

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XIX, Ocak 2015, Sayı 1
Vol. XIX, January 2015, No. 1**



**ANKARA
Mayıs 2015**

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. Abdulkерim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM

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

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. Yedigâr 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 kelimedenden 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: **Ticari 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 ayırt 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 su
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

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme Rifat ERTEN	3-52
Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler Uyarınca Halefiyete Uygulanacak Hukuk Sema ÇÖRTOĞLU KOCA	53-86
5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi Ş. Barış ÖZÇELİK	87-110
Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK	111-150
The Web Never Forgets!?: Aspects Of The Right To Be Forgotten Lutz PESCHKE	151-160

KAMU HUKUKU

Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı Mustafa AVCI / Erdal YERDELEN	163-190
Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür Mehmet KÜÇÜKKAYA	191-218
Avrupa Birliği ve Türk Vergi Sistemlerinde Özel Tüketim Vergisi Ayşe Elif YILDIRIM	219-252

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İçindekiler

Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Cem Çağatay ORAK	253-304
--	----------------

ÇEVİRİ

Medya Özgürlüğü, Siyasal Bilgi ve Katılım Peter T. LEESON / Nazmiye GÜVEYİ	307-344
--	----------------

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XIX January 2015 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- A General Overview Of Foreigners And International Protection Act*
Rifat ERTEN.....3-52
- The Applicable Law To Subrogation According To Turkish Law And European Union Regulations*
Sema ÇÖRTOĞLU KOCA53-86
- Assessment Of The Amendments Made By The Act Numbered 6537 To The Soil Conservation And Land Use Act Numbered 5403*
Ş. Barış ÖZÇELİK.....87-110
- Resolving the Positive Conflicts of Nationality in Conflict of Laws and Assessment of Articles 4 (1)(b) and (c) of the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure*
Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK.....111-150
- “İnternet Asla Unutmaz” : Unutulma Hakkının Görünümü*
Lutz PESCHKE.....151-160

PUBLIC LAW

- Verdict Analysis: The Separation Of Behaviour By Way Of Omission And Action At Qualified Omissive Crime*
Mustafa AVCI / Erdal YERDELEN.....163-190
- Repetition In Tax Penalty Law*
Mehmet KÜÇÜKKAYA.....191-218
- Excise Duties Under European and Turkish Tax Systems*
Ayşe Elif YILDIRIM.....219-252

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

İçindekiler

*Considerations On The Constitutional Court's Decisions In Relation To The
Supervision Of Electricity Generation And Distribution Facilities*

Cem Çağatay ORAK.....253-304

TRANSLATION

Media Freedom, Political Knowledge, And Participation

Peter T. LEESON /Nazmiye GÜVEYİ.....307-344

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME*

Rifat ERTEN**

ÖZET

04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu [YUKK], 11.04.2013 tarihinde yayımlanmıştır. Teşkilata ilişkin hükümleri yayımlandığında, diğer hükümlerinin ise bir yıl sonra, yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. YUKK'nın hazırlanmasında, başta AB Müktesebatına ve AİHM kararlarına uyum olmak üzere birçok etken bulunmaktadır. Ancak, Türk hukukunda birçok yenilik ve değişiklik getiren YUKK, yabancılarla ilgili tüm konuları kapsayan bir düzenleme değildir. Hükümler, yabancılar, uluslararası koruma ve teşkilat başlıkları altında kaleme alınmıştır. Maddelere tek tek bakıldığında, yabancıların ülkeye girişi, ikametleri, sınır dışı edilmeleri, idari gözetim, vatansızların statüsü, uluslararası koruma ile idarî teşkilatlanma hususlarının düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca yabancıların çalışma hakları konusunda da hükümlere yer verilmiştir. Makalede, YUKK'nın belirtilen konulara ilişkin hükümleri hakkında genel bilgiler verilerek değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, YUKK, yabancılar, uluslararası koruma, vize, ikamet izinleri, çalışma izni, sınır dışı etme, idari gözetim.

A GENERAL OVERVIEW OF FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION ACT

ABSTRACT

Foreigners and International Protection Act [FIPA], dated 04.04.2013 and numbered 6458, was published on the Official Gazette on 11.04.2013. Its provisions regarding the organization of Directorate General of Migration Management are designated to be enforceable at the time of its publication, while the rest of the provisions regulated to be legally effective a year after that time, namely on 11.04.2014. A wide range of factors, including particularly the concern of harmonizing Turkish legislation with the EU's *acquis* and providing compatibility with ECtHR case law were taken into consideration during the drafting process of the Act. FIPA brings quite a few new provisions and amendments in the area. However, it does not cover all the issues related to foreigners. Provisions of the Act are designated under the titles of

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesince 22.10.2014 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Çerçevesinde Yabancıların Sahip Oldukları Haklar ve Güvenceler Sempozyumu"nda aynı başlık altında sunulan tebliğin, genişletilerek güncellenmiş hâlidir.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

foreigners, international protection and the organization. When each of its articles is reviewed, it is observed that the issues of foreigners' entry in to country, residency, deportation, administrative detention, status of stateless, international protection and administrative organization are regulated within the context of FIPA. The Act also includes some provisions in regard to the right to work of foreigners. This article aims to provide a general overview on the articles of FIPA regarding the abovementioned issues.

Keywords: *Foreigners and International Protection Act, FIPA, foreigners, international protection, visa, resident permits, work permit, deportation, administrative detention.*

GİRİŞ

Hazırlık çalışmalarına 2009 yılında başlanan ve uzun bir çalışma sonunda tamamlanan taslak metni¹, 2012 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisine [TBMM] sunulan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu [YUKK veya 6458 sayılı Kanun], 04.04.2013 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş; Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak 11.04.2013 tarihli Resmî Gazetede [RG] yayımlanmıştır². Yabancılarla ilgili bütün konuları değil, ancak teşkilat da dâhil birçok konuyu düzenleyen 6458 sayılı Kanunun bazı hükümleri yayımlandığında, diğerleri ise yayımından bir yıl sonra, yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m. 125). Teşkilata ilişkin hükümler yayım tarihinde yürürlüğe sokularak, diğer hükümlerle ilgili bir yıllık geçiş ve hazırlık süreci öngörülmüştür.

Makalemizde, bugün itibarıyla tüm hükümleri yürürlüğe giren YUKK hakkında genel değerlendirmelerde bulunulacak; bu bağlamda, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç var mıydı sorusu cevaplandırıldıktan sonra, 6458 sayılı Kanunun sistematığı hakkında genel bilgiler verilecektir. Hükümlerin detaylı bir şekilde tahlili, makalenin kapsamını aşmamak için yapılmayacak; özellikle ikinci kısım içinde yer alan ve önemli görülen bazı hükümler hakkında görüşlerimiz sunulmaya çalışılacaktır. Ancak, konuya başlamadan evvel, yabancıların temel hak ve özgürlükleri konusunda, anayasal esasların belirtilmesinde fayda bulunmaktadır.

¹ **EKŞİ, Nuray:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, B. 2, İstanbul: Beta 2014, s. 10-11.

² RG, 11.04.2013, S. 28615. Metin ve dipnotta verilen madde numaraları, aksi belirtilmedikçe 6458 sayılı Kanuna aittir.

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda yabancıların temel hak ve özgürlükleri hususunda kabul edilen sistem “eşitlik ve genellik”tir (tebaaya temsil). 1982 Anayasasının³ 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hükme bağlanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin özel olarak düzenlendiği Anayasanın ilgili maddelerinde de haklar, kural olarak, yabancı-vatandaş ayırımı yapılmaksızın güvence altına alınmıştır⁴. Anayasada, yabancıları hariç tutarak sadece vatandaşların haklarını güvence altına alan istisnaî birkaç düzenleme de bulunmaktadır. Örneğin 23. maddenin son fıkrasına göre, sınır dışı edilememe ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmama vatandaşlar için öngörölmüş bir güvencedir⁵.

Yabancıların haklarına dair en liberal düzenlemeleri içeren, yabancı cenneti sayılan hukuk düzenlerinde dahi, yabancı-vatandaş eşitliğinin mutlak anlamda sağlandığı görölmemektedir. Devletler, siyasî sınırları üzerinde sahip buldukları ülkesel yetkinin bir sonucu olarak, kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi gerekçelerle yabancıların haklarını sınırlamakta veya yasaklamaktadırlar. Bu durum, ülkemiz açısından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, hukukumuzda, eşitlik ve genellik sistemi benimsenmiş olsa da, yabancıların bazı hakları sınırlanmış veya yasaklanmıştır. Anayasa, bu durumu öngörerek, sınırlamanın/yasaklamanın ne şekilde ve hangi esaslara uygun yapılması gerektiğini 16. maddede hükme bağlamıştır. Buna göre, yabancıların temel hak ve özgürlükleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Hükümdeki “milletlerarası hukuk” kavramı, tarafı olunan sözleşmeleri değil –zira, tarafı olunan milletlerarası sözleşmeye uyulması zaten gereklidir–; milletlerarası hukukun kaynaklarının oluşturduğu kapsamı ifade eder⁶. Madde 16’da getirilen diğer şart, sınırlamanın “kanun”la

³ RG, 09.11.1982, S. 17863.

⁴ Örn. bkz. Anayasa m. 17/I: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Anayasa m. 18/I: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” Anayasa m. 19: “Herkes, kişi güvenliği ve hürriyetine sahiptir.”

⁵ Anayasada siyasî haklar da, vatandaşlar için teminat altına alınmıştır. Örneğin bkz. Anayasa m. 67/I: “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir.” Anayasa m. 67/III: “Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoymasına katılma haklarına sahiptir.”

⁶ AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2007, s. 77; ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, B. 18, İstanbul: BETA 2012, s. 57.

yapılması gereğidir. “Kanun” ifadesinden kasıt, teknik anlamda, yani TBMM tarafından bu ad altında kabul edilen genel, soyut ve objektif düzenlemelerdir; diğer bir ifadeyle, terim, hukuk anlamında kullanılmamıştır. Dolayısıyla, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin idari düzenlemelerle sınırlanması Anayasanın bahsi geçen hükmüne aykırılık oluşturur⁷.

II. YENİ DÜZENLEME İHTİYACININ NEDENLERİ

Yabancılarla ilgili yeni bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç var mıydı sorusuna, geç bile kaldığı cevabı verilebilir. Bunun, birbirinden bağımsız olmayan, 6458 sayılı Kanunun genel gerekçesinde⁸ de değinilen iç ve dış birçok nedeni bulunmaktadır.

Aşağıda inceleneceği üzere, 6458 sayılı Kanunda getirilen düzenlemeler, üç başlık altında sıralanabilir: (1) Yabancıların ülkeye giriş ve ülkeden çıkışları ile ülkede ikametleri; (2) Uluslararası koruma; (3) Teşkilat.

6458 sayılı Kanunun kabulünden evvel, belirtilen ilk konular genel olarak, Türkiye’ye giriş ve Türkiye’den çıkış 15.07.1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu⁹ [PK]; yabancıların Türkiye’de ikametleri ise, aynı tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda¹⁰ [YİSHK] düzenlenmişti. Her iki düzenleme de, 1924 Anayasası döneminde yürürlüğe konulmuştu.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü [GİGM] verilerine göre, 2013 yılında, sınır kapılarından giren yabancı uyruklu kişi sayısı 32.865.309; çıkış yapanların sayısı ise 32.639.760’dır¹¹. Yabancı hareketliliğinin büyük kısmını turizm amaçlı gelişi ve gidişler oluşturmakla birlikte, çalışma, aile, eğitim-öğretim veya yerleşme amacıyla gelenlerin sayısında da artışlar görülmektedir. Bunun yanında, Türkiye, coğrafi konumu itibarıyla, doğudan batıya iltica hareketlerinde transit ülke konumundadır. Bölgedeki ülkelere kıyasla siyasi ve ekonomik istikrarı, Türkiye’yi düzenli ve düzensiz göç hareketlerinde hedef ülke konumuna da getirmiştir. Bölgedeki savaşlar,

⁷ Doktrinde, pratik zorunluluklar nedeniyle “düzenleme yapma, önlem alma ve uygulama yetkisinin sınırlarının ve ölçülerinin *kanunda* açıkça belirlenmiş” olması kaydıyla, yürütme organının sınırlama getiren düzenlemeler yapabileceği ifade edilmiştir: AYBAY, s. 84-85.

⁸ Genel Gerekçe için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf>>, (23.03.2015), s. 5 vd.

⁹ RG, 24.07.1950, S. 7564.

¹⁰ RG, 24.07.1950, S. 7564.

¹¹ “Göç İstatistikleri”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/goc-istatistikleri_363_363_378_icerik>, (23.03.2015).

karışıklıklar nedeniyle zaman zaman yoğun sığınma amaçlı akınlarla karşı karşıya kalınmıştır. PK ve YİSHK'nın yürürlüğe girdiği 1950 yılında, ülkeye giriş-çıkış yapan yabancı sayısına ulaşamamış olmakla birlikte, söz konusu yıla ait nüfus sayısı hareketlilik hakkında bir fikir verebilir. Türkiye İstatistik Kurumuna [TÜİK] dayanan bilgiye göre, 1950 yılında Türkiye'nin nüfusu 20.947.188 kişidir¹². O dönemde, dışa açık bir ekonominin olmaması, turizmin bugünkü kadar gelişmemesi, İkinci Dünya Savaşı sonrası bir sürecin yaşandığı düşünüldüğünde, yabancıların giriş ve çıkış yoğunluğunun oldukça düşük olduğu öngörülebilir. Dolayısıyla dönemin ihtiyaçları gözetilerek yapılan düzenlemelerin, öngörülen idari yapının, bugün yaşanan yoğunluğa çözüm sunabilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Sonraki yıllarda, artan hareketlilik nedeniyle ortaya çıkan ihtiyaçlar idari düzenlemelerle (yönetmelik ve genelgelerle) aşılmaya çalışılmıştır. Bazen, idari düzenlemelerle yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlama ve/veya yasaklama getirilmesi, haklı olarak, Anayasaya aykırılık tartışmalarını da gündeme getirmiştir.

PK ve YİSHK metinlerinde kullanılan terminoloji ve anlayış da günümüzde büyük oranda değişmiştir. Örneğin, PK m. 8'de, Türkiye'ye girmesi yasak kişiler arasında, “(s)erseriler ve dilenciler” (f. 1), “(d)elilikle veya buluşuk hastalıkla mâlûl olanlar” (f. 2), “...beyaz kadın ticareti yapanlar...” (f. 6) sayılmıştı. Yine YİSHK m. 21/sonda, “(t)âbiyetsiz veya yabancı devlet tebaası olan Çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmıyan yabancı göçebelelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmişti. YİSHK m. 21'de yer alan “yabancı devlet tebaası olan Çingenelerin ve” ifadesi daha sonra 05.01.2011 tarih ve 6097 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla¹³ çıkarılmıştı¹⁴.

1950 yılından sonra, yabancılarla ilgili mevzuatta önemli değişiklikler veya yeni düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin yabancıların çalışma haklarına ilişkin, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun¹⁵ [YÇİHK] kabul edilmesine ve çalışma izni, çalışma vizesi, çalışma amaçlı ikamet izni, bildirim

¹² İstatistiklerle Türkiye (Turkey in Statistics) 2012, Ankara: TÜİK 2013, s. 8.

¹³ RG, 19.01.2011, S. 27820.

¹⁴ Değişiklik gerekçesinde, ifade tarzının uygulamada ayırmacılığı çağrıştıracabilecek şekilde düzenlendiği, diğer taraftan 1950 yılında yapılan bu düzenlemenin bugün işlevinin kalmadığı ifade edilmiştir. 6097 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss492.pdf>>, (23.03.2015).

¹⁵ RG, 06.03.2003, S. 25040.

yükümlülükleri hususunda düzenlemeye gidilmesine rağmen, YİSHK’de yer alan ilgili hükümlere (m. 3, 15 ve 16) dokunulmamıştır.

Bunların yanında, uluslararası ilişkilerdeki ve uluslararası hukuktaki gelişmeler de yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Türkiye, birçok uluslararası kuruluşu katılmış ve uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Türkiye’nin Avrupa Birliğine [AB] aday ülke olması nedeniyle mevzuatını AB Müktesebatına uyumlaştırması gereği, 6458 sayılı Kanunun hazırlanmasındaki en önemli etkenlerdendir¹⁶.

Ayrıca, 1950 yılından sonraki süreçte, yabancıların haklarını da ilgilendiren, insan hakları hukukuna dair önemli gelişmeler yaşanmış, bu bağlamda birçok uluslararası sözleşme imzalanmış ve uluslararası mahkemelere ait kararlar külliyatı oluşmuştur. Ayrıca, Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine [AİHS] taraf olmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin [AİHM] yetkisini kabul etmiştir. AİHM’nin özellikle mülteci ve sığınmacılarla ilgili Türkiye aleyhine verdiği mahkûmiyet kararları bulunmaktadır. Söz konusu kararlardan, Türkiye aleyhine karar verilmesinin en önemli nedenlerinden birinin yasal düzenleme eksikliği olduğu görülmektedir¹⁷.

III. 6458 SAYILI KANUNA GENEL BAKIŞ

Türk hukukunda artık, *yabancılara* ilişkin en geniş kapsamlı ve temel kanunî düzenlemeyi YUKK teşkil etmektedir. 6458 sayılı Kanunun uygulamasında, yabancı kavramının “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*”yi ifade ettiği m. 3(1)(ü)’de belirtilmiştir. Genel olarak yabancı kavramına, vatandaşlık bağı olmayan gerçek kişiler yanında Türk tâbiyetinde olmayan tüzel kişiler de girer. Ancak, 6458 sayılı Kanunun, gerçek kişi yabancılarla ilgili düzenlemeler getirdiğini ifade etmekte fayda bulunmaktadır.

Kuralları, niteliğine göre değerlendirdiğimizde 6458 sayılı Kanunda, genel yabancılar hukuku kurallarının yanında, özel/ayrıcalıklı statü sahibi yabancılarla ilgili hükümlerin de bulunduğunu söyleyebiliriz. Buna,

¹⁶ **EKŞİ**, s. 17 vd.; **PAÇACI ELİTOK, Seçil**: “*Turkish Migration Policy over the Last Decade: A Gradual Shift towards Better Management and Good Governance*”, *Turkish Policy Quarterly*, 2013, Vol. 12, No. 1, s. 165, 166; **SOYKAN, Cavidan**: “*The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey*”, *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2012, Vol. 2, No. 2, s. 38.

¹⁷ AİHS’nin göç hukukuna etkisi hakkında bilgi için bkz. **GÖÇMEN, İlke**: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Ankara: Seçkin 2015, s. 219 vd.

uluslararası korumaya, vatansızlara ilişkin hükümleri örnek verebiliriz. Ayrıca, yabancı diplomatlar ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹⁸ [TVK] m. 28 kapsamındaki yabancılara ilişkin vize ve ikamet izni muafiyetine dair hükümleri de bu kapsamda belirtebiliriz.

Türk hukukunda yabancılarla ilgili tüm konular, ismi böyle bir algıya neden olabilirse¹⁹ de YUKK içerisinde yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle YUKK, yabancılara ilişkin tüm kanunî hükümleri bünyesinde toplamamıştır. Örneğin yabancılardan Türkiye’de çalışması, yabancı yatırımlar, yabancılardan taşınmaz mal üzerinde aynı hak edinmeleri konularındaki özel düzenlemeler yürürlükten kaldırılmamıştır. Hatta 6458 sayılı Kanunun düzenleme konularıyla örtüşen, bazı kanunî hükümler de hâlen yürürlükte²⁰. Bu husus öngörülerek, m. 2’de, 6458 sayılı Kanunun uygulanmasında özel kanunlardaki hükümlerin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Madde 2’de özel kanun hükümleri yanında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de saklı tutulmuştur. Dolayısıyla, tarafı olunan bir uluslararası sözleşmenin kapsamına giren hususlarda, söz konusu sözleşme hükümleri öncelikle uygulanacaktır.

6458 sayılı Kanun ile getirilen önemli yeniliklerden biri, bazı uluslararası sözleşmelerde hükme bağlanan geri gönderme yasağına temel bir ilke olarak m. 4(1)’de yer verilmesidir. Madde 4(1) hükmü şu şekildedir: “*Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.*”

Geçiş hükümlerine yer verilen geçici madde 1(8)’de, uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin 6458 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, alt düzenlemelere bırakılan hususlardaki düzenlemeler yapılanaya kadar önceki döneme ait hükümler, 6458 sayılı Kanuna aykırı olmaması kaydıyla uygulanacaktır.

¹⁸ RG, 12.06.2009, S. 27256.

¹⁹ 6458 sayılı Kanunun kapsamının belirtildiği 2. maddede yer alan “*yabancılarla ilgili iş ve işlemler*” ifadesi de bu izlenimin doğmasına neden olmaktadır.

²⁰ Örneğin bkz. 18.03.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu (RG, 07.04.1924, S. 68) m. 88; 18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (RG, 22.12.1981, S. 17552) m. 7, 9.

A. Sistematiik

YUKK beş kısımdan, –Dördüncü Kısım hariç– kısımlar da bölümlerden oluşmaktadır²¹. Birinci kısım başlığında, kısmın bölümlerinin adlarına yer verildiği görülmektedir. Bölümlerin adları ise, madde başlıklarından oluşmaktadır. Ayrıca ikinci bölüm altında, tek fıkradan oluşan tek bir kanun maddesi (m. 4) bulunmaktadır. YUKK tasarısının ilk taslaklarında, ikinci bölümün başlığı “*Genel İlkeler*” olup; bölüm içinde “*Ayrımcılık yasağı*” (m. 4) ve “*Geri gönderme yasağı*” (m. 5) başlığını taşıyan iki maddeye yer verilmişken; sonradan m. 4 metinden çıkarılmıştır. Mevcut hâliyle kısım, madde başlıklarını bölümlere; bölüm başlıklarını da kısım başlığına taşıyan bir görümüne bürünmüştür. Bunun yerine, birinci kısmın, bölümlere ayrılmadan “*Genel Hükümler*” başlığı altında düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Diğer kısım ve bölüm başlıklarının tespitinde ise, kapsamı içeren/ içinde yer alan düzenlemeleri kapsayan daha genel ifadelerin tercih edildiği söylenebilir.

Beşinci kısmın, altıncı bölümü altında yer alan kanun maddeleri arasında, sadece bu kısmı değil, 6458 sayılı Kanunun tamamını ilgilendiren hükümler de yer almaktadır. Taslağın ilk hâllerinde görülmeyen bu durum, muhtemelen sonradan yapılan müdahalelerin, düzenlemenin sistematiği dikkate alınmadan kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

B. Düzenleme Konuları

6458 sayılı Kanunun amacı 1. maddede “*yabancıların Türkiye’ye girişleri, Türkiye’de kalışları ve Türkiye’den çıkışları ile Türkiye’den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları ve İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemek*”; kapsamı ise 2. maddede “*yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye’ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Bu maddelerle, yukarıda verilen sistematiğe ilişkin tabloya bakıldığında, 6458 sayılı Kanunda, konuların üç başlık altında düzenlendiği anlaşılmaktadır:

²¹ Ayrımda Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin (RG, 17.02.2006, S. 26083) dikkate alındığı görülmektedir. Söz konusu Yönetmeliğin m. 12(1) hükmüne göre, “*Müstakil taslaklar kısımlara, kısımlar da bölümlere ayrılabilir...*”

- Yabancılara ilişkin hükümler
- Uluslararası koruma
- Teşkilat

Aslında birbirinden farklı olan bu konuların, ayrı kanunî düzenlemeler şeklinde yapılması tercih edilebilirdi. Kanun tasarısının hazırlık sürecinde de, konuların farklı kanun metinleri olarak düzenlenmesinin düşünüldüğü, ancak daha sonra bundan, uygulamada sorun çıkmasının önüne geçmek için İçişleri Bakanlığının kararıyla vazgeçildiği belirtilmektedir²².

6458 sayılı Kanunun 3. maddesinde, metinde geçen bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Maddede göç, “(y)abancının, yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını, Türkiye’den çıkışını ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı” ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre, 6458 sayılı Kanun, düzenli ve düzensiz göçle birlikte, GİGM’nin kuruluşu, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri içermektedir.

1. Yabancılara İlişkin Hükümler

Yabancılara ilişkin hükümler, genel olarak, 6458 sayılı Kanunun ikinci kısmı içinde yer almaktadır. Bu kısımda, yabancıların Türkiye’ye girişleri (m. 5-18), Türkiye’de ikametleri (m. 19-49) ve Türkiye’den çıkışları düzenlenmiştir. Vatansızlar ve sınır dışı etmeye ilişkin hükümler de, bu kısım içindedir. Bunun yanında, ikinci kısma ait bazı maddelerle, diğer kısımlarda yer alan muhtelif hükümlerde, yabancıların çalışma haklarıyla ilgili önemli değişikliklerin getirildiği de görülmektedir.

a) Ülkeye giriş

aa) Genel olarak

Yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiye’den çıkışları hususu, 6458 sayılı Kanundan evvel PK’da düzenlenmişti. PK, sadece yabancıların değil, vatandaşların giriş ve çıkışları hususunda da düzenlemeler içermekteydi; hatta vatandaşlara dair düzenlemeler PK’da, daha geniş yer tutuyordu. YUKK ile PK’nın yabancılara ilişkin hükümlerinin çoğu²³ yürürlükten kaldırılmış (m.

