatışmalarının kısır döngüsünün içine itecektir.

D. SURİYE’NİN İNTERPOLU POLİTİK AMAÇLARI KONUSUNDA KULLANMASI SORUNU

Yukarıda açıkladığımız üzere, Suriye rejimi, ülkesindeki son devrim hareketleri ile birlikte muhalefetin siyasi ve askeri üyelerine karşı, ülke içinde ve dışında yoğun bir mücadeleye girmiş bulunmaktadır. Bu mücadelesinde, İNTERPOL kanallarından, İNTERPOL Tüzüğü'ne aykırı olarak faydalandığı hususunda hem İNTERPOL'e hem de Suriye rejimine eleştiriler getirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İNTERPOL tutuklama yetkisine sahip değildir. Başka bir ifade ile İNTERPOL'ün üye devletlerde İNTERPOL bültenlerinde adı geçenleri tutuklaması veya gözaltına alma gibi işlemler yapması mümkün değildir. Görevi, daha çok suçlulukla mücadelede üye devletlerin polis teşkilatlarına teknik ve operasyonel destek sağlamaktır⁹¹. Bu noktada, her devletin İNTERPOL bültenlerine ve difüzyon sistemine yaklaşımı farklı olabilmektedir. Örneğin kimi devletler, İNTERPOL'ün yayınlamış olduğu Kırmızı Bültenleri tutuklama müzekkeresi olarak kabul ederken, diğer bazı

⁸⁹ Yaron Gottlieb, s.156.

⁹⁰ Resolution AG-2006-RES4 Statement to Reaffirm the Independence and Political Neutrality of INTERPOL

⁹¹ Larry J. Siegel ve Jon L. Warrall, **Introduction to Criminal Justice**, 15. Baskı, Boston: Cengage Learning, 2014, s.173.

ait Lübnan Resmi Haber Ajansı sitesinde, “İç Güvenlik Kuvvetlerindeki İNTERPOL Bürosu, internet üzerinden, Suriye adli makamları tarafından eski Başbakan Saad Hariri, milletvekili Okab Sakr ve “Özgür Suriye Ordusu” Sözcüsü Luay El-Miqdad hakkında çıkarılan tutuklama kararını aldı” şeklinde beyan edilmiştir⁹⁵.

Suriye İNTERPOL’ü, eski Lübnan başbakanı Refik Hariri suikastı ile ilgili olarak şahitlik yapan Suriyeli Muhammed Zuhair Sıddık hakkında, Suriye’nin yabancı devletlerle ilişkilerine gölge düşürecek konuşmalar ve faaliyetlerde bulunmak ve Suriye’ye karşı saldırı başlatılmasını sağlamak amacıyla yalan beyanda bulunmak ithamıyla tutuklama müzekkeresi çıkarmış⁹⁶ ve İNTERPOL’e başvurmuştur. Benzer şekilde Lübnan’daki Dürzî toplumunun önde gelen isimlerinden Lübnanlı milletvekili Velid Canbolat hakkında Suriye adli makamlarınca çıkarılan tutuklama müzekkeresi, İNTERPOL Lübnan Milli Merkez Büro’suna bildirilmiştir⁹⁷. Suriye makamlarınca politik kimliğe sahip şahıslar hakkında tutuklama kararı çıkarılması ve Şam’daki Milli Merkez Büro vasıtasıyla İNTERPOL Lübnan Milli Merkez Büro’suna isimlerin bildirilmesinin, bu şahısların itibarlarını zedelediği ileri sürülmektedir. Zira bu şahısların isimlerinin suç ve suçlularla mücadelede faaliyet gösteren bir kurumla anılmasının politik kimliklerini lekelemesi ihtimali bulunmaktadır.