²² EKŞİ, s. 10-11.

²³ Bununla birlikte, PK’da hâlen yabancıları ilgilendiren hükümler de bulunmaktadır. Örneğin bkz. PK m. 1, 2, 18, 20/son, 27. Yabancılara mahsus pasaportla ilgili olarak bkz. Pasaport

124(1)) ve bir hükmü de (PK m. 34) yabancıları hariçte bırakacak şekilde değiştirilmiştir (m. 123(1))²⁴.

bb) Türkiye'ye giriş şartları

Yabancıların Türkiye'ye girişi ile ilgili şartların, genel olarak PK dönemindekiyle benzer olduğu söylenebilir. Ancak, şartların bazılarında, içerikleri itibariyle, öncesine göre yeniliklerin olduğu görülmektedir. Bu şartları taşımayan yabancıların, Türkiye'ye girişlerine izin verilmez ve geri çevrilirler (m. 7(1)).

Yabancıların Türkiye'ye hukuka uygun bir giriş yapabilmesi için şu şartlar aranmaktadır:

- *Giriş sınır kapılarından yapılmalıdır*²⁵ (m. 5(1); PK m. 1 ve 2).
- *Giriş geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılmalıdır* (m. 5(1), m. 6(1), m. 7(1)(a); PK m. 1 ve 2).

Bu belgelerin, vize²⁶, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli olması gerekmektedir (m. 7(1)(b); m. 15(1)(a)). 6458 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, turizm amacıyla gelen yabancıların, bu şartı taşımadıklarından Türkiye'ye girişlerine izin verilmemiştir. Sorunun ortaya çıkmasının akabinde, Bakanlar Kurulunun, YUKK m. 18'de kendisine tanınan yetkiye dayanarak aldığı 25.04.2014 tarih ve 2014/6281 sayılı kararında²⁷, "*Türkiye'ye giriş yapmak üzere sınır kapılarına gelmiş olmakla birlikte vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanların, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 18 inci maddesine göre, ülkemize girişlerine 31/12/2014 tarihine kadar izin*" verilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, aksine yeni bir karar alınmadığı ya da düzenleme yapılmadığı takdirde, 01.01.2015 tarihinden itibaren altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine

Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (RG, 14.08.2014, S. 29088) m. 5 ve 10.

²⁴ Madde 125 uyarınca, bahsi geçen m. 124 ve m. 123(1), 6458 sayılı Kanunun yayımından bir yıl sonra, yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Madde 3(1)(o)'ya göre, sınır kapısı, "*Bakanlar Kurulu kararıyla Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış için belirlenen sınır geçiş noktalarını*" ifade eder.

²⁶ Madde 3(1)(t)'de, vizenin "*Türkiye'de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan izni*" ifade ettiği belirtilmiştir.

²⁷ RG, 27.04.2014, S. 28984.

geçen belgesi bulunmayan yabancıların Türkiye'ye girişi mümkün değildir.

- *Yabancı'nın Türkiye'ye giriş için kural olarak vizesi bulunmalıdır*²⁸ (m. 7(1)(a), m. 11(1)).
- *Yabancı, vize muafiyeti kapsamında olsa dahi, YUKK m. 15(1)'de sayılan "vize verilmeyecek yabancılar"dan olmamalıdır* (m. 7(1)(c)).

YUKK m. 8'de, 5, 6 ve 7. madde hükümlerinde yer alan şartların, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece söz konusu kanun maddelerinin istisnasız ve sert bir şekilde uygulanması suretiyle, uluslararası korumaya ilişkin hükümlerin işlevsiz hâle getirilmesi ihtimali bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Vizeyle ilgili, son iki şarta ait hususlar öneminden dolayı, aşağıda ayrı bir başlık altında belirtilecektir.

cc) Vize

Göçün kontrolünün temel enstrümanlarından biri olan vize konusu, kendisine etkisi nedeniyle AB ile ilişkiler açısından da önem taşımaktadır. Türkiye'nin vize politikası, bazı yönleriyle AB tarafından zaman zaman eleştirilmiştir²⁹. Bu hususlar göz önünde bulundurularak, 6458 sayılı Kanunda, giriş şartlarından vizeyle ilgili ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. İkinci kısmın birinci bölümünün (m. 5-18), 11 ilâ 17. maddelerinde doğrudan vizeyle ilgili hususlar düzenlenmiştir. Bu maddelere bakıldığında, vize alma zorunluluğu, vize vermeye yetkili makamlar, kimlerin vizeden muaf olduğu, bazı vize çeşitleri, kimlere vize verilmeyeceği, vizenin iptali ve konuya ilişkin Bakanlar Kuruluna tanınan yetkilerin hükme bağlandığı görülmektedir.

6458 sayılı Kanuna göre, yabancılar, prensip olarak, Türkiye'ye vatandaşı oldukları ya da yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını belirten vize alarak giriş yapabilirler (m. 11(1)). Vize almadan

²⁸ Vize alma zorunluluğu ile ilgili bkz. **TEKSOY, Barış**: "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", AÜHFD, 2013, C. 62, S. 3, s. 855-906.

²⁹ **AÇIKGÖZ, Meral/ARİNER, Hakkı O.**: "Turkey's New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction", Briefing Paper 2, January 2014: University of Oxford, Turkish Migration Studies Group (TurkMiS), s. 8-9; Yayına online ulaşmak için bkz. <https://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/Publications/Briefings/TurkMiS/Brief_2_Ariner_Acikgoz_2014.pdf>, (23.03.2015).

muaf tutulan yabancılar YUKK m. 12’de sayılmıştır. Örneğin, geçerli ikamet veya çalışma izni bulunan yabancılar, vizeden muaf olarak ülkeye giriş yapabilirler. Ayrıca, vizeye sahip olmak, Türkiye’ye giriş konusunda mutlak bir hak bahsetmemektedir (m. 11(3)).

PK m. 25’de giriş vizesinin, ülkeye girişi sağlamaya matuf bulunduğu, ikamet süresine ilişkin bir şerh içermediği takdirde yabancıların Türkiye’de ikamet edebileceği süre bakımından herhangi bir hüküm ifade etmeyeceği, bu hususun yabancıların ikamet ve seyahatlerine ilişkin mevzuat hükümlerine tâbi olduğu belirtilmişti. YİSHK m. 3/I’de, bu konudaki genel kurala yer verilerek, Türkiye’de bir aydan fazla kalacak yabancılar için ikamet tezkeresi alma zorunluluğu getirilmişti. YİSHK m. 30 hükmüyle, bazı süreleri belirleme hususunda yetkilendirilen Bakanlar Kurulu, 22.12.2003 tarih ve 2003/6641 sayılı kararıyla³⁰, bir aylık süreyi değiştirmişti. Buna göre, YİSHK m. 3/I’deki bir aylık sürenin, “vize muafiyet süresinin veya yabancıların hamili olduğu vize etiketinde belirtilen ikamet süresinin yeterli olması kaydıyla, 90 gün olarak uygulanması” kararlaştırılmıştı. Böylece, doksan günlük süre belirleyen Türkiye’nin tarafı olduğu bazı sözleşmelerle uyum sağlanmıştı. Daha sonra, Bakanlar Kurulu 10.10.2011 tarih ve 2011/2306 sayılı kararıyla³¹, 2003/6641 sayılı kararını yürürlükten kaldırdı ve doksan günlük süreyi yeniden düzenledi. Buna göre, YİSHK m. 3/I’deki sürenin, “vize muafiyet süresi veya vizede belirtilen kalış süresi yeterli ise yabancıların Türkiye’den çıktığı gün itibarıyla önceki 180 gün zarfında 90 gün olarak” uygulanacağı hükme bağlandı.

Öncesinde, Bakanlar Kurulu kararıyla yapılan bahsi geçen düzenleme, YUKK m. 11(1)’e alınmış; bir başka ifadeyle, kanun hükmü hâline gelmiştir. Madde 11(1) hükmü şu şekildedir: “Türkiye’de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize alarak gelirler. Vizenin veya vize muafiyetinin Türkiye’de sağladığı kalış süresi, her yüz seksen günde doksan günü geçemez.” Schengen vizesine benzerlik gösteren, her yüz seksen günde doksan gün süresine ilişkin uygulamanın yabancı devletler tarafından da, bazı farklılıklar söz konusu olsa da, uygulandığı görülmektedir³².

³⁰ RG, 08.01.2004, S. 25340.

³¹ 10.10.2011 tarih ve 2011/2306 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. RG, 24.10.2011, S. 28094.

³² Bkz. “Türk Vatandaşlarının Tabi Olduğu Vize Uygulamaları”, <<http://www.mfa.gov.tr/turk-vatandaslarinin-tabi-oldugu-vize-uygulamaları.tr.mfa>>, (23.03.2015).

Gerek tanımı ve gerek m. 11 çerçevesinde, artık vizenin, kısa veya uzun, ancak en fazla doksan gün süreyle Türkiye’de ikamet izni aranmaksızın kalış hakkı tanıdığını söyleyebiliriz. Vizenin bu fonksiyonuna uyumlu şekilde, m. 20(a)’da, doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenlerin, vize veya vize muafiyet süresince ikamet izninden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

i) Vize talebinin reddi nedenleri

Hangi yabancılara vize verilmeyeceği m. 15(1)’de hükme bağlanmış olup; hüküm, PK’da yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu nedenler, vize talebinin reddi yanında, yabancıların ülkeye girişini engelleyen fonksiyona da sahiptir (m. 7(1)(c)).

Madde 15(1)’de sayılan nedenlerden bazıları, PK’nın “Türkiye’ye girmesi memnu kimseler” başlığını taşıyan mülga 8. maddesinde sayılan nedenlerin bir kısmını karşılamaktadır. Bunun yanında, (e) ve (ğ) bendinde yer verildiği üzere, farklı nedenler de kabul edilmiştir³³.

Vize verilmeme nedenlerinin genelde, somut bir şekilde belirlendiği, nedenin varlığının/yokluğunun tespitinin bir takdiri gerektirmediği söylenebilir³⁴. Ancak, bazı nedenler açısından aynı sonuca varmak mümkün değildir. Örneğin, “kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülme” (m. 15(1)(c)) nedeninin çerçevesinin net olmadığı, vize vermeye yetkili makamlara ve dolayısıyla sınırda yetkili makamlara geniş bir takdir yetkisi tanıdığı ifade edilebilir³⁵. Aynı şekilde, bir hastalığın kamu sağlığına tehdit oluşturup oluşturumamasına ilişkin (m. 15(1)(d)) nedenin de açık olmadığı belirtilebilir³⁶. Aşağıda değinileceği üzere, sınır kapılarında verilen vizelerde de m. 15’de belirtilen şartlar aranmaktadır. GİGM’nin internet sayfasında, sınırda vize verilebilmesine ilişkin hastalıkla ilgili şart, “(k) amu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen ve Dünya Sağlık Örgütü’nün

³³ UKK m. 15(1)’in ilgili bend hükümleri şu şekildedir: “e) Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar”, “ğ) Vize ihlalinden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler”

³⁴ DARDAĞAN KİBAR, Esra: “An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection”, Perceptions, 2013, Vol. XVIII, No. 3, s. 112.

³⁵ DARDAĞAN KİBAR, s. 112.

³⁶ DARDAĞAN KİBAR, s. 112.

Sağlık Tüzüğünde tanımlanmış, salgın potansiyeli olan hastalıklardan birini taşımamak” şeklinde ifade edilerek, biraz daha somutlaştırılmıştır³⁷.

Vize verilmeyecek ve dolayısıyla ülkeye girişine müsaade edilmeyecek yabancılardan biri de, Türkiye’ye girişleri yasaklı olanlardır (m. 15(1)(b)). 6458 sayılı Kanunun 9 ve 10. maddelerinde, 6458 sayılı Kanundan evvel uygulamayla şekillenen³⁸ giriş yasağı hususu detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükümlerde, giriş yasağı kararı almaya yetkili makam, nedenleri, süreleri ile karar hakkındaki tebligatın yabancıya nasıl yapılacağı ve tebligatın içeriğine ilişkin konuların düzenlendiği görülmektedir. Bunların yanında, kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle, bazı yabancıların girişinin GİGM tarafından ön izin şartına bağlanabileceği belirtilmiştir (m. 9(7)).

Madde 15(1) hükmü emredici nitelik taşımakta olup, nedenlerin tespiti durumunda yetkili makamın, yabancıya vize verilmesinde takdir yetkisi bulunmamaktadır; bununla birlikte, madde kapsamına girmesine rağmen, vize verilmesinde yarar görülen yabancıya Bakanın onayıyla vize verilebileceği ifade edilmiştir (m. 15(2)).

ii) Vize türleri

Vize türlerine ilişkin 6458 sayılı Kanunun düzenlemesi, PK’ya göre daha sınırlıdır; bununla birlikte, m. 11(1)’de, yabancıların *geliş amaçlarını belirten* vize olarak Türkiye’ye gelecekleri belirtildiğinden ve m. 11(7)’de vize türleri ve işlemlerine ilişkin usul ve esasların yönetmelikte düzenleneceği hükme bağlandığından, –çalışma vizesi hariç– farklı vize türü uygulamalarının devam edeceği anlaşılmaktadır.

6458 sayılı Kanunda sadece iki vize türünün düzenlendiği görülmektedir: sınır vizesi ve havalimanı transit vizesi. Türk hukukunda yeni bir vize türü olan havalimanı transit vizesinin, m. 14 hükmünün lafzından, mutlak uygulanacak bir vize olmadığı anlaşılmaktadır³⁹. Bu vize, m. 14(2)’ye göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlığının müştereken belirleyeceği yabancılardan istenebilecektir (m. 14(2)).

Madde 13’e göre, vize almadan sınır kapılarına gelen yabancılara, süresi içinde Türkiye’den ayrılacaklarını belgelemeleri şartıyla, *istisnai* olarak vize verilebilir (m. 13(1)) ve bu vize Bakanlar Kurulu farklı bir süre belirlememişse,

³⁷ “*Yabancılar İle İlgili S.S.S.*”, <http://www.goc.gov.tr/icerik3/yabancılar-ile-ilgili-sss_460_467_1157>, (23.03.2015).

³⁸ **AYBAY**, s. 136, dpn. 53; **ÇİÇEKLİ, Bülent**: Yabancılar ve Polis, Ankara: Seçkin 2003, s. 58.

³⁹ **TEKSOY**, s. 876.

en fazla on beş gün Türkiye’de kalma hakkı sağlar (m. 13(2), son c.). Sınır vizesini vermeye yetkili makam, sınır kapılarının bağlı olduğu valiliklerdir; ancak valilik, bu yetkisini sınırdaki kolluk görevlilerine devredebilir (m. 13(2), 1. c.). Vize verilmesine ilişkin şartlar, sınır vizesi için de aranır; sadece, insanî nedenlere bağlı olarak sağlık sigortası şartının aranmayabileceği ifade edilmiştir (m. 13(3)). Madde 13’de de zikredildiği üzere, sınır vizesi istisnâ bir uygulamadır.

iii) Elektronik vize

Dışişleri Bakanlığınca, 6458 sayılı Kanunun konuya ilişkin hükümleri yürürlüğe girmeden evvel, 17.04.2013 tarihi itibarıyla, *turizm* veya *ticarî amaçla* gelen ve sınır kapılarında bandrol/kaşe vize alma imkânına sahip devletlerin⁴⁰ vatandaşlarının vizelerini internet üzerinden alabilmelerine olanak sağlayan “*elektronik vize*” (E-vize, e-vize, evize) uygulamasına geçilmiştir⁴¹. İnternete ulaşılabilen⁴² herhangi bir yerden harcı ödenerek, çok kısa sürede temin edilebilen elektronik vize uygulamasıyla, kırtasiye ve zaman israfına son vermenin yanında, dış temsilcilikler ile sınır kapılarındaki yoğunluğu azaltmak, turizm gelirlerini artırmak ve dış ticareti olumlu anlamda etkilemek hedeflenmiştir. Elektronik vize için ödenecek harç, sınır kapılarında ödenenden daha azdır⁴³. Elektronik vizenin, uygulamada bandrol/kaşe vize olarak bilinen, sınır kapılarında “bandrol” veya “kaşe” ile verilen vizelerin yerini alması düşünülmeyle⁴⁴ birlikte, turizm sektörünün etkilenmemesi için, geçiş dönemi öngörülerek belli bir süre daha bandrol/kaşe vize uygulamasına devam edilmiştir.

⁴⁰ Bakanlar Kurulu, 10.02.2014 tarih ve 2014/5898 sayılı kararıyla, YUKK m. 18’de kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, vatandaşlarına sınırdaki vize verilebilecek devletler ile vize sürelerini tek tek belirlemiştir. Kararın 2. maddesinde, Kararın 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Karar için bkz. RG, 19.02.2014, S. 28918.

Bakanlar Kurulunun, henüz yürürlüğe girmemiş bir hükmün verdiği yetkiyi kullanmasının eleştiriyeye açık olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁴¹ “*E-Vize Uygulamasının Kapsamının Genişletilmesi Hk.*”, <http://www.mfa.gov.tr/no_-132_-7-mayis-2013_-e-vize-uygulamasinin-kapsaminin-genisletilmesi-hk_.tr.mfa>, (23.03.2015).

⁴² Elektronik vize başvuruları <www.evisa.gov.tr> adresinden yapılabilmektedir.

⁴³ Bkz. “*E-vize ve Sınırdaki Vize Harç Miktarları*”, <<http://www.mfa.gov.tr/data/KONSOLOSLUK/vize-harc-miktarlari-tr.pdf>>, (23.03.2015).

⁴⁴ “*11 Nisan 2014 Tarihi İtibarıyla Hudut Kapılarımızda Sınırdaki Vize Uygulaması ve Geçiş Döneminde Alınacak Tedbirler*”, <<http://www.mfa.gov.tr/11-nisan-2014-tarihi-itibariyle-hudut-kapilarimizda-sinirda-vize-uygulaması-ve-gecis-doneminde-alinacak-tedbirler.tr.mfa>>, (23.03.2015).

Elektronik vize, teminindeki yöntem nedeniyle bu adı almış olup; şartlarını taşımak kaydıyla⁴⁵, diğer vize temini yöntemlerine alternatif teşkil etmektedir. YUKK m. 13’de düzenlenen sınırdaki vize, istisnaîdir ve Bakanlar Kurulu farklı bir süre belirlemediyse Türkiye’de on beş gün kalma imkânı sağlar; ayrıca, yabancıların Türkiye’den süresi içinde ayrılacağını belgelemesi gerekmektedir. Bu çerçevede bakıldığında, sınırdaki vizeye kıyasla, elektronik vize uygulamasının, yabancıların bu kapsamda olması hâlinde, ödenecek harç miktarı, Türkiye’de kalış süresi, edinimindeki kolaylık gibi nedenlerle daha fazla tercih edileceğini söyleyebiliriz⁴⁶.

dd) Hukuka aykırı giriş

PK’nın, hukuka aykırı giriş ve çıkışla ilgili eylemler için vatandaş yabancı ayırımı yapmaksızın cezaî yaptırımlar öngören bazı hükümleri de tamamen ilga edilmiştir. Bu bağlamda, Türkiye sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine geçecek bir belgesi olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs edenlere dair PK m. 33, sınır kapılarından başka yerden ülkeye giriş ve çıkış yapanlar hakkındaki PK m. 35 kaldırılmıştır (m. 124(1))⁴⁷.

Hukuka aykırı giriş yapan yabancılarla ilgili 6458 sayılı Kanunda bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Türkiye’ye giriş ve vize için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar; vize veya vize muafiyet süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler; Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ve giriş yasağı olmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler hakkında m. 54 uyarınca sınır dışı etme kararı verilir. Sınır dışı etme kararı verilen yabancıların Türkiye’ye girişi, GİGM veya valilikler tarafından yasaklanır (m. 9(2)). Giriş ve çıkış hükümlerini ihlal eden yabancılar hakkında ayrıca YUKK m. 102 uyarınca idari para cezası uygulanır (m. 102(1)(a), (b)).

ee) Usulî güvenceler

6458 sayılı Kanunda, yabancıların ülkeye girişiyle ilgili herhangi bir aşamada olumsuz karar verilirse, durumun ilgili yabancıya tebliğ edileceğine

⁴⁵ Kimlerin bu haktan yararlanabileceği, hangi havayolu şirketiyle gelenler için bu hakkın tanındığı, hangi vize türünü alabileceği ve Türkiye’de bu vize ile ne kadar kalabileceği vb. hususlarda bkz. “*Sıkça Sorulan Sorular*”, <<https://www.evisa.gov.tr/tr/info>>, (23.03.2015).

⁴⁶ **AÇIKGÖZ/ARİNER**, s. 10. Medyada yer verilen bir habere göre, 2014 yılında elektronik vize için, 6.131.084 başvuru yapılmış; başvuruların %88’i, yani 5.402.651’i kabul edilmiştir. Elektronik vize uygulaması nedeniyle, 11.428.000 ABD Dolarını geçen miktarda vize harcı tahsil edilmiştir: “*e-Vize’ye 6,1 milyon başvuru yapıldı*”, <<http://www.dunya.com/e-vizeye-61-milyon-basvuru-yapildi-249922h.htm>>, (23.03.2015).

⁴⁷ Bu eylemleri gerçekleştiren vatandaşlarla ilgili PK’da öngörülmüş bir yaptırım bulunmamaktadır.

dair hükümler de kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Türkiye'ye girişe izin verilmemesi ve geri çevirmeye ilgili m. 7(2); giriş yasağı kararına ilişkin m. 10(1) ve vize talebinin reddi veya vizenin iptali işlemlerine dair m. 17(1) belirtilebilir. YUKK m. 7(2) ve 10(1)'de, karara karşı itiraz haklarının nasıl kullanılabileceği ve süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülüklerle de tebligatta yer verileceği belirtilmiştir. Bu yönü ile YUKK, ilgilinin etkin hukukî yollara başvurabilmesini temin edecek hükümler sevk etmiş bulunmaktadır.

b) Ülkeden çıkış

Yabancıların ülkeden çıkışıyla ilgili 6458 sayılı Kanunda getirilmiş önemli bir yenilik bulunmamaktadır. Madde 5 uyarınca ülkeden çıkış, sınır kapılarından ve geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belge ile yapılır. Bu hükme aykırı şekilde Türkiye'yi terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında idari para cezası öngörülmüştür (m. 102(1)(a)). Çıkışa ilişkin hükümlerin ihlali, aynı zamanda sınır dışı edilme nedenidir (m. 54(1)(h)).

c) İkamet

aa) Genel olarak

Yabancıların Türkiye'de ikameti hususu, 6458 sayılı Kanunun ikinci kısmının, ikinci bölümü altında 19 ilâ 49. maddelerde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. YUKK m. 124 uyarınca yürürlükten kaldırılan YİSHK⁴⁸ ile kıyaslandığında, konuya ilişkin önemli yeniliklerin ve değişikliklerin kabul edildiği görülmektedir⁴⁹.

İkinci bölüm altında, genel olarak, *ikamet izni*⁵⁰ alma zorunluluğu, bu zorunluluktan kimlerin muaf olduğu, başvuru, ikamet izninin düzenlenişi, uzatılması, ikamet izni ile ilgili taleplerin reddi hâlinde tebligat ve en önemlisi ikamet izni türlerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Genel olarak önceki mevzuatla kıyaslandığında, konu hakkında açık ve somut bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir⁵¹. Hükümler arasında, çalışma iznine sahip yabancılar

⁴⁸ Madde 122(1)'in birinci cümlesi uyarınca, mevzuatta YİSHK'ya yapılmış atıflar, 6458 sayılı Kanuna yapılmış sayılacaktır. Madde 125 uyarınca, m. 122 ve m. 124, 6458 sayılı Kanunun yayımından bir yıl sonra, yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ DARDAĞAN KİBAR, s. 112 vd.; AÇIKGÖZ/ARİNER, s. 12.

⁵⁰ YUKK m. 3(1)(j)'de ikamet izni, "*Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesi*" olarak tanımlanmıştır. Madde 122(1)'in ikinci cümlesi uyarınca, mevzuatta kullanılan ikamet tezkeresi ifadesinden, 6458 sayılı Kanunda kullanılan ikamet izni anlaşılacaktır.

⁵¹ DARDAĞAN KİBAR, s. 118.

hakkında da bazı hükümler kabul edilmiş olup; bunlara, aşağıda ayrı başlık altında değinilecektir.

Madde 19'a göre, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni alması gerekmektedir. İkamet izinleri kalış amacına uygun ve her bir yabancı için düzenlenir; yani, müşterek ikamet izni söz konusu değildir. İkamet izni alma yükümlülüğünden muaf tutulan yabancılar m. 20'de sayılmıştır.

bb) Başvuru ve yetkili makam

YİSHK m. 3'de, yabancıların Türkiye'ye geldikten sonra ikamet iznini emniyet makamlarına başvurarak alması öngörülmüştü (YİSHK m. 3); yani, yabancıların, Türkiye'ye giriş yapmadan ikamet izni alması mümkün değildi.

Önceki düzenlemeyle kıyaslandığında, 6458 sayılı Kanunun, ikamet izni başvurusuyla ilgili hükümlerinin farklı bir yaklaşım çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. 6458 sayılı Kanuna göre kural, yabancıların ikamet izni başvurusunu vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluga yapmasıdır (m. 21(1)). Konsolosluk, ikamet izni başvurusunu kendi görüşleriyle birlikte, yetkili makam olan GİGM'ye iletcek ve gelen cevaba göre işlem yapacaktır (m. 21(4); ayrıca bkz. m. 110(3), (a) ve (c)). İkamet izninin kural olarak yurt dışından yapılması ve/veya temin edilmesi gerektiğinden, 6458 sayılı Kanunda bu yaklaşıma paralel hükümler de kabul edilmiştir. Bu bağlamda, ikamet izni sahipleri, yukarıda da belirtildiği üzere, m. 12 uyarınca vize alma zorunluluğundan muafırlar. Ayrıca, ikamet izni, alınmasından itibaren altı ay içinde kullanılmadığı takdirde geçerliliğini kaybetmektedir (m. 19(1), 2. c.).

Yurt dışından ikamet veya çalışma izni olarak gelen yabancıların, giriş tarihinden itibaren yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmaları gerekmektedir (m. 26(2)).

İkamet izni başvurusunun, yurt dışından yapılması yönündeki kural, aynı kişinin önce vize, geldikten sonra ikamet izni alması şeklindeki iki aşamalı süreci kaldırarak, usulü basitleştirmiş ve bürokratik işlemleri azaltmıştır. Diğer taraftan, ikamet için gelme amacı taşıyan yabancıların, girişinden evvel şartlarının incelenerek; bir olumsuzluk varsa, talebinin reddedilebilmesi ve dolayısıyla Türkiye'ye girişinin de engellenebilmesi, düzensiz göçle mücadele açısından etkin bir enstrüman sağlamaktadır⁵².

⁵² AÇIKGÖZ/ARİNER, s. 12.

Bazı hâllerde yabancı hukuken Türkiye’de bulunurken, ikamet izni almak durumunda kalabilir veya ikamet izni türünü değiştirmeye ihtiyaç duyabilir. Kanun koyucu, bu ihtimalleri de öngörerek, m. 22’de, yurt içinden istisnaen başvuru *yapılabilecek* hâlleri tek tek on bir bendde saymıştır. Bu ihtimallere bakıldığında, yurt içinden başvuru yapılabilecek hâllerin kapsamının mümkün olduğu kadar geniş tutulduğu görülmektedir. Böylece, sayılan hâllerden birinin varlığı durumunda yabancının, ülke dışına çıkarak başvurusunu yurt dışından yapması zorunluluğu bulunmamaktadır. Yurt içinden yapılacak ikamet izni başvurularında, başvuru makamı valiliklerdir. Valiliklere, ikamet izni başvurularının uzatılması hususunda da yetki verilmiştir (m. 24(1), (4)).

Her bir ikamet izni türüyle ilgili şartlar, ilgili maddede belirtilmiştir. Ancak, tüm ikamet izni türlerine ilişkin başvurularda yabancıların, talep ettikleri ikamet izni süresinden altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeye sahip olmaları şartı aranmaktadır (m. 21(2)); buna paralel olarak, m. 23(1)’de, ikamet izinlerinin, sahip olunan söz konusu belgelerin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli düzenleneceği hükme bağlanmıştır⁵³.

cc) İkamet izni türleri

6458 sayılı Kanunun ikamet izinlerine ilişkin hükümleri arasında yer alan en önemli yeniliklerden biri, öncesinde daha çok genelgelerle düzenlenen⁵⁴ ikamet izni türlerinin kanunen belirlenmesidir. 6458 sayılı Kanunda, altı çeşit ikamet izni türü öngörülmüştür: Kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insanî ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni (m. 30(1)). Her bir ikamet izni türüne ilişkin olarak, hangi yabancılar için öngörüldüğü, şartları, süresi, ikamet izninin reddi, iptali ve uzatılmaması hususları ayrı ayrı ve detaylı bir şekilde düzenlenmiştir⁵⁵.

⁵³ İkamet izni başvurusuyla ilgili GİGM’nin internet sayfasında yer alan bilgilerde, başvurunun bizzat, yasal temsilci ya da avukat aracılığıyla yapılabileceği; ancak, başvuruyu alan makamın yabancının hazır bulunmasını isteyebileceği belirtilmiştir: “*İkamet İzni Başvurusunda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar*”, <[http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5\(1\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5(1).pdf)>, (23.03.2015).

⁵⁴ ÇİÇEKLİ, s. 74 vd.; ÇİÇEKLİ, **Bülent**: Yabancılar Hukuku, B. 3, Ankara: Seçkin 2012, s. 109 vd. [*Yabancılar*].

⁵⁵ GİGM tarafından 16.01.2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulan ve illere dağıtılan düzenleme çerçevesinde, kısa dönem, aile, öğrenci ve uzun dönem ikamet izinleri başvurusunda ve uzatılması taleplerinde istenen belgeler tek tek belirlenmiştir. Bkz. “*İkamet İzni Başvuruları İçin Gerekli Belgeler*”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-basvurulari-icin-gerekli-belgeler_350_361_3603_icerik>, (23.03.2015).

İkamet izni türlerine ilişkin tüm hususlara, makalenin amaçlanan çerçevesini aşmamak için girilmeyecek; önemli görülen birkaç hususa değinilecektir. Türkiye’de kalış amacı dışında da ikamet izni türleri arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, idarenin takdirî/bağlı yetkisi açısından, ikamet izni türlerine ilişkin hükümlerin farklılığı dikkati çekmektedir. Örneğin, kısa dönem ve aile ikamet izinlerinin *verilebileceği* ifade edilirken, öğrenci ve uzun dönem ikamet izinlerinde “*verilir*” ibaresi kullanılmıştır. Ayrıca, sayılan türlerden, insanî ve insan ticareti mağduru ikamet izinleri, yetkili makamlar tarafından re’sen düzenlenirler⁵⁶. Diğer bir farklılık, ikamet izni harçlarıyla ilgili olup; m. 123(2) ile 02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu⁵⁷ m. 88’e eklenen bendler uyarınca, uzun dönem ikamet izni bulunanlar ve insan ticareti suçunun mağdurları ikamet izni harcından muaf tutulmuşlardır⁵⁸.

6458 sayılı Kanunda bazı ikamet izni türlerine sahip olanların hakları hususunda da hükümler kabul edildiği görülmektedir. Bunlardan, uzun dönem ikamet izni sahiplerine sağlanan hakların sayıldığı m. 44 hükmü önemlidir. Maddenin ilk fıkrasına göre, uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar, (a) askerlik yapma yükümlülüğü, (b) seçme ve seçilme, (c) kamu görevlerine girme, (ç) muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar. Hükme göre, haklar konusunda, istisna tutulanlar dışında, vatandaşlarla eşitlik sağlanmıştır. Hüküm, 5901 sayılı TVK’nın 28. maddesine paralellik arz etmektedir. Buna göre, Türk hukukunda, uzun dönem

GİGM’nin internet sayfasında yer alan, “*İkamet İzni Başvuru Belgesi*”ne ilişkin bilgi dikkat çekmektedir. Buna göre, başvurusu alınan yabancıya idare tarafından adı geçen belge verilecektir. Bu belge, yabancıya başvuru tarihinden itibaren doksan gün boyunca Türkiye’de yasal kalış hakkı sağlamaktadır: “*İkamet İzni Başvurusunda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar*”, <[http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5\(1\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5(1).pdf)>, (23.03.2015).

⁵⁶ AÇIKGÖZ/ARİNER, s. 16-17.

⁵⁷ RG, 17.07.1964, S. 11756.

⁵⁸ 21.02.1963 tarih ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu (RG, 28.02.1963, S. 11343) eki tabloda yer verilen ve değerli kağıt sayılan ikamet izinleri bir bedel karşılığı yabancılara teslim edilir. İkamet izinleri için belirlenen bedel, 2015 yılı için, 210 sayılı Kanunun 1. maddesine dayanılarak Muhasebat Genel Müdürlüğüne çıkarılan Tebliğe (RG, 31.12.2014, S. 29222) göre 55 TL’dir. İkamet izinleri harçları hakkında bilgi için bkz. “*İkamet İzni Belgesi-Harç Miktarları*”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-belgesi---harc-miktarlari_409_414_901_icerik>, (23.03.2015).

ikamet izni sahibi yabancılar, TVK m. 28’de belirtilen yabancıardan sonra, en ayrıcalıklı statüye sahip yabancı kategorisini oluşturmaktadır. Madde 44’ün ikinci fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen bu haklara, kısmen veya tamamen sınırlama getirme hususunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir. Kanunen tanınan hakları, idari düzenlemelerle kısıtlama veya yasaklama imkânı getiren ikinci fıkra hükmünün, Anayasa m. 16 hükmüne uygunluğu tartışılmalıdır. Üstüne üstlük, m. 44(2)’de, Bakanlar Kuruluna bu yetki verilirken, yetkinin çerçevesi, şartları ve sair hususlara ilişkin bir belirleme de söz konusu değildir. Ayrıca, m. 44(1)’de geçen, “*özel kanunlardaki düzenlemeler hariç*” ibaresinin de, tanınan haklar konusunda farklı tartışmaları gündeme getirebileceğini söyleyebiliriz.

dd) Hukuka aykırı ikamet

İkamet izinlerine ilişkin hükümlere aykırılık hâlinde de, yabancıların m. 54 uyarınca sınır dışı edilmesi gündeme gelecektir. Madde 54(1)’in (c), (f), (g) ve (j) bentlerinde sayılan sınır dışı etme nedenleri doğrudan ikamet izinlerine ilişkindir. Hakkında bu nedenlerden birine dayalı sınır dışı kararı verilen yabancı hakkında da Türkiye’ye giriş yasağı konulacaktır. Madde 102’de, doğrudan ikamet izni nedeniyle öngörülmüş bir idari para cezası söz konusu değildir; ancak, m. 5 ve 9 hükümlerinin ihlâli hâlinde yabancı hakkında, m. 102(1)’in (a) ve (b) hükümleri uyarınca, idari para cezasına hükmedilecektir.

ee) Usulî güvenceler

İkamet izni talebinin reddi hâlinde, durumun ilgiliye tebliğ edilmesi gerekmektedir (m. 21(6); m. 25). Yurt içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması kararları, yabancıya, yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edilir (m. 25(2), 1. c.). Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabileceğinin ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülüklerine de yer verilmelidir (m. 25(2), 2. c.).

Madde 25’de, ikamet iznine dair olumsuz işlemler sırasında (ikamet izni talebinin reddi, uzatılmaması veya iptali), yabancıların Türkiye’deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususların göz önünde bulundurulacağı ve ikamet iznine ilişkin kararın ertelenebileceği hükme bağlanmıştır (m. 25(1), 2. c.). Böylece başta AİHS olmak üzere, insan haklarına ilişkin düzenlemelerde güvenceye bağlanan hakların ihlali sonucunu doğurabilecek uygulamalardan kaçınma imkânı getirilmiştir.

d) Çalışma izni

Yukarıda kısmen belirtildiği gibi, 6458 sayılı Kanunda yabancıların çalışma iznine dair de yeni düzenlemeler kabul edilmiştir. Uluslararası korumaya ilişkin hükümlerde de çalışmaya dair maddeler bulunmakla birlikte, bu başlık altında yabancılarla ilgili genel hükümlere değinilecektir.

Madde 27(1)'de, çalışma izni ve çalışma izni muafiyet teyit belgesinin (YÇİHK m. 10) ikamet izni sayılacağı hükme bağlanmış⁵⁹; yani 6458 sayılı Kanunda çalışma amaçlı ikamet izni düzenlemesine yer verilmemiştir. Ayrıca, m. 12(1)(b)'de çalışma izni bulunan yabancılar, vize alma zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır.

Madde 123(5) hükmüyle yapılan muhtelif değişikliklerle, YUKK ile YÇİHK arasındaki uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, öncesinde, yurt dışında bulunan ve ilk defa Türkiye'ye çalışmak için gelecek yabancıların, yurt dışı temsilciliğine önce çalışma izni, bu izni almasından sonra çalışma vizesi için başvuru yapması; bunun da alınması akabinde Türkiye'ye girişten sonra ikamet izni için başvurması gerektiği yönünde düzenleme getiren YÇİHK m. 12/I hükmü tamamen değiştirilmiştir (m. 123(5)(c)). Söz konusu hükmün yeni hâlinde, yurt dışından başvuru usulü yanında, yabancıların çalışma iznindeki süre kadar Türkiye'de kalabileceği ve çalışabileceği belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde, çalışma izni sahibi yabancıların, ülkeye ilk veya sonraki girişlerinde vize zorunluluğundan muaf olduğu gibi ikamet izni almasına da gerek yoktur⁶⁰.

Ancak bu durum, çalışma izninin verilmesinde veya süresinin uzatılmasında YUKK hükümlerinin etkili olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira m. 27(2) uyarınca, çalışma iznine dair bu taleplerin değerlendirilmesinde m. 7'deki şartlar aranacaktır. YÇİHK'nın 14. maddesinin –m. 123(5)(ç) ile değişik– (c) bendine göre, İçişleri Bakanlığının olumsuz görüş bildirmesi, çalışma izni ve çalışma izninin uzatılması talebinin reddi nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Bu hükümden de, çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması taleplerinde İçişleri Bakanlığının görüşünün alınacağı anlaşılmaktadır. İçişleri Bakanlığının, görüşünü oluştururken m. 7 hükmünü esas alacağını söyleyebiliriz.

Yine, YUKK m. 123(5)(d) hükmüyle değiştirilen YÇİHK m. 19'un (a) bendine göre, yabancı hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi veya

⁵⁹ İkamet izni yerine geçen çalışma izninin şekli ve içeriği, İçişleri Bakanlığı ve ilgili kurumlarca birlikte belirlenir (m. 23(2)).

⁶⁰ Çalışma izni ile Türkiye'ye gelen yabancılar da, giriş tarihinden itibaren yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kaydolmak zorundadırlar (m. 26(2)).

Türkiye'ye girişinin yasaklanması, çalışma izninin geçerliliğini kaybetmesi sebeplerinden birini teşkil etmektedir.

YÇİHK'daki bir başka değişiklik, 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun⁶¹ m. 22'yle getirilmiştir. Süresiz çalışma iznini düzenleyen YÇİHK m. 6'yı tamamen değiştiren söz konusu 22. maddenin gerekçesinde, uzun dönem ikamet iznine ilişkin 6458 sayılı Kanunun düzenlemesiyle uyum hususu vurgulanmıştır⁶². YÇİHK m. 6'nın yeni hâlinde, uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar veya kesintisiz en az sekiz yıl kanunî ikamet izni ile kalmış olanlar veya en az sekiz yıl kanunî çalışması olan yabancılara süresiz çalışma izni verilebileceği hükme bağlanmıştır. Hükümde ayrıca, süresiz çalışma izni sahiplerinin hakları ve iznin iptali hususu, YUKK hükümlerine atıfla düzenlenmiştir (YÇİHK m. 6/II, III). Değişiklik öncesinde YÇİHK m. 6 hükmünde, süresiz çalışma izni için sekiz yıl ikamet veya altı yıl kanunî çalışma şartı aranmış; buna göre de, uzatmalarla birlikte toplam altı yıl için verilen süreli çalışma izni (YÇİHK m. 5) süresinin bitmesiyle yabancının, süresiz çalışma izni alabilmesine imkân tanınmıştır. Madde 6'nın değiştirilmesi sonrasında, süreli ve süresiz çalışma izni arasındaki bu uyumun ortadan kalktığı söylenebilir.

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyet teyit belgesi ikamet izni sayılmakla birlikte, bunlarla ilgili yabancılardan çalışma izni süresi kadar ikamet izni harcı alınacaktır (m. 27(1), 2. c.). Ancak, süresiz çalışma izni sahibi yabancılar, ikamet izni harcından muaf tutulmuşlardır (Harçlar Kanunu m. 88(h)⁶³).

YÇİHK m. 6/sonda, çalışma izni verilen yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışlarına ilişkin kayıtların İçişleri Bakanlığı tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirileceği hükme bağlanarak, Türkiye'de çalışan yabancılarla ilgili adı geçen bakanlıklar arasında koordinasyon sağlanmaya çalışılmaktadır.

YUKK m. 41'de, *öğrencilerin çalışma hakkına dair yeni bir düzenleme yapılmıştır*. Bu hükümle, ön lisans, lisans ve lisansüstü programı öğrencilerinin,

⁶¹ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun için bkz. RG, 11.09.2014, S. 29116.

⁶² 6552 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss639.pdf>>, (23.03.2015).

⁶³ Harçlar Kanununa bu bend, 6552 sayılı Kanunun 23. maddesi ile eklenmiştir. Madde gerekçesinden, harç hesabında esas alınacak bir sürenin olmamasından dolayı böyle bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

çalışma izni almaları kaydıyla çalışmalarına da imkân sağlanmıştır. Ancak, ön lisans ve lisans öğrencileri, ancak ilk yıldan sonra ve haftada en fazla yirmi dört saat çalışabilirler. Belirtilen son kısıtlamalar, lisansüstü öğrenciler için aranmamaktadır.

Son olarak, yabancının izin almaksızın çalışmasının, sınır dışı etme nedenlerinden biri sayıldığını belirtelim (m. 54(1)(ğ))

e) Vatansızlar⁶⁴

Vatansızlık, başta kişinin, sonra devletlerin, uluslararası toplumun ve düzenin menfaatlerine aykırısı, istenmeyen bir durumdur⁶⁵. Ancak, vatandaşlığı belirleme hususunda devletlerin sahip olduğu münhasır/mahfuz yetki ve vatandaşlıkla ilgili her devlet için geçerli uluslararası bir düzenleme bulunmaması nedenleriyle, doğum anında ya da sonradan vatansızlık hâlleri ortaya çıkabilmektedir.

Vatansızlık, uluslararası hukukun da ilgi alanındaki konulardan biridir. Konu hakkındaki uluslararası hukuktaki çalışmaların ve gelişmelerin iki yönlü olduğu söylenebilir. İlk yön, vatansızlığın azaltılması/önlenmesine yönelik çalışmalardır. Uluslararası düzeyde, bazı milletlerarası anlaşmalar, konuyu bizzat düzenlemektedir⁶⁶. Bunun yanında, farklı konulara ilişkin olmakla

⁶⁴ YUKK m. 3(1)(ş)'de, vatansız kişi, "(h) iç bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi" şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁵ **AYBAY, Rona:** Vatandaşlık Hukuku, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006, s. 60 [*Vatandaşlık*].

Vatansızlık hakkında detaylı bilgi için bkz. **AYBAY**, Vatandaşlık, s. 60 vd.; **NOMER, Ergin:** Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul: Filiz 2014, s. 42 vd.; **GÜNGÖR, Gülin:** Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler), Ankara: Yetkin 2012, s. 20 vd.; **DOĞAN, Vahit:** Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara: Savaş 2014, s. 27-28; **ERDEM, B. Bahadır:** Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 3, İstanbul: Beta 2013, s. 12 vd.

⁶⁶ Örn. Türkiye'nin de tarafı olduğu Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu (*International Commission on Civil Status*) tarafından hazırlanan 13.09.1973 tarihli Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme (RG, 15.08.1975, S. 15327). Sözleşme, çocuğun doğum yoluyla vatansız kalmasını önlemeyi ve anasının vatandaşlığını kazanmasını sağlamaya yönelik hükümler içermektedir. Diğer bir uluslararası sözleşme BM tarafından hazırlanan 30.08.1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair New York Sözleşmesidir. Sözleşme, hâlen TBMM gündeminde olup; Türkiye açısından henüz yürürlüğe girmemiştir. Bkz. <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss89.pdf>, (23.03.2015). Bu Sözleşmede, doğum yoluyla vatansızlığın önlenmesi yanında, sonradan vatansız kalınmasını önleyen hükümler de bulunmaktadır. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. **GÜNGÖR, Gülin:** "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi", AÜHFD, 2014, C. 63, S. 3, s. 479-507; **ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet/TEKSOY, Barış:** "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu", TBB Dergisi, 2013, S. 107, s. 221-244.

birlikte vatansızlığı azaltan/önleyen hükümler içeren uluslararası düzenlemeler de söz konusudur⁶⁷. İkinci yön, vatansızların hukukî statülerinin belirlenmesi, korunması ve iyileştirilmesidir. Konuyu bizzat düzenleyen, 28.09.1954 tarihli BM Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeye, Türkiye yeni taraf olmuştur⁶⁸. Bunun yanında, konuya ilişkin hükümler içeren milletlerarası anlaşmalar da söz konusudur⁶⁹. Ayrıca, insan haklarına ilişkin düzenlemeler, aynı zamanda, vatansızların haklarını da güvence altına almaktadır.

6458 sayılı Kanundan evvel, genel düzenleme bulunmamakla birlikte, vatansızlara ilişkin hususlar, mevzuat içerisinde dağınık bir şekilde yer almıştır. Örneğin TVK’da vatansızlığı önlemeyi amaçlayan hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, doğum yeri esasına yer verilmiş (TVK m. 8); Türk vatandaşlığından izin almak veya seçme hakkını kullanmak suretiyle ayrılabilmek için vatansız duruma düşmeyecek olma şartı getirilmiştir (TVK m. 25(1)(b); m. 34(2)). Türk vatandaşlığından bu yolla ayrılanların çocukları için de aynı ilke dikkate alınmıştır (TVK m. 27(3); m. 35(2)). 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷⁰ m. 4(1)(a)’da, vatandaşlığa göre uygulanacak hukukun belirlendiği hâllerde, vatansızlar için hangi hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında, Türk hukukunda vatansızlara, diğer yabancılarla aynı muamelede

⁶⁷ Örn. –milletlerarası sözleşme niteliğinde olmamakla birlikte–, 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si m. 15(1): “*Her ferdin bir vatandaşlığa hakkı vardır.*” (RG, 27.05.1949, S. 7217); 20.11.1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirgesi İlke 3: “*Çocuğun doğuştan bir isme ve vatandaşlığa hakkı vardır.*” (metin için bkz. <<http://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>>, (23.03.2015)). BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7(1): “*Çocuk... doğumdan itibaren... bir vatandaşlık kazanma hakkına... sahip olacaktır.*” (RG, 27.01.1995, S. 22184); BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (RG, 14.10.1985, S. 18898) m. 9(1): “*Taraf Devletler, tâbiyetin kazanılmasında, değiştirilmesinde veya muhafazasında kadınlara erkekler ile eşit haklar tanıyacaklar ve özellikle bir yabancıyla evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın tâbiyetini değiştirmesinin, kadının da otomatik olarak tâbiyet değiştirmesine, tâbiyetsiz kalmasına veya kocanın tâbiyetini zorla almasına yol açmamasını temin edeceklerdir.*” Türkiye’nin henüz tarafı olmadığı Avrupa Konseyi Vatandaşlık Sözleşmesi m. 4(a): “*Herkesin vatandaşlığa hakkı vardır.*” Sözleşme metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=166&CM=8&DF=12/04/2014&CL=ENG>>, (23.03.2015); Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. **AYBAY**, Vatandaşlık, s. 449-461.

⁶⁸ RG, 25.10.2014, S. 29156.

⁶⁹ Örn. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7(2): “*Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.*”

⁷⁰ RG, 12.12.2007, S. 26728.

bulunulmuştur. Ancak, karşılıklı işlem esasına bağlı haklarda, vatansızlar için bu esas aranmamıştır⁷¹.

YUKK 50 ve 51. maddeler, Türk hukukunda vatansızlara ilişkin temel kanunî düzenlemeleri içermesi itibarıyla önemlidir. Madde 50'ye göre, vatansızlığı tespit edilenlere, hiçbir harca tâbi olmayan vatansız kişi kimlik belgesi verilir. Belgenin alınması, kişinin vatansız olmasına ve herhangi bir devlette vatansız kişi işlemi görmüyor bulunmasına bağlıdır. Herhangi bir devletin vatandaşlığının kazanılması hâlinde belge, geçerliliğini kaybeder.