Yukarıda zikrettiğimiz durumlarda Lübnan, her ne kadar Suriye devleti ile herhangi bir işbirliği yapmamışsa da, kimi durumlarda politik suçlarla itham edildikleri iddia edilen muhaliflerin ciddi sorunlar yaşadığı görülmektedir. Örneğin Suriye rejimine en sert eleştiriler getirmekle tanınan ünlü Suriyeli şarkıcı Asala Nasri, Mısır’ın başkenti Kahire’den uçakla geldiği Beyrut havalimanında, Lübnan güvenlik güçlerince hakkında Suriye isteği üzerine yayınlanmış İNTERPOL bülteni bulunması nedeniyle Lübnan güvenlik güçlerince gözaltına alınmış ve pasaportuna el konulmuştur. Ayrıca yapılacak tahkikatın sonuna kadar ülkeden ayrılması yasaklanmıştır⁹⁸. Söz konusu bu

⁹⁵ *Interpol Bureau receives Syrian arrest warrants against Hariri Sakr and Mekdad*, 2012, <http://www.nna-leb.gov.lb/en/show-news/2638/Interpol-Bureau-receives-Syrian-arrest-warrants-against-Hariri-Sakr-and-Mekdad>, (25.2.2015).

⁹⁶ Dimashq tslm entrbül mdhkra twqyf ghyabya bhq al-sdyq, 2009, http://daharchives.alhayat.com/issue_archive/Hayat%20INT/2009/11/5/ة-غف-قوت-قر-كدم-ل-و-بر-تن-ا-م-ل-س-ت-ق-ش-م-د/ة-غف-قوت-قر-كدم-ل-و-بر-تن-ا-م-ل-س-ت-ق-ش-م-د.html, (24.3.2015).

⁹⁷ Alqda’ süriy yslm al-entrbul mdhkra jlb bhq Walid Jumblatt, 2006, <http://www.albayan.ae/across-the-uae/1148139485648-2006-05-22-1.921351>, (24.3.2014).

⁹⁸ Twqyf asala nsry fy byrwt wshb jwazha, 2014, <http://www.alarabiya.net/ar/last->

kişi Suriye tarafından terörist grupları desteklemekle suçlanmaktaydı ve İNTERPOL'e yapılan başvuruda bu gerekçe kullanılmıştı.

İNTERPOL'ün faaliyet alanlarına baktığımızda, İNTERPOL'ün üye devletlere bazı veritabanları; Parmak İzi Veritabanı, DNA Veritabanı, Çalıntı ve Kayıp Seyahat Belgeleri Veritabanı, Çalıntı İdari Dokümanlar Veritabanı, Sahte Belgeler Veritabanı, kullanma imkânı sağladığı görülmektedir. Bu imkânlardan Suriye Arap Cumhuriyetinin ne ölçüde yararlandığı hususu, elimizde objektif veri bulunmadığı için, analiz edilememiştir. Ancak Suriye'deki rejime muhalif bazı internet sitelerinde, Suriye devletinin bazı politik muhaliflerin seyahat belgelerinin çalıntı veya sahte olduğunu İNTERPOL veritabanlarına yükleyerek muhaliflerin hareket imkânlarına ve itibarlarına zarar vermeyi amaçladığı belirtilmektedir⁹⁹.

Yukarıda belirttiğimiz husustan kaynaklanacak olumsuz durumu önlemek amacıyla İNTERPOL'ün öncelikle etkili bir yaptırım mekanizması oluşturması gerekmektedir. Verilerin İşlenmesi Üzerine İNTERPOL Kuralları'nda, İNTERPOL Bilgi Sistemine veri işlenmesi sırasında İNTERPOL kurallarına uyulmaması durumunda Genel Sekreterliğin bazı düzeltici faaliyetlerde bulunma yetkisi bulunmaktadır. Örneğin Milli Merkez Bürosu veya uluslararası kuruluş tarafından yürütülen bilgi işleme faaliyetlerinin, üç ayı geçmeyecek şekilde denetlenmesi, Milli Merkez Bürosu veya uluslararası kuruluşa verilmiş bulunan erişim hakkının askıya alınması veya Milli Merkez Bürosu veya uluslararası kuruluşa bir değerlendirme ekibinin sevk edilmesi önlemleri bulunmakta¹⁰⁰ ise de bunların ne derece etkin olarak uygulandığı veya şu ana kadar hangi üye devletler veya uluslararası kuruluşlar hakkında sözü edilen bu tedbirlerin uygulandığı hakkında bir veri bulunmamaktadır. Bu konuda objektif kıstasların oluşturulması ve bu kıstasları ihlal eden Milli Merkez Bürolara öngörülen yaptırımların etkili şekilde uygulanması gerekmektedir.