İki yılda bir valilikler tarafından yenilenen ve ikamet izni yerine geçen vatansız kişi kimlik belgesi sahiplerine tanınan haklar ve güvenceler 51. maddede sayılmıştır. Madde 51'e göre bunlar, ikamet izni türlerinden biri için talepte bulunabilirler; kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilmezler; yabancılar için aranan karşılıklılık şartından muaftırlar; PK m. 18 hükmü uyarınca yabancılar mahsus damgalı pasaport alabilirler ve YÇİHK m. 8'e YUKK m. 123(5)(b) hükmüyle eklenen (1) bendi uyarınca, istisnâ çalışma izni olarak Türkiye'de çalışabilirler.

f) Sınır dışı etme

Anayasa m. 19'da, şekil ve şartları kanunla belirtmek kaydıyla “...hakkında sınır dışı etme... kararı verilen bir kişinin yakalanması ve tutuklanması”nın, herkes için güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir.

6458 sayılı Kanundan evvel, YİSHK'nın “Muzır şahıslar” başlıklı m. 19 ve devamında sınır dışı etmeyle ilgili genel düzenlemelere yer verilmişti. PK m. 34 ile İltica ve Göç Yönetmeliği⁷² m. 29'da da konu hakkında özel hükümler bulunmaktaydı. 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun⁷³ [TCK] hâlen yürürlükte bulunan m. 59⁷⁴ hükmü de bu döneme

⁷¹ EKŞİ, s. 42.

⁷² Kısaca 1994 Yönetmeliği veya İltica ve Göç Yönetmeliği olarak anılan “Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” için bkz. RG, 30.11.1994, S. 22127.

⁷³ RG, 12.10.2004, S. 25611.

⁷⁴ 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, 31.03.2005, S. 25772) m. 1 ile değiştirilen TCK m. 59 hükmü şu şekildedir: “İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan

ilişkin düzenlemeler arasındadır⁷⁵. Bunların yanında, doğrudan veya dolaylı olarak sınır dışı etmeye ilişkin hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler de söz konusudur⁷⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere YUKK, YİSHK'yı tamamen, PK'nın ise aralarında 34. maddenin de bulunduğu bazı hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır⁷⁷. Günümüzde, sınır dışı etmeye ilişkin hususlar, 6458 sayılı Kanunun 52 ilâ 60. maddelerinde ayrıntılı ve belli bir sistem dâhilinde yeniden düzenlenmiştir⁷⁸. Ayrıca, 6458 sayılı Kanunun başka maddelerinde de, hükme bağlanan konuyla ilgisi bağlamında sınır dışı etmeye dair özel hükümler bulunmakta olup⁷⁹; bu hükümler çoğunlukla sınır dışı kararının sonuçlarına

ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir."

⁷⁵ Bu döneme ilişkin genel bilgi için bkz. **AYBAY**, s. 262 vd.; **AYBAY, Rona**: "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S. 2, s. 147-159 [*Sınırdışı*]; **ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL**, s. 111 vd.; **DARDAĞAN, Esra**: Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme, AÜSBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1993, s. 69 vd.; **ÇİÇEKLİ**, s. 103 vd.; **ÇİÇEKLİ**, Yabancılar, s. 187 vd.; **KABAALİOĞLU, Halûk/EKŞİ, Nuray**: "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", MHB, 2004, Y. 24, S. 1-2 (Prof. Dr. Sevin TOLUNER'e Armağan), s. 506 vd.; **SİRMEN, K. Sedat**: "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3, s. 31 vd.; **ERGÜL, Ergin**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Ankara: Yargı 2012, s. 42 vd.; **YILMAZ, Abdülhalim**: "Türkiye'de Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Uygulama ve Yargısal Denetim", Sınır ve Sınırdışı – Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar (Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 207 vd.

⁷⁶ Milletlerarası sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. **AYBAY**, Sınırdışı, s. 163-171; **EKŞİ**, s. 110 vd.; **DARDAĞAN**, s. 146 vd.; **ÇİÇEKLİ, Bülent**: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B. 5, Ankara: Seçkin 2014, s. 172-175 [*Yabancılar ve Mülteci*]; **SİRMEN**, s. 35 vd.

⁷⁷ İltica ve Göç Yönetmeliği de, Geçici Koruma Yönetmeliği m. 61 hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Geçici Koruma Yönetmeliği için bkz. RG, 22.10.2014, S. 29153.

⁷⁸ Söz konusu hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **DARDAĞAN KİBAR**, s. 118 vd.; **DARDAĞAN KİBAR, Esra**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Sınırdışı Etmeye İlişkin Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler", Sınır ve Sınırdışı – Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar (Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 182-206 [*Yenilikler*]; **ÖZÇELİK, Gülüm B.**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013, S. 108, s. 211-258. YUKK, tasarı hâlindeyken yapılan ayrıntılı bir çalışma için bkz. **DARDAĞAN KİBAR, Esra**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2012, C. 11, No. 2, s. 53-74 [*Tasarı*].

⁷⁹ Örn. bkz. m. 9(2), (4); m. 16(2); m. 33(1)(ç); m. 36(1)(c); m. 40(ç); m. 46(1)(b), (c); m. 51(1)(b); m. 79(1)(ç), (e); m. 97(1)(b); m. 123(5)(d) ile değişik YÇİHK m. 16(a).

ilişkindir. Yani YUKK, sınır dışı etme kararının, ilgili konu kapsamındaki sonuçlarını da kanunen düzenlemiştir.

aa) Yetkili makam ve sınır dışı etme nedenleri

Sınır dışı etme kararı alma yetkisi valiliklere verilmiştir. Valilik, re'sen veya GİGM'nin talimatı üzerine kararını verir (m. 53(1)). YUKK m. 54(1)'de, hakkında sınır dışı etme kararı verilecek yabancılar, farklı bir ifadeyle sınır dışı etme nedenleri belirtilmiştir. Hükmün ifadesinden, nedenlerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, idarenin sınır dışı etme kararı vermesi gerektiği, yani bağlı yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır⁸⁰. Ancak, sayılan nedenlerden bazılarında, gerçekleşip/gerçekleşmediğini tespit açısından idarenin takdiri önem kazanmaktadır (örn. m. 54(1)(a), (d)). Sadece m. 54(1) hükmüne dayanılarak sınır dışı etme kararı verilemez; idarenin, hangi nedenin yabancı hakkında gerçekleştiğini de kararında somut bir şekilde belirtmesi gerekmektedir.

İnsan hakları ve insanî nedenlerle, bazı kişilerle ilgili sınır dışı etme kararı alınması sınırlandırılmıştır. Madde 54'ün ikinci fıkrasında, uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi kişilerin “...sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı” alınabileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, vatansız kişi kimlik belgesine sahip olanlar, “(k)amu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilmezler.” (m. 51(1)(b)). Son olarak, m. 55'de, sınır dışı etme nedenleri gerçekleşse dahi haklarında sınır dışı kararı verilemeyecek yabancılar tek tek sayılmıştır.

Madde 54(1)'e bakıldığında, on üç bendde sayılan sınır dışı etme nedenlerinin, öncesinde soyutluğu sebebiyle eleştirilen “*umumî güvenliğe, idare ve siyasî icaplara aykırı*”lık (YİSHK m. 19) kavramları kapsamında ve altında uygulamayla somutlaşan nedenleri⁸¹ de içerecek şekilde tek maddede ayrı ayrı ve genelde somut olarak belirlendiği görülmektedir. Bununla birlikte, m. 54(1)(a) ve (d)'de belirtilen nedenlerin, diğerleriyle kıyaslandığında, çerçevesinin net olmadığını da ifade edebiliriz. Madde 54(1)(a)'da yer alan TCK m. 59 kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler ifadesi farklı yorumlara neden olabilir. Kanaatimizce

⁸⁰ ÖZÇELİK, s. 217, 218.

⁸¹ YUKK öncesi sınır dışı etme nedenleri hakkında bkz. AYBAY, Yabancılar, s. 263-269; ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 179-182; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 111-114.

TCK m. 59, her hapis cezası mahkûmiyetini, sınır dışı nedeni görmemiş, bunun takdirini İçişleri Bakanlığına bırakmıştır⁸². Madde 54(1)(a) hükmü de, benzer şekilde, hapis cezası mahkûmiyetini tek başına sınır dışı etme nedeni olarak düzenlememiştir. Bu aşamada, mahkûmiyet kararının verilmesine dayanak teşkil eden suç konusu eylemin etkili olacağını; her olayla ilgili ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini söyleyebiliriz. Madde 54(1)'de, “(k)amu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar” da sınır dışı edilecek yabancılar arasında sayılmıştır. Kullanılan kavramların içeriğinin net olmaması nedeniyle, bu nedenin tespiti açısından idareye geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir⁸³. Bahsi geçen nedenlerin kapsamı, bunlara dayalı idari işlemler ve idari işlemler hakkında verilecek yargı kararlarıyla birlikte zamanla belirginleşecektir⁸⁴.

bb) Tebligat

YUKK m. 53(2)'de, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancı, etkin hukukî yollara başvuru hakkını güvence altına alan hükümler getirilmiştir. Buna göre, sınır dışı etme kararının gerekçeleriyle birlikte, yabancıya veya yasal temsilcisi ya da avukatına tebliğ edilmesi ve eğer bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa yabancı, kendisinin veya kanunî temsilcisinin, sınır dışı etme kararının sonucu, itiraz usulleri ve sürelerle ilişkin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Tebligat ve içeriğine dair getirilen bu güvenceler sayesinde, yabancı, karardan yazılı şekilde haberdar olması ve kararla ilgili tavrını alabilmesine imkân tanınmıştır.

cc) Yargısal güvence

Sınır dışı etme kararlarının yargısal denetimine ilişkin düzenleme, YUKK m. 53(3)'de şu şekilde hükme bağlanmıştır: “*Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancı, rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.*” Yargılamaya

⁸² DARDAĞAN KİBAR, Tasarı, s. 57.

⁸³ DARDAĞAN KİBAR, Tasarı, s. 65; DARDAĞAN KİBAR, Yenilikler, s. 188; ÖZÇELİK, s. 228.

⁸⁴ DARDAĞAN KİBAR, Yenilikler, s. 188.

ilişkin, bazı açılardan 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁸⁵ [İYUK] hükümlerinden ayrılarak özel hükümler ve usul kurallarının getirildiği bu fıkranın düzenlenmesinde, AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararlar gözetilmiş ve bu bağlamda yabancıların hukukî yolları etkin bir şekilde kullanabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Aşağıda biraz daha ayrıntılı değinileceği üzere, m. 53(3) hükmünün, yabancılara, önemli güvenceler getirdiğini; ancak, diğer yandan bazı sorunlar da içerdiğini belirtebiliriz.

Yeni düzenlemenin en olumlu yanlarından biri, kuşkusuz, yabancıların hukukî başvuru yollarını etkin bir şekilde kullanabilmesine olanak sağlayacak şekilde, sınır dışı etme kararının icrasının belli bir süre kendiliğinden duracağı/öteleneyeceğinin kabul edilmesidir. Hükümden, ilk olarak, sınır dışı etme kararının tebliğinden önce yabancıların sınır dışı edilebilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira sınır dışı etme kararı tebliğ edilmediği sürece, dava açma süresi de işlemeye başlamayacaktır. İkinci olarak, yabancı, kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi olan on beş gün boyunca da sınır dışı edilemeyecektir. Şu hâlde, artık sınır dışı etme kararının gereğinin derhal veya çok kısa sürede yerine getirilmesi de mümkün olmayacaktır⁸⁶. Üçüncü olarak idare mahkemesine, süresi içinde başvurulmazsa, sınır dışı etme işlemi icra edilecek; başvurulursa, yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemeye ilişkin mevcut durum (statüko) korunacak; bunun için, yürütmenin durdurulmasının talep edilmesine ve/veya mahkemenin bu yönde karar vermesine gerek bulunmayacaktır⁸⁷. Başka bir ifadeyle, davanın açılmasının otomatik sonuçlarından biri, sınır dışı etme kararının icrasını yargılama sonuna kadar engellemesidir.

İdarî yargıda, iptal davası açma süresi, özel kanunlarda aksine hüküm yoksa yazılı bildirim yapıldığı tarihten itibaren altmış gündür (İYUK m. 7). Ancak, 6458 sayılı Kanunda, dava açma süresi on beş gün olarak belirlenmiştir. Mahkemenin de başvurudan itibaren on beş gün içinde kararını vereceği belirtilerek, hızlı bir yargılama yapılması öngörülmüştür. Buna göre, sürelerin hepsinin kullanıldığı ve bunlara riayet edilmesi ihtimalinde, otuz gün içerisinde mahkemenin kararını vermesi gerekmektedir. Sürelere dair getirilen

⁸⁵ RG, 20.01.1982, S. 17580.

⁸⁶ YİSHK döneminde, iltica talebi nihaî olarak reddedilen ve sakıncalı sayılan yabancıların çok kısa sürede, bir iki gün içinde sınır dışı edildikleri hakkında bkz. **YILMAZ**, s. 213; yine aynı dönemde sadece ikamet izni olan yabancıların ülkeyi terke davet edildiği, ikamet izni olmayan ve yasa dışı konumdaki yabancılar için bu uygulamanın olmadığı hakkında bkz. **ÇİÇEKLİ**, Yabancılar, s. 192.

⁸⁷ **ÖZÇELİK**, s. 245.

sınırlamalar ve verilen kararın kesin sayılmasıyla oluşturulan hızlı yargılama usulü, somut olaya göre, yabancıнын kendisine tanınan bazı güvenceleri kullanamaması sonucunu doğuracağı endişesiyle eleştirilmektedir⁸⁸. Somut olaya göre, ülkeyi terk etmek istemeyen yabancıнын, bir an önce davayı açmak isteyeceği varsayıldığında sürenin çok kısa olmasından bahsedilemeyebilir; ancak, bu durum, Türkiye’de belli bir süre bulunmuş, sosyal bir çevre edinebilmiş yabancılar açısından geçerlidir. Tersine bir durumda, yani yabancıнын, durum hakkında bilgisinin olmadığı, Türkçe bilmediği, kendisine yardımda bulunabilecek kişi ve kurumlardan uzak olduğu hâllerde, bunlarla iletişim kurması ve itirazını hazırlayarak başvuru yapabilmesi için on beş günlük başvuru süresinin yetersiz kalacağı söylenebilir.

Diğer taraftan mahkemeye tanınan on beş günlük sürenin yeterli olup olmadığını uygulama gösterecektir; ancak, bu süreye her zaman riayet edilebileceğini söyleyebilmenin de güç olduğunu belirtmek gerekir. Mahkemenin, sadece kendisine yapılan başvuru dilekçesi ve ekleri kapsamında, ilk görünüşe göre (*prima facie*) karar vereceğine dair hükümde bir açıklık bulunmamaktadır; aksine esas hakkında karar vermesi gerekmekte; ayrıca, verdiği kararın da kesin olacağı kanunen ifade edilmiştir. Buna göre mahkemenin, kesin bir karar verebilmesi için, yaptığı işlemle ilgili davalı idarenin de cevaplarını alması gerekecektir. Yani hükme göre, başvuru/dava dilekçesinin davalı idareye tebliği, idarenin cevaplarının alınması ve kararın verilmesinin, iptal davasının açılmasından itibaren on beş günlük süre içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir an için, tüm bunların on beş gün içinde yetiştirildiği varsayılsa bile, özellikle mahkemelerin iş yükü de dikkate alındığında, dosya içeriğine ne kadar vakıf olunduğu ve sağlıklı bir karar verildiği de haklı olarak sorgulanacaktır⁸⁹. Kısacası, yargılama için öngörülen on beş günlük sürenin, sadece yabancı açısından değil, mahkeme ve davalı idare açısından da çok kısa olduğu; süreye uygulamada her zaman riayet edilemeyeceği ve bir an önce başvuruyu sonuçlandırmak amacıyla, isabeti tartışma konusu edilebilecek kararların verilebileceği belirtilebilir.

Madde 53(3)’de mahkemenin, sınır dışı etme kararı aleyhine yapılan başvuru sonucunda vereceği kararın kesin olduğu hükme bağlanmıştır. Kesin

⁸⁸ DARDAĞAN KİBAR, Yenilikler, s. 203-204; DARDAĞAN KİBAR, Tasarı, s. 71; ÖZCELİK, s. 244.

⁸⁹ SOYSÜREN, İbrahim: “Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Kavramsal Bir Tartışma ve Alternatif Bir Tanım İçin Notlar”, Sınır ve Sınırdışı – Türkiye’de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar (Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 174.

sayılması nedeniyle mahkeme kararına karşı üst bir makama başvurulması ya da kararı veren mahkemeye itiraz edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumun sakıncaları, 6458 sayılı Kanunun, kanunlaşma sürecinde TBMM Alt Komisyon çalışmaları sırasında da gündeme getirilmiştir. Mevcut düzenleme ile hem mahkemenin çok hızlı karar vermesi beklenmekte, hem de karara karşı başvuru yolu kapatılmakta; muhtemel bir yanlış kararın düzeltilmesine olanak tanınmamaktadır. Diğer yandan, Komisyon çalışmaları sırasında da belirtildiği üzere, kararın kesin sayılması, kararlar arasında içtihat birliğinin sağlanmasını da zorlaştıracaktır. Kanunî düzenleme bu şekilde kaldığı sürece, sınır dışı etme işlemleri aleyhine yapılan başvuruların hep aynı idare mahkemesinde görülmesi ve idare mahkemelerince verilen kararların yayımlanması ya da en azından mahkemelerin, birbirlerinin kararlarını görebilmesi bu soruna biraz da olsa çözüm sunabilir.

Madde 53(3)'e ilişkin bir diğer problem, başvurunun mahkeme tarafından reddi ihtimalinde, yabancıya ülkeyi terk için süre verilip verilmeyeceği meselesidir. Kanunda bu konuda açıklık bulunmamaktadır⁹⁰. Doktrinde, böyle bir durumda, yabancıya ülkeyi terk için yeni bir süre verilmesi önerilmektedir⁹¹.

cc) Ülkeyi terk için süre verilmesi

Hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıya kendi iradesiyle terk etmesi, hem kendisi hem de devlet açısından doğurduğu sonuçlar itibarıyla istenen ve tercih edilen/edilmesi gereken bir yoldur. Bu yüzden, söz konusu yabancılara terk için süre verilerek, hazırlıklı bir şekilde ülkeden ayrılmaları temin edilmekte; hattâ süreye riayet etmeleri için yabancılara teşvik eden hükümler kabul edilmektedir.

Konu, YUKK m. 56'da düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya, sınır dışı etme kararında belirtilmek kaydıyla, ülkeyi terk etmesi için on beş günden az, otuz günden fazla olmayan bir süre tanınır (m. 56(1), 1. c.). Hükmün ifadesinden, haklarında sınır dışı etme kararı verilen her yabancıya –on beş gün ile otuz gün arasında– bir sürenin verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Üst ve alt sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, sürenin ne kadar olacağını idare, somut olayın özelliklerine göre belirleyecek ve kararında bunu belirtecektir. Haklarında süre tanınan yabancılara, herhangi bir harca tâbi olmayan çıkış izin belgesi verilir (m. 56(2)).

⁹⁰ SOYSÜREN, s. 174.

⁹¹ SOYSÜREN, s. 174.

Asgarî süre belirlenirken, dava açma süresiyle de uyum sağlanmıştır. Yani, sınır dışı etme kararının icrasının durdurulduğu on beş günlük dava açma süresi aynı zamanda ülkeyi terk için verilecek sürenin asgarî sınırını oluşturmaktadır. Bu durumda, yabancı, karar aleyhine idare mahkemesine başvurmasa dahi, dava açma süresi içinde sınır dışı edilemeyecekse, terk için süre verilmesinin anlamı sorgulanabilir. Tanınan süre, on beş günden fazla ise önem kazanır. İkinci olarak, tanınan süre on beş gün olsa dahi, bu süreye riayet edilmesi, yabancı hakkında ülkeye giriş yasağı verilmemesini sağlayabilir (m. 9(5)). Üçüncü olarak, süre tanınması, yabancı hakkında idari gözetim kararı alınmadığı anlamına gelir.

Madde 56(1)'in ikinci cümlesinde, süre tanınmayacak hâller sayılmıştır. Buna göre, haklarında sınır dışı etme kararı alınanlardan, (1) kaçma ve kaybolma riski bulunanlara, (2) yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlâl edenlere, (3) sahte belge kullananlara, (4) asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere ve (5) kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara ülkeyi terk için süre tanınmayacaktır.

Sayılan nedenlerden ilki nitelik itibariyle farklı olup; sınır dışı etme gerekçesi/nedeni dışında, idarenin yabancının durumuna ve davranışlarına göre tespit edebileceği bir şartı ifade etmektedir. İki ilâ dördüncü neden, somut bir şekilde ortaya konmuştur. İçerdiği soyut kavramlar dolayısıyla çerçevesi net olarak belirlenemeyen sonuncu neden, idarenin sayılan nedenler dışındaki bir hususu da terk için süre verilmeyecek hâllerden sayabilmesine imkân tanımaktadır.

İlki dışındaki nedenler aynı zamanda, m. 54(1)'de sayılan sınır dışı etme sebeplerinden biri veya birkaçıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla, örneğin, m. 54(1)(c)'de belirtilen nedenle sınır dışı etme kararı veren valiliğin, m. 56'da sayılan kapsamda yer aldığından yabancıya terk için süre tanımayacağı söylenebilir. Bu sonuca, m. 54(1)(d)'de belirtilen neden açısından da varabiliriz.

Neticede, m. 56(1)'in ikinci cümlesi değerlendirildiğinde, süre verilmeyecek hâllerin çerçevesinin geniş tutulduğu, paralel olarak yabancıya terk için süre verilmesinin kapsamının da önemli ölçüde daraltıldığı anlaşılmaktadır⁹². Yabancının kaçma ve kaybolma riski bulunup/ bulunmadığının tespitinin de idare tarafından yapılacağı düşünüldüğünde,

⁹² DARDAĞAN KİBAR, Yenilikler, s. 196; DARDAĞAN KİBAR, Tasarı, s. 67.

terk için süre verilmesi uygulamasının çok ender görüleceği söylenebilir.

Terk için verilen süreye riayet etmesi hâlinde, hakkında Türkiye'ye giriş yasağı alınmayabileceği hükme bağlanarak (m. 9(5)), yabancının kendi iradesiyle ülke dışına çıkışı teşvik edilmiştir. Verilen süre içinde ülkeyi terk etmeyen yabancılar hakkında idari para cezası uygulanır (m. 102(1)(c)); ayrıca, bunların kabul edilebilir mazeretinin bulunmaması hâlinde, haklarında valilikler tarafından idari gözetim kararı alınır (m. 57(2)).

dd) İdarî gözetim kararı⁹³

YUKK öncesine dair tartışmalı konulardan biri de, haklarında sınır dışı etme kararı verilen yabancıların, işlemleri tamamlanıncaya kadar kaçmalarını engellemek ve takiplerinin yapılmasını kolaylaştırmak gibi nedenlerle, mülteci misafirhaneleri, kabul ve barınma merkezleri veya polis yahut jandarma karakollarında tutulmalarıdır⁹⁴. YİSHK'nın 17 ve 23. maddelerine⁹⁵ dayanılarak özellikle mülteci ve sığınmacılar hakkında tesis edilen işlemleri, ilk olarak 22.09.2009 tarihli *Abdolkhani ve Karimnia* kararında⁹⁶ değerlendiren AİHM, uygulamayı AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkranın (f) bendi ile ikinci ve dördüncü fıkraya hükümlerine

⁹³ 6458 sayılı Kanuna göre, idari gözetim kararı sınır dışı etme kararı verilenler dışındaki bazı yabancılar (m. 68(2)) hakkında da verilebilmektedir. Konu bütünlüğü açısından bu başlık altında, sınır dışı etme kararı kapsamındaki idari gözetim kararından bahsedilecektir.

⁹⁴ YUKK öncesi döneme ilişkin idari gözetim hakkı hakkında bkz. **EKŞİ**, s. 127 vd.; **EKŞİ, Nuray**: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, İstanbul: BETA 2014, s. 12 vd. [*İdari Gözetim*].

⁹⁵ Mülga YİSHK'nın ilgili hükümleri şu şekildedir: “*Siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler.*” (m. 17); “*Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemiyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmaya mecburdurlar.*” (m. 23). Ayrıca, aynı Kanunun 25. maddesinde, 17 ve 23. maddeler uyarınca “*oturmaya mecbur kılındıkları yerlerden kaçanlar*” hakkında hapis cezası öngörülmüştür. Bunların yanında, mültecilerle ilgili olarak “*...değişik ülkelerden kaçak veya pasaportla Yurdumuza gelerek yabancı ülkelere birine gönderilmek veya Yurdumuzda kalmak isteği ile iltica hakkı talebinde bulunan yabancı kişilerin haklarında yapılan işlem sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde geçici olarak barındırılma, işe, ibate ve diğer masrafların karşılanmasına ilişkin...*” usulleri belirlemek üzere 1983 yılında Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği çıkarılmıştır (RG, 29.04.1983, S. 18032).

⁹⁶ Kararın orijinal metni için bkz. <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94127#{"fulltext":\["Abdolkhani"\],"itemid":\["002-1328"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94127#{)>, (23.03.2015); karar hakkında bkz. **EKŞİ, Nuray**: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası*, İstanbul: Beta 2010 [*Abdolkhani ve Karimnia*]; kararın idari gözetimle ilişkin hükümleri hakkında bilgi için bkz. **EKŞİ**, İdari Gözetim, s. 29-33; **ÖZÇELİK**, s. 241-242.

aykırı bularak⁹⁷ Türkiye’yi mahkûm etmiş; sonrasında da benzer yönde kararlar vermiştir⁹⁸.

6458 sayılı Kanunda kabul edilen en önemli yeniliklerden biri de, idari gözetime ilişkin konuların, ayrıntılı bir şekilde kanunen düzenlenmesidir. Bu bağlamda, “*Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi*” başlığını taşıyan m. 57’de idari gözetim kararı almaya yetkili makam, idari gözetim kararı alınmasının nedenleri, süresi, sürenin uzatılması, tebligat zorunluluğu, tebligatın içeriği, karar aleyhine itiraz ve yetkili mahkeme gibi hususlar belirtilmiştir. Haklarında idari gözetim kararı alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar. Geri gönderme merkezlerine ilişkin hususlara m. 58 ve 59’da yer verilmiş olup, bunlara aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir. İdari gözetim kararı ve geri gönderme merkezlerine⁹⁹ ilişkin hükümlerin hazırlanmasında AİHM’nin verdiği kararların dikkate alındığı ifade edilmektedir¹⁰⁰. 6458 sayılı Kanunun, idari gözetimle ilgili düzenlemelerindeki en önemli eksikliği, hürriyeti sınırlama gibi önemli bir sonuç doğuran bu kavramın tanımının yapılmamış olmasıdır. Bu sebepten, idari gözetimin, ne olduğu, ancak ilgili hükümlerden yola çıkılarak tespit edilebilmektedir.

YUKK idari gözetim kararını alma ve uzatma yetkisini valiliklere vermiştir (m. 57(1), (4)). Madde 57’nin ilk fıkrasında, kolluk tarafından yakalanan m. 54 kapsamındaki yabancılarla ilgili durumun valiliğe bildirileceği; sınır dışı etme kararı verilmesi gerektiği değerlendirilenlerle ilgili kararın valilik tarafından verileceği; değerlendirme ve karar süresinin

⁹⁷ AİHS m. 5’in söz konusu hükümleri şu şekildedir: “1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:... f. Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülme olmasından dolayı usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;...”

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir...

4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

⁹⁸ Kararlar için bkz. **EKSİ**, s. 130; **EKSİ**, İdari Gözetim, s. 34 vd.; **ÖZÇELİK**, s. 241, dph. 101; **YILMAZ**, s. 239 vd.

⁹⁹ YUKK döneminde İçişleri Bakanlığınca hazırlanan Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik için bkz. RG, 22.04.2014, S. 28890.

¹⁰⁰ **EKSİ**, İdari Gözetim, s. 49-50; **ÖZÇELİK**, s. 241.

kırk sekiz saati geçemeyeceği belirtilmiştir. Süre açısından getirilen güvence uyarınca, bu süre içinde sınır dışı etme kararı alınmadığı takdirde yabancının bırakılması gerekmektedir. GİGM'nin internet sayfasında verilen bilgilerden, kırk sekiz saatlik sürenin, kolluk tarafından yakalanan yabancılarda, kolluğun yakalanan yabancılardan kimliğine ilişkin bilgi ve belgeleri il göç idaresi müdürlüğüne ilettiği saat itibarıyla başlatılacağı anlaşılmaktadır¹⁰¹.

İdari gözetimin nedenleri, m. 57(2)'de belirtilmiştir. Buna göre, idari gözetim kararı, “(h)akkında sınır dışı etme kararı alınanlardan kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında” verilir.

Madde 57 hükümlerine bakıldığında, idari gözetim kararı, birinci fıkraya uyarınca kolluk tarafından yakalanan ve hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancılar hakkında bu nedenlerden biri veya birkaçı gerçekleştiği takdirde alınır. Yani, ancak sınır dışı etme kararı verilen yabancılar idari gözetim altına alınabilir; başka bir ifadeyle, yabancı hakkında sınır dışı etme kararı olmaksızın yalın bir idari gözetim kararı alınabilmesi mümkün değildir. Bu madde uyarınca idari gözetimin amacı, yabancının sınır dışı edilmesine yöneliktir; başka bir amacı temin için idari gözetime karar verilemez. Bunun yanında, idari gözetim, her sınır dışı etme kararının otomatik sonucu değildir. Valiliğin bu yönde kararı olmadan, sınır dışı etme kararına dayanılarak, velev ki söz konusu nedenlerden biri bulunsun, yabancı idari gözetim altına alınmaz. Madde 57(2)'nin ifadesinden, sayılan nedenlerin gerçekleşmesi hâlinde valiliğin yetkisinin bağlı olduğu, yani takdir yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Son olarak, sadece m. 57(2)'ye dayanarak idari gözetim kararı verilemez; idarenin, nedenlerden hangisine dayandığını somut bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir.

Her ne kadar, sınır dışı etme kararının otomatik sonucu idari gözetim kararı olmasa da, m. 57(2) hükmünde belirtilen kapsam oldukça geniş tutulduğundan, istisnaî durumun kural hâline gelmesi muhtemeldir. Bu nedenle, m. 57(2) hükmünün, mümkün olduğu kadar teknik ve dar yorumlanması ve

¹⁰¹“Sınır Dışı Etme”, <http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834>, (23.03.2015). Aynı sayfada yer alan bilgiye göre, m. 54(1) kapsamında olduğunun il göç idaresi müdürlüğüne tespiti hâlinde sürenin yabancının il göç idaresi müdürlüğünde hazır bulunmasından itibaren başlayacağı belirtilmiştir.

gerçek ihtiyacı bulunması hâlinde uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰².

İdari gözetim kararının gereğinin hemen yerine getirileceği m. 57(2)'nin son cümlesinden anlaşılmaktadır. Buna göre, hakkında idari gözetim kararı alınan yabancı, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülmesi gerekmektedir. Paralel şekilde, m. 58(1)'de de, haklarında idari gözetim kararı alınan yabancıların geri gönderme merkezlerinde tutulacağı belirtilmiştir. Ancak, idari gözetim süresi altı ayı geçemez (m. 57(3)). Sınır dışı etme işlemlerinin tamamlanmasını, iş birliği yapmayarak ya da ülkesine dair doğru bilgi veya belgeleri vermeyerek engelleyenler hakkında bu süre en fazla altı ay daha uzatılabilir (m. 57(3)). Dolayısıyla, idari gözetimin üst sınırı altı aydır; ancak, olumsuz davranışlarda bulunan yabancılar için bu süre azamî on iki aya çıkabilmektedir. İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı her ay değerlendirilir; gerek görüldüğünde bu süre de beklenmez; değerlendirme sonucunda, devamında zaruret görülmemesi hâlinde idari gözetime son verilir (m. 57(4))¹⁰³. Bu hükümden de, idari gözetimin, sınır dışı etme kararının otomatik bir sonucu olmadığı anlaşılmaktadır.

İdari gözetim, uzatma ve aylık değerlendirme sonucunda verilen kararların, gerekçesiyle birlikte, yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilmesi gerekmektedir (m. 57(5), 1. c.). İdari gözetim kararı aleyhine yargı yoluna ilişkin hükümler 57. maddenin altıncı fıkrasında getirilmiştir. Buna göre, idari gözetim kararı aleyhine, sulh ceza hâkimine başvuru yapılabilir. Doktrinde, idari işlem niteliği taşıyan idari gözetim kararını itiraz üzerine değerlendirme görevinin, idari yargı yerine sulh ceza hâkimliklerine verilmesi eleştirilmektedir¹⁰⁴. YUKK taslağının hazırlanması sırasında bu konunun gündeme geldiği, sulh ceza mahkemelerinin, idare mahkemelerine göre daha yaygın bulunduğu, etkin bir denetimin sağlanabileceği gerekçesiyle böyle bir düzenlemenin yapıldığı

¹⁰² DARDAĞAN KİBAR, Yenilikler, s. 198.

¹⁰³ GİGM'nin internet sayfasında, hangi hallerde idari gözetimin devamında zaruret görülmeyebileceği sorusuna, "(s)ınır dışı etme kararının, yabancıya idari gözetime alınmasından itibaren 6 ay içinde yerine getirilemeyeceğinin öngörülmesi, idari gözetim altında bulunan yabancıya, Kanununun 55. maddesi kapsamına girdiğinin anlaşılması, Kanununun 57. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde yabancı hakkında idari gözetim kararı alınmasına esas teşkil eden kaçma kaybolma riskinin ortadan kalkması, yabancıya gönüllü geri dönüş desteğine başvurması durumlarında idari gözetimin devamında zaruret görülmeyebilir." cevabı verilmiştir: "Sınır Dışı Etme", <http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834>, (23.03.2015).

¹⁰⁴ EKŞİ, İdari Gözetim, s. 80-81; bkz. ÖZÇELİK, s. 240.

anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Hükümde, itiraz için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Karar aleyhine mahkemeye başvurulmasının, idari gözetim kararının icrasını durdurmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu altıncı fıkrada, sulh ceza hâkiminin incelemesini beş gün içinde yapacağı ve kararının kesin olduğu hükme bağlanmıştır. Karar kesin olmakla birlikte, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla sulh ceza hâkimine yeniden başvuru mümkündür (m. 57(6), son c.).

Ayrıca, m. 57'nin son fıkrasında, idari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretini karşılama imkânı bulunmayanlara, talep ederlerse Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanacağına dair güvence getirilmiştir.

ee) Geri gönderme merkezleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, haklarında idari gözetim kararı verilen yabancıların, yakalamayı yapan kolluk birimi tarafından kırk sekiz saat içinde geri gönderme merkezlerine götürülmesi gerekmektedir (m. 57(2), son c.). Madde 58(1)'de de bu hükme paralel şekilde, idari gözetim kararına alınan yabancıların geri gönderme merkezlerinde tutulacağı hükme bağlanmıştır. Böylece, haklarında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı alınan yabancıların, karakollarda bekletilmesinin mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bu merkezleri işletme yetkisi İçişleri Bakanlığına verilmiştir. Ancak, İçişleri Bakanlığı, yapacağı protokollerle bu merkezleri kamu kurum ve kuruluşları, Kızılay veya kamu yararına çalışan derneklere işlettirebilir (m. 58(2)).

Geri gönderme merkezi, 6458 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik¹⁰⁶ [*Merkez Yönetmeliği*] m. 3(1)(ç)'de, “(i) *dari gözetim altına alınan yabancıların barındırılmaları ve kontrol altında tutulmaları amacıyla kurulan ve doğrudan işletilen veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklere göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılarak işlettirilen merkezler*” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin m. 5(1) hükmünde, geri gönderme merkezlerinin, ihtiyaç olan il ve ilçelerde GİGM'nin teklifi üzerine, İçişleri Bakanlığının onayıyla kurulacağı ifade edilmiştir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği¹⁰⁷ [*Teşkilat Yönetmeliği*] m. 4(2)'de, paralel şekilde,

¹⁰⁵ EKŞİ, İdari Gözetim, s. 80-81.

¹⁰⁶ RG, 22.04.2014, S. 28890.

¹⁰⁷ RG, 14.11.2013, S. 28821.

geri gönderme merkezlerinin, GİGM tarafından ihtiyaç duyulan il ve ilçelerde il müdürlüklerine bağlı olarak hizmet vermek üzere kurulacağı, işletileceği veya işlettirileceği belirtilmiş; m. 5(ö)'de, merkezle ilgili hususlarda il göç idaresi müdürlüğü görevlendirilmiştir¹⁰⁸. Geçici merkezlerin kurulması da mümkündür (Merkez Yönetmeliği m. 5(3)).

Geri gönderme merkezleri, Merkez Yönetmeliğinin tanımında da belirtildiği üzere, hakkında idari gözetim kararı verilen yabancı, *barındırılacağı ve kontrol altında tutulacağı* mekânı ifade etmektedir. 6458 sayılı Kanunda, haklarında idari gözetim kararı verilen yabancıların, geri gönderme merkezlerine götürüleceği (m. 57(2)) ve orada tutulacakları (m. 58(1)) belirtilmiş; ayrıca, geri gönderme merkezlerinde hangi hizmetlerin sağlanacağı kanunî güvenceye bağlanmıştır (m. 59¹⁰⁹). Bunun yanında, m. 102(1)(ç)'de, m. 57 ve 58'deki işlemler sırasında kaçanlar hakkında idari para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir. Tüm bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, idari gözetim ve geri gönderme merkezinde tutulmaya ilişkin hükümlerin esas amacının yabancıyı kontrol altında tutmak olduğu görülmektedir.

ff) Sınır dışı etme kararının icrası

Hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancılar, sınır kapılarına kolluk birimleri tarafından götürülecektir (m. 60(1), (2)). Kolluk birimleriyle koordinasyon, sınır kapılarına kadar gerekli araç, gereç, personel ve ulaşım organizasyonu ile masraflardan il göç idaresi genel müdürlüğü veya merkez müdürü sorumludur¹¹⁰. Yabancı, seyahat masrafları varsa kendisi, yoksa tamamı veya eksikse kalan kısmı GİGM bütçesinden karşılanır; devlet tarafından yapılan masraflar ödenmediği sürece, yabancı, Türkiye'ye tekrar girişine izin verilmeyebilir (m. 60(3)). Devletin yaptığı masrafları ödemeyen yabancı, Türkiye'ye girişine izin verilmemesinin, giriş yasağı değil, sadece bir tahdit olduğu; kamu alacağına yurt dışında bulunan süre boyunca zamanaşımı işlemeyeceğinden, süresiz tahdit uygulanabileceği belirtilmektedir¹¹¹.

¹⁰⁸ Geri gönderme merkezleri yanında, kabul ve barınma merkezleri ile insan ticareti mağdurları sığınma evleri hakkında da il göç idaresi müdürlüğü görevlendirilmiştir (Teşkilat Yönetmeliği m. 5(1)(p),(r)).

¹⁰⁹ Ayrıca bkz. Merkez Yönetmeliği m. 4(1), 14(1).

¹¹⁰ Bkz. "Sınır Dışı Etme", <http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834>, (23.03.2015).

¹¹¹ Bkz. "Sınır Dışı Etme", <http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834>, (23.03.2015).

Yabancınn Türkiye'ye geliş ve dönüşü konusunda garanti veren gerçek ve tüzel kişiler varsa, sınır dışı etme masraflarından bunlar sorumludur (m. 60(6), 1. c.). Yine 60. maddenin son fıkrasına göre, yabancıyı izinsiz çalıştıran işveren veya işveren vekillerinin, yabancınn sınır dışı edilme işlemleri konusundaki yükümlülükleri hakkında YÇİHK m. 21'in üçüncü fıkrası hükmü¹¹² uygulanacak; dolayısıyla, yabancıların masrafları işveren veya işveren vekili tarafından karşılanacaktır. Beşinci fıkrada, yabancıların pasaportlarının veya diğer belgelerinin, sınır dışı edilinceye kadar tutulabileceği ve sınır dışı işlemlerinde kullanılmak üzere biletlerinin paraya çevrilebileceği ifade edilmiştir. Hükümde geçen, biletlerin paraya çevrilmesi ifadesi, yabancınn varsa biletleri üzerinde sınır dışı etme işlemleriyle ilgili tasarrufta bulunabileceği (açığa alınabileceği, ertelenebileceği, ileride kullanılmak üzere mümkünse nakde çevrilebileceği) şeklinde yorumlanabilir. Son olarak, 60. maddenin beşinci fıkrasında, GİGM'nin, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak uluslararası kuruluşlar, ilgili ülke makamları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabileceği belirtilmiştir. Yabancıların sınır dışı edileceği ülkelerde, gerekli temas ve bağlantıları kurmak ve kendilerine iş ve işlemlerinde yardımcı olması için GİGM yurt dışı teşkilatına görev verilmiştir (m. 110(2)(ç), 3(ç)).

Yabancı, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir (m. 52(1)).

2. Uluslararası Koruma

Türkiye, BM tarafından hazırlanan, 28.07.1951'de imzalanan ve 22.04.1954 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmeye 1961¹¹³; Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Protokole ise 1968 yılında¹¹⁴ taraf olmuştur¹¹⁵. Sözleşmeye taraf olunurken, Sözleşmenin imzacı devletlere m. 1(B)'de tanıdığı hak uyarınca, m. 1(A)(2)'de geçen "*1 Ocak 1951 den evvel cereyan eden hâdiseler*" ibaresinin, "*1 Ocak 1951 den önce Avrupa'da cereyan eden hâdiseler*" şeklinde anlaşılacağı deklare edilmiştir.

¹¹²RG, 05.09.1961, S. 10898.

¹¹³RG, 05.08.1968, S. 12968.

¹¹⁴Mülteci kavramının milletlerarası hukuktaki gelişimi hakkında bkz. **ÖZTÜRK, Neva Ö.:** "*Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi*", Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan, Ankara: Yetkin 2012, s. 919-950.

¹¹⁵Bu döneme ilişkin mevzuat hakkında bilgi için bkz. **ERGÜVEN, N. Sarp/ÖZTURANLI, Beyza:** "*Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye*", AÜHFD, 2013, C. 62, S. 4, s. 1024 vd.

Sözleşmenin mekân ve zaman bakımından uygulanması bakımından değişiklik getiren Protokol imzalanırken, tarihe ilişkin sınırlama kaldırılmış; ancak, coğrafi sınırlama korunmuştur. Buna göre, Sözleşme ve Protokolün, Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda Türkiye’ye gelen sığınmalara uygulanacağı kabul edilmiştir. Aksi ile ifade edersek, Türkiye’nin Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle Türkiye’ye sığınanlar hakkında Sözleşme ve Protokol hükümlerini uygulama zorunluluğu yoktur.

Türkiye’nin konumu itibariyle asıl yoğunluğu oluşturan, ancak Sözleşme ve Protokolün uygulama alanı dışında kalan, *sığınmacı* olarak adlandırılan bu yabancılarla ilgili uygulama ise, ulusal düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, mülteci ve sığınmacılara ilişkin hükümlere, mevzuatta değişik düzenlemelerde, düzenlemenin kapsamına girdiği kadarıyla yer verilmiştir. Bunlara PK, YİSHK ve İskân Kanunu örnek verilebilir¹¹⁶. Mevzuattaki bu dağılıklığın yanında ihtiyaçlar, idari düzenlemelerle, yönetmelik ve genelgelerle¹¹⁷ karşılanmıştır. Uluslararası korumaya ilişkin yaklaşım ve bu yaklaşıma göre oluşturulan düzenlemeler ve kurumsal yapı; sonuçta ortaya çıkan uygulama bir standardının olmaması, yeknesaklığın sağlanamaması gibi bazı yönleri itibariyle eleştirilmiştir¹¹⁸.

2009 yılında başlayan yabancılarla ilgili kapsamlı yasal düzenleme yapılması çalışmalarının, kaçınılmaz olarak bir ayağını teşkil eden mülteciler ve sığınmacılar konusu, “*Uluslararası Koruma*” başlığıyla 6458 sayılı Kanunun üçüncü kısmı altında 61 ilâ 90. maddelerde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak, 6458 sayılı Kanunun diğer kısımlarında da, uluslararası korumaya ilişkin hükümler bulunmaktadır.

YUKK m. 3’e göre, uluslararası koruma, “(m)ülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü” ifade etmektedir. Mülteci ve şartlı mülteci statüsü ayrımındaki temel farklılık, kişinin sığınmasına ilişkin olayın Avrupa ülkelerinde¹¹⁹ veya Avrupa ülkeleri dışında gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, mülteci “*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle*”, şartlı mülteci ise “*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle*”, “*ırkı, dini,*

¹¹⁶Konuya ilişkin en önemli düzenleme mülga İltica ve Göç Yönetmeliğidir. Ayrıca, bu konuda Emniyet Genel Müdürlüğü’nün genelgeleri de belirtilmelidir.

¹¹⁷Bkz. EKŞİ, s. 7 vd.; SOYKAN, s. 39, 40.

¹¹⁸“*Avrupa ülkeleri*”, m. 3(1)(b)’de “*Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulunca belirlenecek diğer ülkeler*” olarak tanımlanmıştır.

¹¹⁹“*Avrupa ülkeleri*”, m. 3(1)(b)’de “*Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulunca belirlenecek diğer ülkeler*” olarak tanımlanmıştır.

tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında” verilen statüyü ifade etmektedir (m. 61, 62). 6458 sayılı Kanunda, öncesinde kabul edilen “sığınmacı” kavramı yerine, “şartlı mülteci” ifadesi tercih edilmiştir. Şartlı mültecilerin, üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye’de kalmalarına izin verilmekte ve kendilerine bazı haklar tanınmaktadır. Türkiye’nin, AB’nin bu yönde talepleri olsa da, Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme hakkında uyguladığı coğrafi sınırlamayı kaldırmaya, coğrafi konumu nedeniyle henüz hazır olmadığı dile getirilmektedir. “İkincil koruma” ise, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, kişilere kanunda sayılan diğer şartların da bulunması hâlinde verilen statüdür (m. 63).

Bunların yanında, 6458 sayılı Kanunda geçici korumaya ilişkin hükümler de kabul edilmiştir. Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanan korumaya denir (m. 91(1)). Konu, YUKK m. 91(2) uyarınca çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği ile detaylı şekilde düzenlenmiştir¹²⁰.

6458 sayılı Kanunda, uluslararası koruma statülerinin¹²¹ tanımları yanında, kimlerin uluslararası korumadan yararlanamayacağı, uluslararası koruma için başvuru, değerlendirme ve karar usulü, başvuru sahiplerinin ve statüsü kabul edilenlerin hakları ve yükümlülükleri, uluslararası koruma statüsünün sona ermesi, iptali, gönüllü geri dönüş, kabul ve barınma merkezleri, idari gözetim gibi konular detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu

¹²⁰08.01.2002 tarihli ve 4736 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrası hükmünden muaf tutulacakların tespitine dair 28.01.2002 tarih ve 2002/3654 sayılı Kararnamenin eki Karara, Bakanlar Kurulunun 26.01.2015 tarih ve 2015/7274 sayılı Kararı (RG, 20.02.2015, S. 29273) ile eklenen madde uyarınca, bazı geçici koruma statüsü tanınmayan yabancıların sağlık hizmetlerinden yararlanmaları ile ilgili hüküm şu şekildedir: “Ülkeye geliş ve ülkede bulunuş şekillerine bakılmaksızın 1/5/2014 tarihinden itibaren Irak’tan ülkemize gelen ve kalış durumları İçişleri Bakanlığınca belirlenen Irak uyruklu yabancılara, kendilerine geçici koruma statüsü tanınmaksızın, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından geçici koruma statüsü altındakilere sağlanan sağlık hizmetlerinin sunulması, 8/1/2002 tarihli ve 4736 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünden muaftır.”

¹²¹YUKK’da düzenlenen uluslararası koruma statüleri hakkında bilgi için bkz. ERGÜVEN/ ÖZTURANLI, s. 1034 vd.

hususların, öncesinde idari düzenlemelerin konusu iken YUKK ile birlikte, belli bir sistematik ve bütünlük içinde kanunî dayanağa kavuşması önem taşımaktadır.

3. Teşkilat

YUKK m. 103 hükmü uyarınca “(g)öç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiye’de kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere...” İçişlerine Bakanlığına bağlı GİGM kurulmuştur. GİGM, merkez teşkilatının yanında, taşra ve yurt dışı teşkilatından oluşmaktadır (m. 106). Taşra ve yurt dışı teşkilatı kurma yetkisi GİGM’ye tanınmıştır (m. 109, 110). Teşkilat Yönetmeliği uyarınca, illerde ve ilçelerde müdürlükler kurulmuştur (Yönetmelik m. 4(1)). Yukarıda belirtildiği üzere, il göç idaresi müdürlükleri, il veya ilçelerde kurulacak geçici gönderme merkezleri, kabul ve barınma merkezleri ve insan ticareti mağdurları sığınma evleriyle ilgili hususlarda görevlendirilmiştir.

Yurt dışı teşkilatında ise, büyükelçiliklerde göç müşavirlerinin, konsolosluklarda göç ataşelerinin görev alması öngörülmüştür (m. 110(2), (3)). Bunlardan göç ataşeleri, konsolosluklara yapılacak vize ve ikamet izni başvurularını almak ve sonuçlandırmakla görevlendirilmiştir (m. 110 (3)(a)). Buna göre, göç ataşesi, konsoloslukça karara bağlanacak vize başvurularını doğrudan, GİGM’nin kararını gerektiren vize başvuruları ile ikamet izni başvurularını GİGM’nin kararını aldıktan sonra konsolosun onayına sunar (m. 110(3)(c)).