page/2014/09/24/اهز اوج جب حبس و توري ب-ي-ف-ي-ر ص ن-ل ا ص ا ف ي ق و ت, (23.3.2015).

⁹⁹ Bkz. Assad regime traps Syrian people abroad via Interpol, <https://en.zamanalwsl.net/news/6809.html>, (23.2.2015).

¹⁰⁰ Bkz. Interpol's Rules On The Processing Of Data 131. m.

SONUÇ

İTERPOL, kuruluşundan itibaren politik, ırksal, askeri ve dini konulara karışmama ilkesine sadık kalmaya çalışmıştır. Esasında, egemen devletler arasında siyasi, dini, ideolojik, askeri ve diğer birçok hususta derin görüş ayrılıklarının bulunduğu bir ortamda suçlulukla mücadele edecek bir uluslararası örgütün tarafsızlığı, hayati bir öneme sahip bulunmaktadır. İTERPOL, özellikle devletlerin tehdit algılamalarında terörizmin ilk sıralara tırmanmasıyla birlikte, tarafsızlık konusundaki katı tutumundan vazgeçmek durumunda kalmıştır. Özellikle 1980'li yıllardan başlayarak terörizmle mücadele amacıyla adımlar atmaya başlayan İTERPOL, 11 Eylül 2001 tarihinden sonra daha agresif bir tutum içine girmiştir. Bu durum İTERPOL'ün tarafsızlığını sağlamakta hayati bir öneme sahip olan Tüzüğü'nün 3. maddesinin ihlal edildiği iddialarını gündeme getirmiştir. İTERPOL'ün terörizm gibi tanımı üzerinde henüz ittifak kurulamamış bir kavramı oldukça geniş yorumlaması, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ruhuna uygun olarak faaliyette bulunması gerektiğini vurgulayan Tüzüğü'nün 2. maddesinin ihlaline de neden olmaktadır.

Tunus'ta başlayan Arap Baharı kısa bir süre içerisinde benzer toplumsal, siyasi ve ekonomik sorunlar yaşayan Arap Devletlerine yayılmıştır. Söz konusu bu devrim hareketlerinden küçük veya büyük ölçüde tüm Arap rejimleri etkilenmiştir. Ancak başta Libya, Yemen, Mısır ve Suriye bu süreci çok daha şiddetli yaşamaktadır. Bu devletlerdeki şiddet hareketleri nedeniyle ulusal kurumlar ciddi manada zarar görmüştür. Özellikle yargı kurumu ve güvenlik teşkilatları rejimlerin istikbalini korumak amacıyla muhaliflere karşı yoğun bir kampanya içine girmişlerdir. Bu noktada başta Suriye ve Mısır olmak üzere varlık savaşı veren rejimler ülke dışına kaçmış muhaliflerini yakalamak, hareket özgürlüklerini kısıtlamak ya da itibarlarını zedelemek amacıyla uluslararası mekanizmalarından ve bilhassa geniş bir tanınırlık ve teknolojik altyapıya sahip İTERPOL mekanizmalarından yararlanmaya çalışmaktadırlar.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki; İTERPOL'ün son dönemlerde şiddete bulaşmamış politik muhaliflere karşı hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygı göstermeyen Suriye ve Mısır gibi otoriter Arap rejimleriyle işbirliği içine girmesi, yetki alanının sınırlarını

çizen Tüzüğü'nün 2. ve 3. maddelerinin açık ihlalini oluşturduğu gibi, başarısını borçlu olduğu tarafsızlığına da gölge düşürmektedir. Bu noktada, İNTERPOL'un, özellikle Suriye, Libya, Irak, Mısır ve Yemen gibi politik, ideolojik ve mezhepsel çekişmelerin iç savaş halini aldığı çatışma bölgelerinden gelen işbirliği taleplerini bu taleplerin büyük olasılıkla politik, ırksal, askeri ve dini olacağından dolayı dikkatle incelemesi gerekmekte ve Tüzüğü'nün 2. ve 3. maddelerinde belirtilen hususlara aykırı davranan ülkelerle işbirliğinde bulunmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

el-Kassim, Faisal (Producer): *El İtijah El Moakes* (Television Broadcast). Doha, Aljazeera, (30.12.2014).

Akalın, Mehmet: 'Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı İnterpol'un Terörle Mücadeleye Tarihsel Yaklaşımı', **Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi**,2014Vol.5,No.1,s.103-117,(<http://utsam.org/images/upload/attachment/cilt5/Sayi1/%C4%B0nterpol%27%C3%BCn%20Ter%C3%B6rle%20M%C3%BCcadeleye%20Tarihsel%20Yakla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1.pdf>,erişim:25.2.201).

Bassiouni, M. Cherif (Ed.): 'International Co-operation', **Legal Responses to International Terrorism: U.S. Procedural Aspects içinde**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, ss. 376-380.

Best, Steven ve Anthony J. Nocella: **Terrorists or Freedom Fighters?: Reflections on th Liberation of Animals**, New York: Lantern Books, 2004.

Bowling, Ben ve James Sheptycki: **Global Policing**, London: SEGA Publications, 2012.

Bresler, Fenton: **İnterpol**, Mehmet Harmancı (Çev.), 1. Baskı, İstanbul: Milliyet Yayınları, 1993.

Deflem, Mathiem: **Policing World Society Historical Foundations of InternationaPolice Cooperation**, New York: Oxford, 2002

Deflem, Mathiem. 'Global Rule of Law or Global Law of Law Enforcement?', Nilay Çabuk Kaya ve Aykan Erdemir (Ed.), **Social Dynamics of Global Terrorism and Prevention Policies içinde**. Amsterdam: IOS Press, 2008.

Deflem, Mathieu: “International Police Cooperation Against Terrorism: Interpol and Europol in Comparison.” **Understanding and Responding to Terrorism** içinde. H. Durmaz, B. Sevinc, A.S. Yayla, and S. Ekici (Ed.). Amsterdam: IOS Press, 2007.

Deflem, Mathieu: **The Policing of Terrorism: Organizational and Global Perspectives**, New York: York: Roudledge, 2010.

Fair Trials International, **Strengthening respect for human rights, strengthening INTERPOL**, London, 2013, (<http://www.fairtrials.org/wpcontent/uploads/Strengthening-respect-for-human-rights-strengtheningINTERPOL5.pdf>, erişim: 25.2.2015).

Fooner, Micheal: **Issues in World Crime and International Justice**, Newyork: Annotation Copyright Book News, 1989.

Freedom House, Freedom in the world 2010: Syria, 2010, (<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2010#.VO32AvmsXwo>, erişim: 24.2.2015).

Gottlieb, Yaron: “Article 3 of INTERPOL’s Constitution: balancing international police cooperation with the prohibition on engaging in political, military, religious or racial activities”, **Florida Journal of International Law**, 2011, Vol. 23, No. 2, HeinOnline veritabanı, (24.3.2015).

Human Rights Watch, Far From Justice Syria’s Supreme State Security Court, 2009, <http://www.hrw.org/reports/2009/02/23/far-justice>, (25.2.2015).

Human Rights Watch, Syria: Counterterrorism Court Used to Stifle Dissent, 2013, (<http://www.hrw.org/news/2013/06/25/syria-counterterrorism-court-used-stifle-dissent>, erişim: 29.1.2015).

Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 2013, (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/156/20/PDF/G1315620.pdf?OpenElement>, erişim: 25.2.2015).