Öncesinde emniyet makamlarının yetkisinde olan birçok hususun, 6458 sayılı Kanunla artık GİGM’ye verildiği görülmektedir. Böylece, bir yandan emniyet makamlarının yükü hafifletilmiş, diğer taraftan konuyla birinci elden sorumlu ve görevli sivil bir makam yetkilendirilmiştir. Bu düzenleme, yabancılar ve göç konusunda, güvenlik odaklı yaklaşımın değiştiği şeklinde anlaşılabilir olumlu karşılanmıştır¹²².

6458 sayılı Kanunun teşkilata ilişkin hükümleri, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, teşkilatlanma henüz tamamlanmamıştır.

¹²²Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu, 4.24. Raporun gayri resmi Türkçesi için bkz. <http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf>, (23.03.2015).

SONUÇ

Türk hukukunda yabancılara ilişkin, günün ihtiyaçlarına cevap verebilen temel bir kanuna ihtiyaç duyulduğu zaman zaman dile getirilmiştir. Nihayet, ulusal ve uluslararası faktörlerin de etkisiyle metni hazırlanan YUKK, TBMM’de kullanılan oyların büyük çoğunluğuyla, geniş bir konsensus sağlanarak 2013 yılının Nisan ayında kabul edilmiştir¹²³.

İsmi böyle bir algıya neden olmakla birlikte YUKK, yabancılara ilişkin tüm konuları düzenlemektedir. 6458 sayılı Kanunun düzenleme konuları, genel olarak üç başlık altında ele alınabilir: Yabancılara ilişkin düzenlemeler, uluslararası koruma ve idarî teşkilatlanma. Söz konusu hükümlere bakıldığında, Türk yabancılar hukuku bağlamında önemli yenilikler ve değişikliklerin getirildiği görülmektedir.

YUKK metninin hazırlanmasında, konuyla ilgili uzmanların, kurum ve kuruluşların katılımı sağlanmış¹²⁴; AİHS ve AİHM kararlarının yanı sıra AB düzenlemeleri esas alınmıştır. Genel olarak bakıldığında 6458 sayılı Kanunun, çağdaş eğilimleri ve insan haklarını gözetilen bir anlayışla, günümüz terminolojisine ve ihtiyaçlarına uygun bir yapıya sahip bulunduğu söylenebilir. Düzenli ve düzensiz göçe dair, etkin bir sistem oluşturmayı amaçlayan 6458 sayılı Kanunun kabulü, AB tarafından da olumlu bulunmuştur¹²⁵.

Bugün, tüm hükümleri itibariyle yürürlükte olan 6458 sayılı Kanunun metnine bakıldığında, birbirinden farklı konularda hazırlanan taslakların sonrasında uygulamada ortaya çıkacak sorunları önleme amacıyla tek bir metinde birleştirilmesi nedeniyle, oldukça hacimli bir düzenlemeyle karşılaşmaktayız. Önceki mevzuatın eski tarihli olması, dağınıklığı ve günün ihtiyaçlarına cevap verememesinden, yeni bir düzenleme yapılmasının geciktiği dahi söylenebilir. Ancak, nitelikleri farklı düzenleme konularını (teşkilat, yabancılar ve uluslararası koruma), tek metin olarak kanunlaştırmanın olumsuz eleştiriye kapı açtığını da belirtmek gerekmektedir. Farklı bir terminoloji, bakış açısı ve kapsama sahip olan ve bu nitelikleri itibariyle bağımsızlaşan uluslararası koruma alanına dair hükümlerin, özel bir alana ilişkin bulunması

¹²³ 6458 sayılı Kanun Tasarısının tümü için TBMM’de yapılan oylamada, 231 oy kullanılmış; bunlardan 219’u kabul yönünde iken, 12’si çekimser kalmıştır: <http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21924&P5=B&page1=72&page2=72>, (23.03.2015).

¹²⁴ Tasarının çabuk ve itirazlara uğramadan, seri bir şekilde kanunlaşmasında, tasarının hazırlanmasına ilişkin bu usulün de etkisinin bulunduğu söylenebilir.

¹²⁵ PAÇACI ELİTOK, s. 164; Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu, 4.24.

da düşünüldüğünde, farklı bir metin olarak kabul edilmesi gerekirdi kanaatindeyiz. Aynı kanaati, idari teşkilata ilişkin hükümler itibariyle de taşımaktayız. Uygulama sorunlarını gidermek amacıyla tek metne dönüldüğü yönündeki gerekçe de, bu kanaati zayıflatmamaktadır. Uygulamada çıkacak sorunlar ile metnin tek veya çok olması arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi kurulamaz; zira bu sorun/sorunsuzluk, doğrudan metnin/metinlerin kendisiyle ilgili bir konudur.

Teşkilata ilişkin hükümlerin yayım tarihinde, diğer hükümlerin bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hükmüne bağlanarak bir geçiş süreci öngörülmüştür. Kanunun yayımı tarihinden bu yana geçen sürenin iki yıla yaklaşmasına rağmen, teşkilatlanma henüz tamamlanamadığından, 6458 sayılı Kanunda düzenlenen bazı konular hâlen GİGM'nin kontrolünde değildir. Bu itibarla, geçiş süresinin yeterli olmadığını söyleyebiliriz.

YUKK kapsamında birçok konuda, GİGM'ye yetki ve görev verilmiştir. Öncesinde emniyet makamlarının yetkisi dâhilindeki hususların çoğu GİGM'e devredilecektir/devredilmiştir. Bu durum Türkiye'nin, yabancılar ve uluslararası koruma meselelerine artık güvenlik eksenli bakmadığını göstermesi itibariyle önemlidir. Yabancılar ve uluslararası korumaya ilişkin hükümlerde, göçle ilgili uluslararası kuruluşların ve sivil toplum örgütlerinin dâhil olabileceği hususlara yer verilmesinin önemi de ayrıca vurgulanmalıdır.

Genel bir bakışta, YUKK hükümlerinde, AİHS, AİHM kararları ve AB düzenlemelerinin etkisini rahatça gözlemleyebiliyoruz. Bununla birlikte dikkatli bir inceleme sonunda, bazı hükümlerin kendisinin, bazılarında ise içerdiği kavramlar nedeniyle, sağlanan güvencelerin etkisiz kalma ihtimalinin bulunduğu da ifade etmek gerekir. Kanun koyucunun iradesinin, sadece mevcut uygulamanın kanunî dayanağa kavuşturulması olmadığı, insan haklarını gözeten ve çağdaş anlayışa uygun bir sistem değişikliğini amaçladığı görülmektedir. Dolayısıyla uygulamanın da bu yönde gerçekleşmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Bunun için de, konuyla ilgili görevli ve yetkililerin eğitimleri büyük önem taşımaktadır¹²⁶.

¹²⁶SOYKAN, s. 44, 45.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Meral/ARİNER, Hakkı O.: “*Turkey’s New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction*”, Briefing Paper 2, January 2014: University of Oxford, Turkish Migration Studies Group (TurkMiS). Yayın için bkz. <https://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/Publications/Briefings/TurkMiS/Brief_2_Ariner_Acikgoz_2014.pdf>, (23.03.2015).

AYBAY, Rona: *Yabancılar Hukuku*, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2007.

AYBAY, Rona: *Vatandaşlık Hukuku*, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006. [*Vatandaşlık*]

AYBAY, Rona: “*Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S. 2, s. 141-172. [*Sınırdışı*]

ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Yabancılar Hukuku*, B. 18, İstanbul: BETA 2012.

ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar ve Polis*, Ankara: Seçkin 2003.

ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar Hukuku*, B. 3, Ankara: Seçkin 2012. [*Yabancılar*]

ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, B. 5, Ankara: Seçkin 2014. [*Yabancılar ve Mülteci*]

DARDAĞAN, Esra: *Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme*, AÜSBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1993.

DARDAĞAN KİBAR, Esra: “*An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection*”, *Perceptions*, 2013, Vol. XVIII, No. 3, s. 109-128.

DARDAĞAN KİBAR, Esra: “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi*”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, C. 11, No. 2, s. 53-74. [*Tasarı*]

DARDAĞAN KİBAR, Esra: “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Sınırdışı Etmeye İlişkin Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler*”, *Sınır ve Sınırdışı – Türkiye’de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar*

(Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 182-206. [*Yenilikler*]

DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara: Savaş 2014.

EKŞİ, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, B. 2, İstanbul: Beta 2014.

EKŞİ, Nuray: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, İstanbul: BETA 2014. [*İdari Gözetim*]

EKŞİ, Nuray: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası, İstanbul: Beta 2010. [*Abdolkhani ve Karimnia*]

ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 3, İstanbul: Beta 2013.

ERGÜL, Ergin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Ankara: Yargı 2012.

ERGÜVEN, N. Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, AÜHFD, 2013, C. 62, S. 4, s. 1007-1061.

GÖÇMEN, İlke: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Ankara: Seçkin 2015

GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler), Ankara: Yetkin 2012.

GÜNGÖR, Gülin: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi”, AÜHFD, 2014, C. 63, S. 3, s. 479-507.

İstatistiklerle Türkiye (*Turkey in Statistics*) 2012, Ankara: TÜİK 2013.

KABAALIOĞLU, Halûk/EKŞİ, Nuray: “Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi”, MHB, 2004, Y. 24, S. 1-2 (Prof. Dr. Sevin TOLUNER'e Armağan), s. 503-522.

NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul: Filiz 2014.

ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet/TEKSOY, Barış: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, TBB Dergisi, 2013, S. 107, s. 221-244.

ÖZÇELİK, Gülüm B.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013, S. 108, s. 211-258.

ÖZTÜRK, Neva Ö.: "*Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi*", Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan, Ankara: Yetkin 2012, s. 919-950.

PAÇACI ELİTOK, Seçil: "*Turkish Migration Policy over the Last Decade: A Gradual Shift towards Better Management and Good Governance*", Turkish Policy Quarterly, 2013, Vol. 12, No. 1, s. 161-172.

SİRMEN, K. Sedat: "*Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar*", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3, s. 29-45.

SOYKAN, Cavidan: "*The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey*", Oxford Monitor of Forced Migration, 2012, Vol. 2, No. 2, s. 38-47.

SOYSÜREN, İbrahim: "*Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Kavramsal Bir Tartışma ve Alternatif Bir Tanım İçin Notlar*", Sınır ve Sınırdışı – Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar (Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 153-181.

TEKSOY, Barış: "*6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu*", AÜHF, 2013, C. 62, S. 3, s. 855-906.

YILMAZ, Abdülhalim: "*Türkiye'de Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Uygulama ve Yargısal Denetim*", Sınır ve Sınırdışı – Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar (Der. Didem DANIŞ/İbrahim SOYSÜREN), Ankara: NotaBene 2014, s. 207-245.

"11 Nisan 2014 Tarihi İtibariyle Hudut Kapılarımızda Sınırdışı Vize Uygulaması ve Geçiş Döneminde Alınacak Tedbirler", <<http://www.mfa.gov.tr/11-nisan-2014-tarihi- itibariyle-hudut-kapilarimizda-sinirda-vize-uygulamasi-ve-gecis-doneminde-alinacak-tedbirler.tr.mfa>>, (23.03.2015).

"*Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*", <

"*E-Vize Uygulamasının Kapsamının Genişletilmesi Hk.*", <<http://www>.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme

mfa.gov.tr/no_-132_-7-mayis-2013_-e-vize-uygulamasinin-kapsaminin-genisletilmesi-hk_.tr.mfa>, (23.03.2015).

“E-vize ve Sınırda Vize Harç Miktarları”, <<http://www.mfa.gov.tr/data/KONSOLOSLUK/vize-harc-miktarlari-tr.pdf>>, (23.03.2015).

“E-Vize’ye 6,1 milyon başvuru yapıldı”, <<http://www.dunya.com/e-vizeye-61-milyon-basvuru-yapildi-249922h.htm>>, (23.03.2015).

“Göç İstatistikleri”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/goc-istatistikleri_363_363_378_icerik>, (23.03.2015).

“İkamet İzni Başvuruları İçin Gerekli Belgeler”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-basvurulari-icin-gerekli-belgeler_350_361_3603_icerik>, (23.03.2015).

“İkamet İzni Başvurusunda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, <[http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5\(1\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/dikkat_edilmesi_gereken_hususlar_5(1).pdf)>, (23.03.2015).

“İkamet İzni Belgesi-Harç Miktarları”, <http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-belgesi---harc-miktarlari_409_414_901_icerik>, (23.03.2015).

“Sıkça Sorulan Sorular”, <<https://www.evisa.gov.tr/tr/info>>, (23.03.2015).

“Sınır Dışı Etme”, <http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834>, (23.03.2015).

“Türk Vatandaşlarının Tabi Olduğu Vize Uygulamaları”, <<http://www.mfa.gov.tr/turk-vatandaslarinin-tabi-oldugu-vize-uygulamalari.tr.mfa>>, (23.03.2015).

“Yabancılar İle İlgili S.S.S.”, <http://www.goc.gov.tr/icerik3/yabancilar-ile-ilgili-sss_460_467_1157>, (23.03.2015).

TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER UYARINCA HALEFİYETE UYGULANACAK HUKUK

Sema ÇÖRTOĞLU KOCA*

ÖZET

Özellikle sigorta sözleşmelerinde karşılaşılan halefiyet ve rücu sorunlarında yabancı (milletlerarası) unsurun bulunması halinde, milletlerarası özel hukuk kuralları gereğince uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir. Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan halefiyet ve rücu problemlerinde, ilk olarak, sigorta şirketinin, sigortalı kişiye (alacaklıya) zararı için ödeme yaptıktan sonra borçluya, yani zarar verene karşı sigortalının haklarına halef olup olmayacağını belirleyecek olan hukukun tespiti yapılmalıdır. Halefiyetin mümkün olması halinde ise, sigorta şirketi ile borçlu arasındaki rücu ilişkisine uygulanacak hukuk belirlenmelidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuzda halefiyet ve rücuya uygulanacak hukuka ilişkin olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışmada halefiyet ve rücuya uygulanacak hukukun tespiti ilk olarak, Avrupa Birliği hukukunda yer alan iki Tüzüğe (Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü ve Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'ne) göre yapılmış, daha sonra ise Türk hukukuna göre halefiyet ve rücuya uygulanacak hukuk belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Halefiyet ve rücu, sigorta sözleşmesi, kanunlar ihtilâfi, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü.

THE APPLICABLE LAW TO SUBROGATION ACCORDING TO TURKISH LAW AND EUROPEAN UNION REGULATIONS

ABSTRACT

Especially at insurance contracts, we could encounter the subrogation problems when there is a foreign (international) element in this relation, then we should determine the applicable law according to the private international law rules. Firstly, we should determine the applicable law to the subrogation when the insurance company payed for the damage to insured person (the creditor). If subrogation is possible, then we should determine the applicable law to recourse in the relationship between debtor and insurance company. Turkish Private International Law and

* Yrd. Doç. Dr. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sema@baskent.edu.tr

Procedural Law Code do not have a special rule on applicable law to subrogation. In this article, in order to determine the applicable law to subrogation, initially, two Regulations of European Union, namely, (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) and Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)) are examined, then the applicable law to subrogation under Turkish law is determined.

Keywords: *Subrogation, insurance contract, conflict of laws, Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*

GİRİŞ

Alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişinin, alacaklının haklarını borçluya karşı ileri sürebilmesine halefiyet denilmektedir. Türk hukukunda halefiyet iç hukukumuzda çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Milletlerarası unsurlu bir olayda halefiyet ve rücuya uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiğinde, bu sorunun milletlerarası özel hukuk kurallarımız uyarınca çözülmesi gerekmektedir. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuzda¹ (MÖHUK) halefiyet ve rücuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple halefiyet ve rücuya uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Özellikle sigorta şirketlerinin Türk mahkemelerinde açmış oldukları yabancı unsurlu halefiyet ve rücu davalarında uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekli olmaktadır. Örneğin, yabancı bir kişiye, Ankara’da, Türk vatandaşı bir kişinin kullandığı aracın çarptığını ve yaralanan bu yabancının da ülkesinde sigortalı olduğunu varsayalım. Yabancı sigorta şirketi, sigortalı kişiye zararı için ödeme yaptıktan sonra trafik kazasını yapan Türk vatandaşına karşı sigortalının haklarına halef olup olamayacağını belirleyecek hukukun tespiti yapılmalıdır. Bu tespitten ardından, halefiyetin mümkün olması halinde ise, sigorta şirketi ile borçlu arasındaki rücu ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesi gereklidir.

¹ Resmi Gazete 12.12.2007-26728

Çalışmamızda, halefiyete ilişkin olarak genel bir bilgi verildikten sonra, konunun önemi itibarıyla sigorta hukukundaki halefiyet üzerinde durulacaktır. Milletlerarası özel hukuka göre halefiyete uygulanacak hukukun belirlenmesinde, öncelikle Avrupa Birliği hukukunda yer alan düzenlemeler incelenmektedir. Avrupa Birliği hukukunda halefiyete uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü'nde² ve Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nde³ yer almaktadır. Çalışmamızda bu iki Tüzükte yer alan düzenlemelerin ele alınmasının ardından Türk hukukuna göre halefiyete uygulanacak hukuk sorunu incelenecektir. Çalışmada, Türk hukukunda halefiyete uygulanacak hukuka ilişkin doktrinde yer alan görüşler ele alındıktan sonra, yabancı unsurlu olaylarda halefiyet ve rücuca uygulanacak hukukun tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

I. Halefiyet

A. Tanım

Halefiyetin çeşitli tanımları bulunmaktadır. Genel tanımına göre halefiyet, haklar, talepler ya da menkul kıymetler ile ilgili olarak, bir şeyin başka bir şeyle veya bir kişinin başka bir kişiyle ikame edilmesidir⁴. Bir başka tanıma göre ise; halefiyet, alacaklıya ifade bulunan bir kimsenin, onun bütün hak ve yetkilerine sahip olarak, sorumlu olan bir başka kimseye başvurmasıdır⁵. Mevcut bir hakkın bir kimseden diğerine intikali ile halefiyet gerçekleşmektedir. Kendisine hak intikal eden kimse önceki hak sahibinin o hak bakımından halefi olmaktadır. İntikal eden hakkın, mutlak veya nisbi bir hak olması fark yaratmamaktadır. İntikal eden hak bir alacak hakkı olabileceği gibi bir mülkiyet hakkı da olabilir⁶.

² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2007.199.01.0001.01.ENG>, 27.03.2014.

³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>>, 27.03.2014.

⁴ KING, C. G. : "Subrogation Under Contracts Insuring Property", Texas Law Review, volume 30, 1951-1952, s. 62.

⁵ KILIÇOĞLU, A. : "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXI, 1974, Sa. 1-4, s. 397.

⁶ NOMER, H. : "Halefiyet ile Rücû Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", İHFM, C. LV, Sa. 3 (1997), s. 244 (Halefiyet).

Halefîyetin üç amacı vardır; birincisi, zarara sebep olan kişinin sebepsiz zenginleşmesine engel olmak, ikincisi, kişileri zarara neden olan davranışlarda bulunmaktan caydırmak, sonuncusu ise, mağdurun sebepsiz zenginleşmesini önlemektir⁷.

Halefîyet, alacağın ifasına rağmen, alacağı sona erdirmeyip, onun ifa edene geçmesi sonucunu doğurur. Halefîyette, alacak hakkına bağlı olarak bütün yetkiler ve fer'i haklar, alacak ile birlikte halef olan kimseye intikal etmektedir⁸.

Halefîyet, borcu ödemiş olan şahsın durumunu kuvvetlendirmektedir. Borçlu namına ödemedede bulunan şahsın, onunla aralarında mevcut hukuki ilişkiden doğan veya hukuki ilişki yok ise, vekâletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir rücu hakkı mevcuttur⁹.

Halef olan kişinin, rücu hakkı olan kişiye nazaran daha geniş imkânları bulunmaktadır. Rücu hakkı olan kimse, bu hakkını kullanabilmek için, sadece alacaklıya ifada bulunduğunu ispatla yetinemez; ayrıca rücu esas teşkil eden sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ya da vekâlet sözleşmesi gibi hukuki sebeplerden birinin varlığını da ispat etmelidir. Halefîyette ise, ödemedede bulunan kimse kural olarak sadece ödemeyi ispat etmekle yetinir. Rücu hakkı, ifa edilen alacaktan bağımsız bir haktır. Halefîyet, alacağın ifasına rağmen, alacağı sona erdirmeyip, onun ifa edene geçmesi sonucu doğurur. Bu nedenle, rücu hakkı sahibi alacaklıya ait bulunan bütün yetkilerden ve fer'i haklardan faydalanamaz. Halefîyette ise, alacak hakkına bağlı olarak bütün yetkiler ve fer'i haklar, alacak ile birlikte halef olan kimseye intikal etmektedir¹⁰.

Görüldüğü gibi, her rücu hakkının mevcut olduğu yerde halefîyet hakkı söz konusu olmaz. Halefîyetin varlığı için kanunda rücu hakkı olan kimsenin alacaklının haklarına halef olduğu belirtilmelidir. Her halef olan kimse rücu hakkına sahiptir. Ancak her rücu hakkı olan kimse halefîyet hakkına sahip değildir¹¹.

⁷ MAHER, B. S. / PATHAK, R. A. : "Understanding and Problematizing Contractual Tort Subrogation", Loyola University Chicago Law Journal, volume 40, 2008-2009, s. 55.

⁸ KILIÇOĞLU, s. 398.

⁹ FRANKO, N. İ. : "Borçlar Kanununun 109 ncu Maddesine Göre Halefîyet Halleri", Ankara Barosu Dergisi, 1981, Sa. 2, s. 203.

¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 397-398.

¹¹ KILIÇOĞLU, s. 398.

B. Türk Hukukunda Halefiyet

Türk hukukunda halefiyet muhtelif kanunlarda ele alınan bir konudur. 11.01.2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹² (TBK) 168. maddesinde halefiyet genel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hükmün yanı sıra TBK m. 127'de konuya ilişkin bir başka düzenlemeye daha yer verilmiştir. Ayrıca halefiyet 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda¹³ (TMK) ve 13.01.2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda¹⁴ (TTK) da düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununda halefiyet sigorta kapsamında ele alınmıştır (TTK m. 1472 ve 1481).

1. Türk Borçlar Kanunu'nda Halefiyet

Türk Borçlar Kanunu'nun 168. maddesinde yer alan halefiyete ilişkin düzenlenmeye göre, diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.

TBK m. 168, ödemede bulunan müteselsil borçlunun durumunu güçlendirmek, rücu hakkını daha etkili kılmak için ona, tatmin ettiği alacaklıya halef olma hakkını tanımıştır. Ödemede bulunan ve diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlu, ödediği miktar oranında alacaklının haklarına halef olarak onun yerine geçmektedir. Halefiyet, alacaklıya ait hakların alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde rücu hakkına sahip müteselsil borçluya geçmesidir. Bu şekilde, müteselsil borçta ifa, asıl alacağın ortadan kalkmasını değil, rücu hakkına sahip borçluya geçmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁵.

Buradaki halefiyet, kanundan doğan bir halefiyettir, sözleşmeden değil. Ancak, alacaklı ve ödemede bulunan borçlu isterlerse daha önce yaptıkları bir sözleşme ile halefiyetin söz konusu olmayacağını kararlaştırabilirler. Kanunda bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Rücu hakkına sahip birden çok borçlunun mevcut olması halinde, rücu alacağı bunlar arasında teselsül ilkesine göre değil, her birinin rücu payına göre paylaşılır¹⁶.

¹² Resmi Gazete 04.02.2011-27836

¹³ Resmi Gazete 08.12.2001-24607

¹⁴ Resmi Gazete 14.02.2011-27846

¹⁵ EREN, F. : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1212.

¹⁶ EREN, s. 1212.

TBK'nın 127. maddesinde ise alacaklıya halef olma düzenlenmiştir. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hâllerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olacaktır. Bunlar:

1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde.

2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.

TBK m. 127'ye göre, diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

2. Türk Ticaret Kanunu'nda Halefiyet

Halefiyet ilkesi, Türk Ticaret Kanunu'nda sadece zarar sigortaları (mal ve sorumluluk sigortaları) bakımından ele alınmış, can sigortaları bakımından nazara alınmamıştır.

a. Mal sigortalarında halefiyet

Mal sigortalarında halefiyet ilkesi geçerlidir. Sigortacı rizikonun gerçekleşmesi sonucunda sigortalının zararını tazmin eder. Ancak bu zarar, üçüncü kişinin kusurlu davranışından kaynaklanmışsa bu kişiye karşı dava açılarak tazminat istenebilir. Halefiyet ilkesi gereğince de, sigortacı ödediği tazminat dolayısıyla sigortalının haklarına sahip olur ve üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya TTK m. 1472 uyarınca dava açabilir¹⁷. Bu madde uyarınca; sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir (m.1472(1)). Sigortalı, halefiyet ilkesi uyarınca sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur (m.1472(2)).

Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü, sigortalıya karşı olduğu için sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması halinde, sigortacı,

¹⁷ ÇEKER, M. : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012, s. 162-163 (Sigorta Hukuku).

halefiyet ilkesi gereğince, sigortalının yerine geçmekte ve onun haklarını kullanmaktadır¹⁸.

Mal sigortalarında sigortacıya halefiyet hakkı tanınması iki esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki, mal sigortalının temelinde yatan zenginleşme yasağının bir sonucu olarak, sigorta ettirenin uğradığı zararı bir kez tazmin etmesinin gerekli olmasıdır. Sigorta ettiren tazmin edilen zarar ölçüsünde zarar verene başvuru hakkını kaybeder. Halefiyet ilkesi gereğince, bu hak sigorta şirketine intikal etmektedir. İkinci olarak, halefiyet ilkesi gereğince, sigortacı, zarardan asıl sorumlu olan kişiye başvurarak bu kişinin neden olduğu zararın sonuçlarına katlanmasını sağlamaktadır. Sigorta sözleşmesi gereği, zarar gören, uğradığı zarar nedeniyle haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlulara karşı tazminat talebinde bulunmak yerine, zararını doğrudan sigortacıdan talep edebilmektedir. Sigortacının, halefiyet ilkesi gereği, zarar veren kişiyi sorumlu tutabilmesi için bu kişinin kusurlu olması ve zararı tazmin yükümlülüğünün doğmuş olması gerekir¹⁹.

Sigortacının halefiyeti kanundan doğan bir haktır. Ancak bu hakkın kazılması için üç şartın yerine gelmesi gerekmektedir. Bu şartlar:

1. Sigortacı ile zarar gören arasında geçerli bir sigorta sözleşmesi mevcut olmalı ve sigorta kapsamında bir zarar meydana gelmiş olmalıdır²⁰.

2. Sigortalı, zarar gören sıfatıyla üçüncü kişilere karşı tazminat isteme hakkına (dava hakkına) sahip olmalıdır. Sigortalının üçüncü kişiden tazminat isteme hakkının doğmadığı durumlarda, örneğin zarara sigortalı kendi kusuru ile neden olmuşsa, sigorta şirketi sözleşme gereği tazminat ödemiş halde üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunamayacaktır. Yine gerekmediği halde hatır (ek gratia) ödemesi yapan sigortacı da halefiyet ilkesine dayanarak talepte bulunamaz²¹.

3. Sigortacı sigorta tazminatını sigortalıya ödemiş olmalıdır²².

Sigorta şirketi, sigortalısına daha fazla tazminat ödemiş olsa bile, kendisine ancak sigortalının uğradığı gerçek zarar karşılığı tazminatı dava

¹⁸ ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 163.

¹⁹ ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 163-165.

²⁰ CAN, M. : “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2011, s. 110 (6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu); ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 167.

²¹ CAN (6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu), s. 110-111; ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 168.

²² CAN (6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu), s. 110; ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 171.

etme hakkı intikal eder. Gerçek zarar karşılığı ödenen tazminat halefîyetin üst sınırını teşkil etmektedir²³

b. Sorumluluk sigortalarında halefîyet

Sorumluluk sigortalarında halefîyet TTK m. 1481’de düzenlenmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur. Bu madde uyarınca, sorumluluk sigortalarında, sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkı tanınmamış, sigortacıya sadece zarardan sorumlu olan üçüncü kişilere (sigortalının dava yoluyla talepte bulunabileceği kişilere) karşı talepte bulunabileceği düzenlenmiştir. Sorumluluk sigortasında sigortacının, kendi sigortalısına rücu etmesi engellenmiştir. Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, sorumluluk sigortalarında sigortacı, kendi sigortalısına rücu hakkına sahip değildir. Sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkını tanıyan kanunlara örnek olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nu²⁴ verebiliriz. Bu Kanunu’nun 95/2. maddesinde, ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir şeklinde açık bir düzenleme bulunmaktadır²⁵. Trafik kazaları sonucunda oluşan zararın bir kısmını veya tamamını tazmin etmek amacıyla ülkemizde, motorlu taşıt işletenler için zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu söz konusudur. Zorunlu mali sorumluluk sigortası mevzuatında düzenlenen bazı durumlarda, sigorta şirketi ödemiş olduğu tazminatı bir bakıma ağır kusuru ile zarara neden olan sigorta ettirenden, rücu davası yolu ile geri alır. Sigortacı; zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında ödediği tazminatı, zarara neden olan sigorta ettirenden, halefîyet prensibi gereğince, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali

²³ Uygulamada, sigortalının uğradığı gerçek zarar araştırılmakta ve saptanan bu zarara göre mahkemece karar verilmektedir. Birçok olayda, sigortalının üçüncü şahsa (fail, istihdam eden, araç sahibi) karşı olan dava hakkını BK m. 49 ve devamındaki maddelerdeki haksız fiile ilişkin hükümlere (veya Karayolları Trafik Kanunu’nun 50. maddesine dayanmaktadır. Bu hallerde mahkeme tarafından sadece gerçek zarara hükmedilmektedir; ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 168, 172.

²⁴ Resmi Gazete 18.10.1983-18195

²⁵ ÇEKER (Sigorta Hukuku), s. 262.

Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları²⁶ B.4. hükmünde²⁷ sayılan durumlardan birisinin olması halinde geri alabilir. Bu durumlardan hiçbirisi gerçekleşmemişse, sigorta şirketi, rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zarara ve bundan doğan tazminata kendisi katlanmak zorunda kalacaktır²⁸.

Sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkını veren kanunlar çerçevesinde, bu hakkın şartlarını düzenleyen diğer Sigorta Genel Şartları ise şunlardır: Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın²⁹ B.7. maddesi³⁰, Deniz Yolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

²⁶ Resmi Gazete 12.08.2003-25197, <<http://www.tsb.org.tr/karayollari-motorlu-araclar-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=502>>, 25.04.2014.

²⁷ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları'nın B.4. maddesinde sayılan ve sigorta şirketine rücu imkânı veren nedenler şunlardır: a) Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise, b) İşleten, yetkili makamlardan izin almaksızın düzenlenen bir yarış için Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yapılması gereken özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu biliyorsa veya gerekli özeni göstermesi halinde bilebilecek durumda ise, c) Tazminatı gerektiren olay, aracın Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan kimseler tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmiş ise, d) Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay, yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa, e) Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tesbit edilmiş olan istiaab haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise, f) Sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleşmesi halinde, B.1 maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa, g) Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gaspedilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gaspedilme olayında işletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse.

²⁸ ARSLAN, A. S. : “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 88, 2010, s. 195, 211-212.

²⁹ <<http://www.tsb.org.tr/cevre-kirliligi-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=472>>, 25.04.2014.

³⁰ Örnek olarak, sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkını veren 2872 sayılı Çevre Kanunu ile 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunu'nu verebiliriz. Bu kanunlar çerçevesinde, rücu hakkının şartlarını düzenleyen Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.7. maddesi şu şekildedir:
Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Hakkı
Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve

Genel Şartları'nın³¹ B.7. maddesi, Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın³² B.7. maddesi, Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın³³ B.6. maddesi, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın³⁴ B.7. maddesi.

Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, TTK m. 1481 (2) gereği, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir. Ayrıca, TTK m. 1481(3) uyarınca, sigortalı veya zarar gören, tazminatın ödenmesiyle sigortacıya geçen haklarını ihlal edici herhangi bir davranışta bulunursa, sigortacıya karşı sorumlu olacaktır.

c. Can sigortalarında halefiyet

Halefiyet kuralı, sadece mal ve sorumluluk sigortalarında öngörülmüş olup, can sigortalarında sigortacının rücu hakkı bulunmamaktadır. Can sigortaları, meblağ sigortası niteliği taşıdığından sigortacı sigortalıya uğradığı

tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatlarında yer alan en üst limitlere kadarlık kısmı zarar görene karşı ileri sürülemez.

Ödemede bulunan sigortacı, ödemiş olduğu tazminat tutarınca, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir.

Sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücuda bulunulabilir.

Tazminatı gerektiren olay;

- a) Sigorta ettirenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmişse,
- b) Kanunda yasaklanan hallerden, sigorta ettirenin bu kanun ve ilgili mevzuattaki yükümlülüklerini yerine getirmemesinden doğmuşsa,
- c) Tesisin mevzuatın gerektirdiği teknik şartlara uygun olmamasından, nitelikli personel olmadan faaliyette bulunmasından meydana gelmişse ve
- ç) Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi halinde B.2. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle zarar miktarında bir artış olmuşsa, artan zarar miktarı ile sınırlı olmak kaydıyla, ödenen tazminat tutarınca sigorta ettirene rücu edilir.

³¹ <<http://www.tsb.org.tr/cevre-kirliligi-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=472>>, 25.04.2014.

³² <<http://www.tsb.org.tr/deniz-yolu-yolcu-tasimaciligi-zorunlu-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=473>>, 25.04.2014.

³³ Resmi Gazete 26.02.2005-25739, <<http://www.tsb.org.tr/ozel-guvenlik-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=512>>, 25.04.2014.

³⁴ Resmi Gazete 18.01.2004-25350, <<http://www.tsb.org.tr/zorunlu-karayolu-tasimacilik-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=529>>, 25.04.2014.

zararı değil de poliçede öngörülen belirli bir tutarı ödemektedir. Bu nedenle, can sigortalarında, sigortalının, sigortacıdan tazminat aldıktan sonra zarar veren üçüncü kişilere de ikinci bir tazminat talep etmesi mümkündür³⁵.

Sağlık sigortası ile karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, can sigortasının türlerindedir. Bu sigortalarda kural olarak, halefiyet ilkesinin uygulanmaması gerekir. Ancak can sigortasının bazı türleri için halefiyetin olabileceği kabul edilmektedir. Bu tür sigortalar bakımından genel eğilim hastalık ve kaza giderleri için zarar giderim ilkesi temel olduğundan halefiyetin uygulanabileceği yönündedir³⁶.

Sağlık Sigortası Genel Şartları'nın³⁷ 11. maddesinde tazminatın sonuçları ve sigortacının halefiyet hakkı düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, sigortacı ödediği tedavi masrafları dolayısıyla sorumlu üçüncü kişilere karşı ödediği tutar kadar sigortalının yerine geçer. Bir can sigortası türü olduğu halde, sağlık sigortalarında sigortacının sözleşmeden doğan bir rücu hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Aynı şekilde, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'nın³⁹ B.6. maddesinde sigortacının halefiyeti düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca; sigortacı, ödediği tedavi giderleri tazminatı tutarınca, hukuken sigortalının yerine geçer.

3. TBK m. 168 ile TTK m. 1472 ve 1481 arasındaki ilişki

Her iki kanunda da halefiyete ilişkin düzenlemelerin yer alması TBK m. 168 ile TTK m.1472 ve 1481 arasındaki ilişkinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu madde 1472 ile 1481'de ödemede bulunan sigortacının sigortalının diğer sorumlulara karşı sahip olduğu haklarına halef olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunun anlamı sigortacının diğer sorumlulara karşı olan rücu hakkının halefiyet yoluyla güçlendirilmiş olduğudur. TTK'nun 1472. ve 1481. hükümleri halefiyet esasını getirirken, kapsam bakımından

³⁵ ÇEKER, M. : “Sigortacının Rücu Hakkı”, <<http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/sigortac%C4%B1n%C4%B1n%20r%C3%BCcu%20hakk%C4%B1.htm>>, s. 6, 28.03.2014 (Rücu).

³⁶ BAĞATUR, Ç. M. : “Can Sigortalarında Sigortacının Yasal Ardılığı”, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, <www.yildizbagatur.com/yildizwebtr/data-tr/can_sigortalari.doc>, 28.03.2014.

³⁷ <<http://www.tsb.org.tr/saglik-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=513>>, 25.04.2014.

³⁸ BAĞATUR, <www.yildizbagatur.com/yildizwebtr/data-tr/can_sigortalari.doc>, 28.03.2014.

³⁹ <<http://www.tsb.org.tr/karayolu-yolcu-tasimaciligi-zorunlu-koltuk-ferdi-kaza-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=503>>, 25.04.2014.

herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Türk hukukundaki hâkim görüşe göre, sigortacı lehine halefiyet esasını getiren TTK 1472 ve 1481 hükümleri, TBK 168'e nisbeten özel hüküm niteliği taşımaktadır ve bu nedenle de sigortacının rücu edebilmesi münhasıran bu hükümlere göre belirlenmelidir⁴⁰.

II. Milletlerarası Özel Hukuka Göre Halefiyete Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsurlu bir olayda halefiyet ve rücuya uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiğinde, milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurmamız gerekmektedir. Bu bölümde, Avrupa Birliği hukukunda yer alan düzenlemelere yer verildikten sonra Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre halefiyet ve rücuya uygulanacak hukuk belirlenecektir.

A. Avrupa Birliği Hukukuna Göre Halefiyete Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Avrupa Birliği hukukunda halefiyete uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü'nde ve Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nde yer almaktadır.

Roma II Tüzüğü'nün 19. maddesi sözleşme dışı alacakların kanuni halefiyetini düzenlemektedir. Roma I Tüzüğü'nde ise iki maddede halefiyete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Roma I Tüzüğü'nün 14. maddesi, sözleşmeden doğan herhangi bir alacağa halef olunmasını düzenlemektedir. Roma I Tüzüğü'nde kanuni halefiyeti düzenleyen 15. maddesi, Roma II Tüzüğü'nün 19. maddesi ile paralellik arz etmektedir.

1. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü halefiyet konusunu 19. maddede düzenlenmektedir. Alacaklı ile borçlu arasında sözleşme dışı bir alacak söz konusu ise ve üçüncü kişinin alacaklıya ödeme yükümlülüğü varsa ya da bu yükümlülükten dolayı alacaklıya ödeme yapmışsa halefiyete ilişkin bu madde uygulanır. Madde 19'a göre, bir kişinin (alacaklının), diğer bir kişiye (borçluya) karşı akit dışı bir alacağı olduğunda ve üçüncü kişinin alacaklıya karşı bu borcu ödeme yükümlülüğü varsa veya üçüncü kişi bu borcu alacaklıya ödemişse, üçüncü kişinin alacaklıya karşı borcun ödenmesi yükümlülüğüne uygulanacak olan hukuk, alacaklı ile borçlu

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s. 407; NOMER (Halefiyet), s. 256-257.

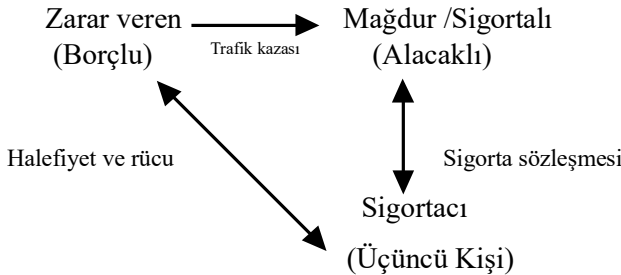
arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk kapsamında alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği haklardan hangilerini ve ne ölçüde üçüncü kişinin borçluya karşı ileri sürebileceğini belirler.

Madde 19 uyarınca, bir kişinin (alacaklının), diğer bir kişiye (borçluya) karşı akit dışı bir alacağı olduğunda ve üçüncü kişinin alacaklıya karşı bu borcu ödeme yükümlülüğü bulunduğu veya üçüncü kişi bu borcu alacaklıya ödediğinde, üçüncü kişinin alacaklıya karşı bu borcu ödemesi yükümlülüğüne uygulanacak olan hukuk halefiyeti belirleyecektir. Alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği haklardan hangilerini ve ne ölçüde üçüncü kişinin borçluya karşı ileri sürebileceğini alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk belirleyecektir.

Tüzüğün 19. maddesi sigorta sözleşmelerine uygulandığında karşımıza şu sonuç çıkmaktadır: Sigortacının alacaklının haklarına halef olup olamayacağını sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirleyecektir. Sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk sigortacıya böyle bir hak vermemekteyse, sigortalının haklarıyla sınırlı olmak kaydıyla akit dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuka göre rücu yapılacaktır⁴¹.

Örneğin, bir Alman vatandaşına, Paris'te Hollanda vatandaşının kullandığı aracın çarptığını ve yaralanan Alman vatandaşının sigortalı olduğunu düşünelim (Şema 1). Sigorta şirketinin, sigortalı kişiye ödeme yaptıktan sonra trafik kazasını yapan kişiye yaptığı bu ödemeyi rücu etmesi sorunu, bir başka deyişle sigorta şirketinin sigortalının haklarına halef olup olamayacağı, halef olabilirse, hangi ölçüde halef olabileceğini Roma II Tüzüğü'nün 19. maddesine göre çözülmesi gerekmektedir.

Şema 1:



⁴¹ STONE, P. : "The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort", Ankara Law Review, Vol. 4, No. 2 (Winter 2007), s. 129.

Sigortacının mağdura (sigortalıya) ödeme yaptıktan sonra sigortalının hakları için trafik kazasını yapan kişiye karşı halef olup olmayacağını (sigortacının sigortalıya ödeme yapma yükümlülüğü getiren) sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirler. Halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı, sigortalı mağdurun borçlusu olan trafik kazasını yapan kişinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini trafik kazasına (haksız fiile) uygulanacak hukuk belirler. O halde sigorta şirketinin sigortalının halefi olup olamayacağını sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirleyecek, eğer bu hukuk imkân veriyorsa hangi ölçüde ve ne miktarda sigorta şirketinin zarar veren kişiden bu ödemeyi rücu edebileceğini trafik kazasına (haksız fiile) uygulanacak hukuk belirleyecektir. Trafik kazasını yapan kişi ile mağdur aralarında bir hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuku tespit etmişler ise, bu hukuk seçimi ile sigorta şirketi de bağlıdır. Bir başka deyişle zarar veren ve mağdurun seçtiği hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalı mağdurun borçlusu olan trafik kazasını yapan kişinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini de belirler. Sigortalı ile sigortacı sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmişler ise, sigorta şirketi bu hukuk seçimi ile bağlıdır. Sigorta sözleşmesi için seçilen hukuk halefiyetin mümkün olup olmadığını belirler.

Madde 19'un uygulanabilmesi için öncelikle, üçüncü kişinin alacaklıya karşı ödeme yapma yükümlülüğünün olması gereklidir. Bu nedenle 19. madde, eğer üçüncü kişi kendi isteğiyle (veya yanlışlıkla) mağdurun zararını tazmin ettiyse, uygulanamaz. Bu tür durumlarda madde 19'un kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk şu şekilde tespit edilir: Eğer üçüncü kişi, alacaklıdan yaptığı ödemeyi geri isterse, bu talebi Roma II Tüzüğü'nün 10. maddesinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükmüne tâbi olacaktır. Eğer üçüncü kişi, sorumlu kişiden ödemeyi talep ederse, bu talep hem sebepsiz zenginleşme (m.10) hem de vekâletsiz iş görme (m.11) olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle de Roma II Tüzüğü'nün 10. ve 11. maddeleri uygulanacak hukuku ayrı ayrı belirleyecektir⁴².

Madde 19'a göre, halefiyete uygulanacak hukuk, üçüncü kişinin alacaklıya karşı ödeme yapma yükümlülüğüne uygulanacak hukuktur. Halefiyete uygulanacak hukuk şu hususları belirlemektedir: Öncelikle, haksız fiili işleyene (borçluya) karşı mağdurun (alacaklının) alacaklarına hangi şartlar

⁴² HUBER, P. / ALTENKIRCH, M. : Rome II Regulation: Pocket Commentary, Art. 19, Munich 2011, s. 386.

altında ve hangi süreçte kanuni halefiyetin olabileceğini belirler. İkinci olarak, borçluya karşı rücu yasaklarını belirler. Örneğin, sigortalının hane halkı üyesine karşı kazanılmış hakların kullanılmasını sigortacıya yasaklayabilir. Son olarak üçüncü kişinin, mağdurun (alacaklının) haklarına haksız fiili işleyene (borçluya) karşı ne ölçüde halef olabileceğini belirler⁴³.

Haksız fiili işleyen (borçlunun) menfaatleri madde 19 ile korunmaktadır. Çünkü akit dışı talebin içeriği ve amacı, halefiyete uygulanacak hukuktan etkilenmemekte, bunun yerine akit dışı borca uygulanacak hukuk tarafından münhasıran belirlenmektedir. Akit dışı borca uygulanacak hukuk, borçlunun hukuki durumunda zarara sebep olabilecek bütün taleplere uygulanır. Bu talepler şu sorunları içerebilir: Borçlu, üçüncü kişiye karşı borçlunun asıl alacaklıya karşı kullanabileceği maddi ve usulü savunmaları (örneğin, takas hakkı) kullanabilir mi? Borçlu, kendisine halefiyetle ilgili bilgilendirme yapılmaması halinde, asıl alacaklıya borcunu ödemesi ile borcunu yerine getirmiş sayılır mı? Bu sorunların dışında akit dışı borca uygulanacak hukuk, üçüncü kişinin halef olduğu alacaklarını devredip devredemeyeceğini de belirler (Roma II Tüzüğü madde 15(e))⁴⁴.

Roma II Tüzüğü'nün 19. maddesinde yer alan halefiyete ilişkin kuralın kapsamına iki hususun girmeyeceği kabul edilmiştir. Bunlar;

1. Halefiyet alacakları dışında kalan diğer alacaklar

Madde 19 sadece, ikincil sorumlu kişinin alacaklının haklarını ilk borçluya karşı kullandığı durumları kapsamaktadır. Bu sebeple bazı hususlar kapsam dışında kalmaktadır. İkincil sorumlu kişinin, diğer alacaklara başvurduğu, örneğin, özellikle tazminat için düzenli bir alacak hakkının bulunduğu durumlar kapsam dışında kalmaktadır. Böyle durumlarda madde 19'un kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵.

2. Avrupa Topluluklarının 1408/71 sayılı 14 Haziran 1971 tarihli Topluluk içinde dolaşan çalışan kişilere ve ailelerine sosyal güvenlik programlarının uygulanması hakkında Konsey Tüzüğü⁴⁶

⁴³ HUBER/ALTENKIRCH, s. 386-387.

⁴⁴ HUBER/ALTENKIRCH, s. 387-388.

⁴⁵ HUBER/ALTENKIRCH, s. 388.

⁴⁶ Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31971R1408:en:HTML>>, 04.10.2013; <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1971R1408:20060428:en:PDF>>, 19.02.2014.

Sosyal güvenlik sigortalarının uygulanmasına ilişkin 1408/71 sayılı Tüzük, sosyal güvenlik kurumundaki akit dışı alacaklardaki halefiyeti düzenleyen özel bir hüküm içermektedir. Bu tüzük, sosyal güvenlik sigortalarının çoğu dalına uygulanmaktadır. Örneğin, hastalık ve analık yardımları, sakatlık yardımları, yaşlılık yardımları, dul ve yetim yardımları, işçi tazminat yardımları, iş hastalıkları veya işsizlik yardımları (madde 4). Tüzüğün kapsadığı kişiler şunlardır: Çalışan veya serbest meslek sahibi kişiler, öğrenciler, bunların aile üyeleri, dul ve yetimler (madde 2). Tüzük, sadece olayın birden fazla Üye devletle ilişkisi olması halinde uygulanabilecektir⁴⁷.

2. Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nde halefiyete ilişkin iki madde bulunmaktadır. Bu maddeler, iradi devir ve akdi halefiyete ilişkin olan 14. madde⁴⁸ ile kanuni halefiyete ilişkin olan 15. maddedir⁴⁹. Tüzüğün 15. maddesinin uygulanmasına örnek olarak, sigortacının zararını tazmin ettiği mağdurun haklarına, zarara sebep olan kişiye karşı halef olması verilmektedir. Tüzüğün 14. maddesi, açıkça alacakların akdi (iradi) halefiyetini düzenlemektedir. Roma I Tüzüğünün Komisyon Tasarısında iradi devir ile akdi halefiyetin “benzer ekonomik fonksiyonları yerine getirdiği” belirtilmiştir⁵⁰.

a. Akdi Halefiyet

Akdi halefiyet, bir anlaşma nedeniyle söz konusu olabilir. Bir sigorta poliçesi sigortacıya özellikle halefiyet hakkını vermiş ise, akdi halefiyet ortaya çıkar. Bu bağlamda, sigorta poliçelerinde genellikle sigortacıya hak tanıyan bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümde, zararın ödenmesi ile sigortalının, zarara sebep olan fiili veya ihmali gerçekleştiren kişiye karşı ya da zarar verenin sebep olduğu sigortalanmış zarar için sorumlu olan kişiye karşı dava açma hakkına sigortacının halef olacağı belirtilmektedir. Akdi halefiyet, sigortalının alacağını özel olarak halefiyet belgesi ile sigortacıya devrettiği durumlarda da oluşabilir⁵¹. Bazı durumlarda ise, sigortalının, sigorta kapsamında olan

⁴⁷ HUBER/ ALTENKIRCH, s. 388.