Interpol’s Rules On The Processing Of Data

INTERPOL Resolution AG-2006-RES4 Statement to Reaffirm the Independence and Political Neutrality of INTERPOL

INTERPOL Resolution No AGN/52/RES/9 Terrorism

INTERPOL Resolution No AGN/53/RES/7 Application of Article 3 of

the Constitution

INTERPOL Resolution No AGN/53/RES/6 Violent Crime Commonly Referred to as Terrorism

J.Brown, Nathan. **The Rule of Law in the Arap World, Courts in Egypt and Gulf**, Newyork: Cambridge University Press,1997.

J.Brown, Nathan: **Arab Judicial Structure**, Ağustos 2001, ([http://www.deontologieJudiciare.Untreal.ca/fr/textes%20int/documents /ONU_STRUCTURE_JUDICIAIRE_ARABE.pdf](http://www.deontologieJudiciare.Untreal.ca/fr/textes%20int/documents/ONU_STRUCTURE_JUDICIAIRE_ARABE.pdf), erişim: 26.2.2015).

Jones, Mark ve Peter Johnstone: **History of Criminal Justice**, 5. Baskı, Waltham MA: Anderson Publishing, 2012.

J. Siegel Larry ve Jon L. Warrall: **Introduction to Criminal Justice**, 15. Baskı, Boston: Cengage Learning, 2014.

Ling, Cheah Wui: ‘‘POLICING INTERPOL:The Commission for the Control of Interpol’s Files and the Right to a Remedy’’, **International Organizations Law Review(BRIL)**, 2010, Vol. 7. No. 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207739, (25.3.2015).

Michel Shammas: Restructuring Judicial System in Future Syria, London, 2012, (<http://www.strescom.org/research/policy-papers/item/119-restructuring-judicial-system-in-future-syria.html>, erişim: 25.2.2015).

Nour Ferhat, Mohamed ve Ali Sadek: ‘‘Report on the State of the Judiciary in Egypt’’, **Promoting the Rule of Law and Integrity in the Arab Countries” Project**, (http://www.arabruloflaw.org/files/pdf/judiciary/english/p2/egypt_finalreportp2s4_en.pdf, erişim: 5.3.2015).

Öktem A. Emre: **TERÖRİZM İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Baskı, İstanbul: Derin Yayınları, 2011.

R.Bach, Jensen: ‘‘The International Anti-Anarchist Conference of 1898 and the Origins of INTERPOL’’, **Journal of Contemporary History**, 1981, Vol. 16, No. 2, s.323-347, JSTOR Journals veritabanı, (24.3.2015).

R. Bromund Theodore ve David B. Kopel: Necessary Reforms Can Keep Interpol Working in the U. S. Interest, 11 Aralık 2013, (http://www.heritage.org/research/reports/2013/12/necessary-reforms-can-keep-interpol-working-in-the-us-interest#_ftnref184, erişim: 23.3.2015).

R.Newman, Graeme: **Crime and Punishment around the world** (4

Tstbq 1std'aa' alqda' al-lbnany mmlwk wsh'aban. Mdhkrat twqyf sūriy bhq hryry wsqr walmqdad 2012, http://daharchives.alhayat.com/issue_archive/Hayat%20INT/2012/12/12/ينانبلال-ءاضقل-ءاعدتس-اقببستت-ءادقل-ءورقصول-ءيررحل-اقحب-ءيروس-فئقوت-تاركذم-نابءمشو-ءكولمم.html.

<http://www.interpol.int/News-and-media/News/2012/PR034>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/History>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Vision-and-mission>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Overview>

<http://www.interpol.int/en/About-INTERPOL/Legal-materials>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Structure-and-governance/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL's-Files>

<http://www.interpol.int/News-and-media/News/2012/N20120918quinquies>

<http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Structure-and-governance/CCF/FAQs>

<http://www.interpol.int/News-and-media/Publications#n626>

Not: bütün elektronik kaynaklar 25.3.2015 tarihinde kontrol edilmiştir.