⁴⁸ Tüzüğün 14. maddesi, Roma Sözleşmesinin 12. maddesinin genişletilmiş halidir.

⁴⁹ Tüzüğün 15. maddesi, Roma Sözleşmesinin 13. maddesinin değiştirilmiş halidir.

⁵⁰ NORTH, P./ FAWCETT, J.J./ CARRUTHERS, J. M.: Cheshire, North & Fawcett Private International Law, New York 2008, s. 1238.

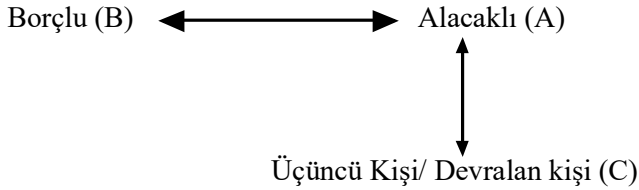
⁵¹ PAPASAVAS, P. M. : “The Insurer/Insured Relationship In Subrogation”, s. 2, <<http://www.cozen.com/admin/files/publications/papasavas1143139.PDF>>, 01.11.2013.

kayıp veya zararın gerçekleşmesinden önce sigortacıyla bir anlaşma yaparak sigortacının halefiyet hakkının ortadan kaldırılması mümkündür⁵².

İradi devir ve akdi halefiyeti düzenleyen 14. maddenin 1. paragrafına göre, iradi devirde, devredenle devir alan arasındaki ilişki veya alacağın diğer bir kişiye (borçluya) karşı akdi halefiyetinde uygulanacak olan hukuk bu Tüzük uyarınca devredenle devralan arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından belirlenir.

Devir ile halefiyet farklıdır. Bunu bir örnek vererek açıklayabiliriz.

Şema 2:



Devirde, A ve B arasındaki hukuki ilişkiden doğan alacak, C'ye devredilmektedir. Halefiyette ise, C; A ile B arasındaki ilişkide A'nın yerine geçmektedir. C, A'nın asıl borçtaki haklarına sahip olmakta ve yükümlülüklerine tabi olmaktadır. Halefiyet için B'nin onayı gerekli değildir. Halefiyet, sözleşmeden veya kanundan doğabilir (şema 2)⁵³.

A ile B arasındaki borç ilişkisi aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından idare edilmektedir. Bu borç ilişkisi birçok şeyden kaynaklanabilir. Bu ilişki, genellikle sözleşmeden kaynaklanmaktadır, ancak bazen akit dışı borç ilişkileri de söz konusu olabilir. Örneğin haksız fiil veya eski hale getirme. Eğer borç, sözleşmeden kaynaklanıyorsa, Roma I Tüzüğü'nün kapsamına girmektedir ve Roma I Tüzüğü uygulanacak hukuku belirlemektedir. Eğer borç akit dışı bir ilişkiden kaynaklanıyorsa, o zaman Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanına girmektedir, Roma II Tüzüğü haksız fiillerden ve diğer akit dışı sorumluluklardan (sebepsiz zenginleşme,

⁵² KING, s. 85.

⁵³ HARTLEY, T. C. : "Choice of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under The Rome I Regulation", ICLQ vol. 60, January 2011, s. 32-33, <<http://journals.cambridge.org>>, 25.10.2013.

vekâletsiz iş görme (*negotiorum gestio*) ve sözleşme öncesi sorumluluktan (*culpa in contrahendo*) doğan borçlara uygulanacak hukuku belirleyecektir⁵⁴.

Devredilen veya halef olunan alacağa uygulanacak hukuk yani borç ilişkisine uygulanacak hukuk, bunun devredilebilirliğini, devredilen kişi ile borçlu arasındaki ilişkiyi, devrin veya halefiyetin borçluya hangi şartlar altında ileri sürülebileceğini ve borçlunun borçlarını ifa edip etmediğine dair tüm sorunları idare eder (Roma I Tüzük m. 14(2)).

O halde, yukarıda belirtilen örnekteki üç farklı hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir.

- Alacaklı (A) ile Borçlu (B) arasındaki ilişki, aralarında borcu oluşturan hukuk (örneğin aralarındaki sözleşme) tarafından idare edilir.
- Alacaklı (A) ile Devralan/Üçüncü kişi (C) arasındaki ilişki, alacağın devredildiği veya halefiyet ilişkisinin doğduğu sözleşme tarafından idare edilir.
- Borçlu (B) ile Devralan/Üçüncü kişi (C) arasındaki ilişki, devredilen borca uygulanacak hukuk tarafından (Alacaklı (A) ile Borçlu (B) arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından) idare edilir⁵⁵.

Bu maddede belirtilen devir kavramı, alacağın temlikini, güvence ve rehin olarak yapılan alacağın temlikini veya diğer alacaklara ilişkin güvenlik haklarını içerir (Roma I Tüzük m. 14(3)).

b. Kanuni Halefiyet

Kanuni halefiyet, sigortacının sigorta sözleşmesi gereği sigortalıya karşı yükümlülüğünü yerine getirdiği zaman ortaya çıkar. Aslında bu yükümlülük başkası tarafından örneğin haksız fiili işleyen tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu hak, sözleşmede halefiyet hakkının düzenlenmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵⁶.

Dubuisson'un savunduğu görüşe göre, sigortacı ile sigortalının borçlusu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk, sigortacının sigortalıya ödeme yapmasının sonucu olarak ortaya çıkan sigortacının halefiyetine uygulanacak olan hukuk şu şekilde belirlenmelidir: Sigortacının, sigortalıya ödeme yapma

⁵⁴ HARTLEY, s. 32.

⁵⁵ HARTLEY, s. 35.

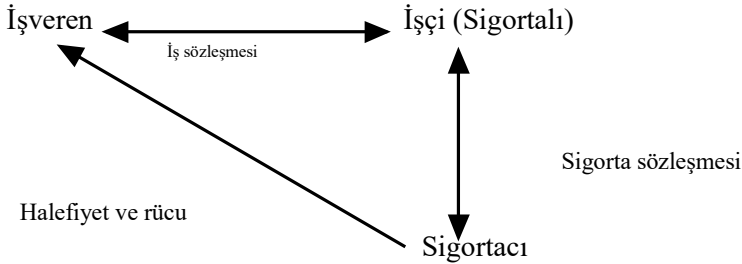
⁵⁶ PAPASAVAS, s. 2-3.

yükümlülüğüne uygulanan hukuk ya da sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalının borçlusunun sigortacıya karşı ileri sürebileceği itirazları belirler. Ancak bu görüş, sigortalının borçlusu için öngörülemeyen bir hukukun uygulanmasına sebep olmasından ötürü haksızlığa yol açabilmektedir⁵⁷. *Seatzu*'ya göre, sigortalının borçlusunun, alacaklı ile ilişkisini düzenleyen hukuk sistemi yerine herhangi bir hukuk sisteminde yer alan hukuki çarelere dayanmasını istemek kabul edilemez. Bu görüşe göre, sigortalının borçlusu ile sigortacı arasındaki ilişkiye, sigortalı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır⁵⁸.

Roma I Tüzüğü'nün 15. maddesinde yer alan kanuni halefiyete ilişkin düzenlemeye göre, bir kişinin (alacaklının), diğer bir kişiye (borçluya) karşı akdi bir alacağı olduğunda ve üçüncü kişinin alacaklıya karşı bu borcu ödeme yükümlülüğü varsa veya üçüncü kişi bu borcu alacaklıya ödemişse, üçüncü kişinin alacaklıya karşı borcun ödenmesi yükümlülüğüne uygulanacak olan hukuk, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk kapsamında alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği haklardan hangilerini ve ne ölçüde üçüncü kişinin borçluya karşı ileri sürebileceğini belirler.

Örneğin, sigortalının işçi olduğu ve sigortacının sigortalı işçiye ödeme yaptıktan sonra sigortacının, sigortalı işçinin hakları için işverene karşı halef olup olmayacağı (işverene bu ödemeyi rücu edip edemeyeceği) ya da hangi ölçüde halef olabileceği sorununun çözümü 15. maddeye göre bulunması gerekir (şema 3).

Şema 3:



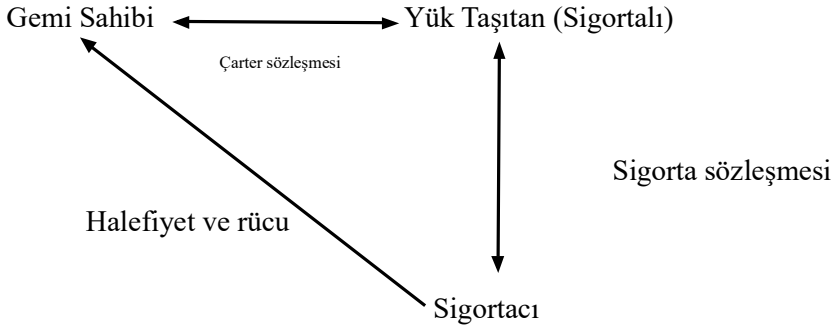
⁵⁷ SEATZU, F.: Insurance in Private International Law, Oregon 2003, s. 122.

⁵⁸ SEATZU, s. 122.

Sigortacının sigortalıya ödeme yaptıktan sonra bu ödeme için sigortacının işverene karşı halef olup olmayacağını sigortacının sigortalıya ödeme yapma borcunu doğuran sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirler. Bir başka deyişle sigortacının, sigortalı işçinin sigortalanmış haklarını işverene (borçluya) karşı ileri sürüp süremeyeceğini sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edecektir. Halef olunan hakların kapsamını ve işverenin özel durumlarının işçiye (sigortalıya) karşı ileri sürüp süremeyeceğini iş sözleşmesine uygulanacak hukuk tayin eder⁵⁹.

Bir diğer örnekte ise, gemi sahibi ile yük taşıtan arasında charter sözleşmesi olduğunu ve gemideki yükün sigortalı olduğunu varsayalım. Geminin ve içindeki yükün bir başka ülkenin karasularında zarara uğraması sonucunda, sigortacı sigortalı olan yük sahibine ödeme yaptığı takdirde, sigorta şirketi gemi sahibine karşı yük taşıtanın hakları için halef olabilir mi? Olabilir ise, hangi ölçüde halef olabileceği yine 15. maddeye göre çözümlenmelidir (Şema 4).

Şema 4:



Sigortacının yük taşıtana (sigortalıya) ödeme yaptıktan sonra bu ödeme için sigortacının gemi sahibine karşı halef olup olmayacağını sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirler. Halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalı yük taşıtanın borçlusunu olan gemi sahibinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini charter sözleşmesine uygulanacak hukuk tayin eder. Eğer gemi sahibi ile yük taşıtan aralarında bir hukuk seçimi

⁵⁹ SEATZU, s. 122-123.

yaparak charter sözleşmesi için uygulanacak hukuku tespit etmişler ise, bu hukuk seçimi ile sigortacı da bağlıdır. Bir başka deyişle seçilen hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalının borçlusu olan gemi sahibinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini de tespit eder. Sigortalı ile sigortacının sigorta sözleşmesi için bir hukuk seçimi yapmaları halinde de, sigortacı bu hukuk seçimi ile bağlı olur. Sigorta sözleşmesi için seçilen hukuk, halefiyetin mümkün olup olmadığını belirler. Yapılan hukuk seçiminin halefiyet için de geçerli olacağına ilişkin *The Front Comor davasını*⁶⁰ örnek verebiliriz. Olayda, *West Tankers* şirketinin sahip olduğu *The Front Comor* gemisi, *Erg Petroli Spa* tarafından charter sözleşmesi ile yük taşınması amacıyla kiralanmıştı. Gemi Syracuse, İtalya’da bir dalgakıran tarafından vurulmuş, gemi ve içindeki yük zarar görmüştür. *Erg Petroli Spa*’nın charter sözleşmesi ile taşıdığı yük sigortalıydı. Olayda, charter sözleşmesi için hukuk seçimi yapılarak İngiliz hukuku seçilmiş ve tahkim anlaşması yapılarak Londra’da tahkime gidileceği kararlaştırılmıştır. *Erg Petroli Spa*’nın sigortacıları ödedikleri sigorta bedeli sonucunda gemi sahibine karşı halef oldukları hakların kapsamının tayininde İtalyan hukukunun yetkili olduğunu ve yetkili mahkemenin Syracuse mahkemeleri olduğunu iddia etmişlerdir. Davada, Avrupa Adalet Divanı, sigortacıların charter sözleşmesinde seçilen hukuk ve tahkim anlaşması ile bağlı oldukları kararına varmıştır⁶¹.

B. Türk Hukukuna Göre Halefiyete Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’da halefiyete ve rücuca uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir bağlama kuralı yer almamaktadır. Ayrıca 5718 sayılı MÖHUK’da sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir bağlama kuralı da bulunmamaktadır.

⁶⁰ Case C-185/07, *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72841&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=505314>>, 16.12.2013.

⁶¹ BAATZ, Y./SANDIFORTH, A. : “A Setback for Arbitration”, Shipping & Trade Law, May 2009, Volume 9, Number 4, <http://eprints.soton.ac.uk/79609/1/Baatz_Y_2009_Issue_4.pdf>, 10.12.2013; SMITH, R./ CURRAN, A. : “The Front Comor: An End to Anti-suit Injunctions? ”, <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=427b0e9e-8bfe-4dd6-89db-2989aa2f7293>>, 29.11.2013.

1. Uygulanacak hukuka ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler

Sigortacının ödemiş olduğu tazminat nedeniyle sigortalıya halef olmasında ve üçüncü kişilere bunu rücu etmesinde uygulanacak hukukun tespitinde doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

İlk görüşe göre, sigortalıya yaptığı ödemeler sebebiyle, sigortacının borçluya karşı sahip olduğu halefiyete dayanan rücu hakkından doğan taleplere de, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulanır⁶².

Bir başka görüşe göre, sigortacı, yalnızca ödediği tazminat oranında riskin gerçekleşmesine sebep olan şahsa rücu edecektir. Eğer sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk dışında başka bir hukukun yani üçüncü şahsın tazminat borcunun tabi olduğu hukukun uygulanması kabul edilirse, bu hukuka göre tazminat miktarının, sigortacının ödediği miktardan daha az veya daha fazla belirlenmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle halefiyeti, sigorta sözleşmesine uygulanan ülke hukukuna tabi kılmak ve bu bağlamda zarar sigortalı ile sorumluluk sigortalı arasında bir ayırım yapmamak gerekir⁶³.

Diğer bir görüşe göre ise, 6762 sayılı eski TTK m. 1301'de⁶⁴ (6102 sayılı yeni TTK m. 1472) yer alan sigortacının halefiyeti meselesinin akit statüsünün kapsamına girip girmediği zarar (mal) sigortalı ve sorumluluk sigortalı için ayrı ayrı incelenmesi gerektiği yönündedir⁶⁵. *Zarar (mal) sigortalılarında* geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindeki bu esas gereğince, halefiyet, sigortalanan menfaatin rizikonun gerçekleşmesinden sonra zarara uğraması sonucunda, sigortalının uğramış olduğu zararın giderilmesi amacıyla zarara uğratana karşı tazminat davası açma hakkına, sigortacının, uğranılan zararı sigortalıya tazmin ettiği miktar

⁶² NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul Şubat 2015, s. 327 (Devletler Hususî).

⁶³ EKŞİ, N. : Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2012, s. 51 (Sigorta).

⁶⁴ Madde 1301 - Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder. Sigorta ettiren kimse, 1 inci fıkra gereğince sigortacıya intikal eden haklarını ihlal edecek bir hal ve harekette bulunursa sigortacıya karşı mesul olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmiş ise sigorta ettiren kimse kalan kısmından dolayı üçüncü şahıslara karşı haiz olduğu müracaat hakkını muhafaza eder.

⁶⁵ SİRMEN, S. K. : “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortalı Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, BATİDER, C. XXVI, Sa. 31, Y. 2010, s. 54-55.

kadarıyla sahip olmasıdır⁶⁶. Sigortacının halefiyet dolayısıyla, üçüncü şahsa karşı rücu hakkına sahip olup olmayacağı ya da ne kapsamda sahip olacağı hususunun belirlenmesinde, sigortalı ile üçüncü şahıs arasındaki tazminata kaynaklık eden hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk yetkili olmalıdır. Halefiyet durumunda, sigortacı ile üçüncü şahıs arasındaki hak ve yükümlülükler sigorta akdinden doğmadığından, hiçbir şekilde sigorta ilişkisine dâhil olmayan üçüncü şahsın, sigorta tekniğine ilişkin mülahazalarla sigorta akdi statüsüne tâbi tutulması uygun görülmez. Milletlerarası alanda, alacaklının değişmesi borçlunun hukuki durumunu hiçbir şekilde kötüleştiremeyeceğinden, halefiyet sonunda oluşan borçlu üçüncü şahsın hukuki durumu ile ilgili problemler, sigortacının halefiyetinin hukuken geçerliliği, sigortacı ile üçüncü şahıs arasındaki hukuki ilişki, defî ve itirazlar, üçüncü şahsın tazminat borcuna hakim olan hukuka tâbi olmalıdır⁶⁷. Bununla birlikte, *sorumluluk sigortalarında* kanuni halefiyet biraz daha farklı bir özellik göstermektedir. Sorumluluk sigortalarında, sigortacı, birbirlerine karşı belirli bir sıra ve rücu ilişkisi içinde olan sorumlu kişilerden değildir. Sigortacı, belirli bir zarardan sorumlu olan sigortalıya karşı yöneltilen tazminat taleplerini karşılamayı güvence altına almıştır. Bu nedenle, sigortacı, hiçbir şekilde söz konusu zararı tazminle yükümlü kişilere karşı, kendi haklarından doğan bir rücu imkânına sahip değildir. Zarar görenin uğradığı zararı tazmin etmekle, sigortalının diğer zarar veren kişilere karşı sahip olduğu rücu hakkına halef olur. Bu durumda halefiyete ilişkin olarak, rücu yükümlüsü üçüncü şahsın hukuki durumu ile ilgili olmadığı ve sigorta akdinin taraflarını ilgilendiren hukuki problemler söz konusu olduğu sürece, sigorta akdi statüsü geçerli olur. Ancak halefiyet dolayısıyla kendisine rücu edilen kişinin hukuki durumuna ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki problemlere, zarar görenin bu üçüncü şahsa karşı sahip olduğu tazminat talebi için yetkili olan hukuk düzeni uygulama alanı bulur⁶⁸.

2. Yargıtay'ın uygulaması

Yargıtay'ın halefiyet ve rücuda uygulanacak hukuk sorununa ilişkin olarak vermiş olduğu bazı kararlar bulunmaktadır. Bu kararlarda, sigortacının alacaklıya ödeme yaptıktan sonra, sigortacının borçluya yaptığı rücuda, borçlu ile alacaklının arasındaki ilişkiye uygulanan hukukun rücuya da uygulandığı

⁶⁶ TEKİNAY, S. S. /AKMAN, S. /BURCUOĞLU, H. /ALTOP, A. : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 212; CAN, M. : Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2009, s. 155.

⁶⁷ SİRMEN, s. 54-55.

⁶⁸ SİRMEN, s. 54-55.

belirlenmiştir. Ancak bu davalarda sigortacının alacaklının haklarına halef olurken halefiyetin hangi hukuka tabi olacağı sorunu üzerinde durulmadığı için halefiyete hangi hukukun uygulandığı tespit edilememiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3.7.1981 tarihli kararı⁶⁹, taşıma sözleşmesi sırasında meydana gelen hasarı ödeyen sigortacının açmış olduğu rücu tazminat davasına ilişkindir. Davada, bir Alman firması (taşıyan) ile Türk firması (taşıtan) arasında yapılan, konusu yedek parça olan bir taşıma sözleşmesi söz konusudur. Taşıma sırasında yedek parçalarda hasar meydana gelmiş ve sigortacı bu hasarı karşılamıştır. Türk firmasına halef olan sigortacının, taşıyan Alman firmasına açtığı tazminat davasında, taşıma sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk olaya uygulanmıştır. Olayda, sigortacının açmış olduğu rücu tazminat davasında, sigortalı olan Türk firması ile zarara sebep olan davalı Alman firması arasındaki taşıma sözleşmesine dayanarak uygulanacak hukuk tespit edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir başka kararı⁷⁰, çatmaya ilişkin olarak verilen hüküm sonucu Türk Lirası olarak tahsil edilen paranın yabancı para ile olan alacağı karşılamamasından doğan munzam zarar isteğine ilişkindir. Olayda, davacı sigorta şirketi, çatma sonucunda zarara uğrayan sigortalı gemi sahibine sigorta bedelini ödemiş, daha sonra da davalıya rücu tazminat davası açmıştır. Olayda, davacı sigorta şirketinin davalıya açmış olduğu rücu tazminat davasında çatmaya yani haksız fiile uygulanacak hukuka göre karar verildiği görülmektedir.

3. Değerlendirme

a. Halefiyet ve rücuya uygulanacak hukuk

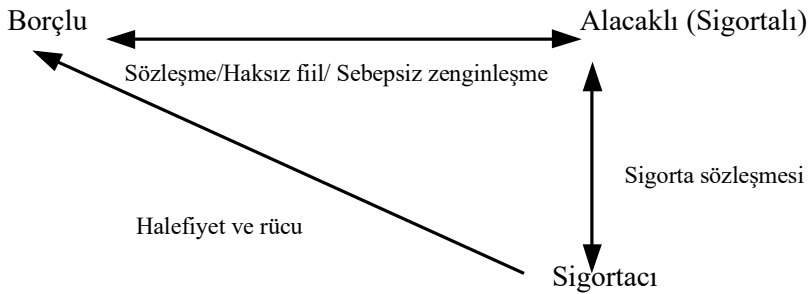
Sigorta sözleşmelerinde ortaya çıkan halefiyet ve rücu sorununa uygulanacak hukukun belirlenmesinde, sigorta türleri bakımından bir ayırım yapılmasına gerek olmadığı kanaatindeyim. Halefiyet ve rücu ilişkilerinin birbirinden farklı hukuki ilişkiler olması nedeniyle bu ilişkilere uygulanacak hukukların da ayrı ayrı tespitinin yapılması gerekir. Sigortacının ödemiş olduğu tazminat nedeniyle halefiyet hakkının var olup olmadığını sigorta şirketi ile sigortalı arasındaki sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlemelidir. Bir başka deyişle, sigortacının mağdura (sigortalıya) ödeme yaptıktan sonra

⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3.7.1981 tarihli E. 1979/11-1775, K. 1981/563 kararı. Karar için bakınız; <<http://www.kazanci.com/>>, 12.04.2014.

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.3.1991 tarihli E. 1991/40, K. 1991/127 kararı. Karar için bakınız; <<http://www.kazanci.com/>>, 12.04.2014.

bu ödeme için sigortacının sigortalının hakları için borçluya karşı halef olup olmayacağını sigortalının sigortacıya ödeme yapma borcunu doğuran sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından tespit edilmelidir. Sigortacının ödemiş olduğu tazminatı borçluya rücu etmesinde uygulanacak olan hukuk ise, sigortalı (alacaklı) ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuka göre (sözleşmeye, haksız fiile veya sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka göre) belirlenmelidir. Halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalının borçlusu olan kişinin özel durumlarını (itiraz ve defileri) ileri sürüp süremeyeceğini, aralarındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuk (sözleşmeye, haksız fiile veya sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk) tayin etmelidir. Sigortacı, borçluya, sadece sigortalı alacaklıya ödediği tazminat oranında rücu edecektir. Bu nedenle, sigortacı, borçludan, sigortalıya ödediği tazminattan daha fazlasını rücu etme imkânına sahip değildir. Bununla birlikte, sigortacının sigortalıya yaptığı ödemelerin bazısı ödenen primlerin karşılığı olarak zarardan daha fazlasına ilişkin olabilmektedir. Borçlu, kendisine rücu edilen ödemenin tamamından sorumlu olmayabilir. Bazı durumlarda ise, borçluya rücu edilecek ödeme, sigortacının sigortalıya yaptığı ödemenin altındadır. Bu nedenle de sigortacı, borçluya karşı rücu ederken sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuka göre değil, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye yani sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka göre rücu etmelidir. Ayrıca, sigortacının yaptığı ödemeyi borçluya rücu ederken, bu rücu ilişkisine sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması halinde, borçlu hiç bilmediği bir hukukun kendisine uygulanması ile karşı karşıya kalacaktır. Borçlunun içinde bulunmadığı bir ilişkiye uygulanan hukukun, borçlu için uygulanması hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Şema 5:



Sonuç olarak, kanaatimizce, sigorta şirketinin sigortalının halefi olup olamayacağını sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlemeli, sigorta şirketinin borçludan bu ödemeyi hangi ölçüde ve ne miktarda rücu edebileceğini ise, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk tespit etmelidir (şema 5).

Sigorta şirketinin sigortalının haklarına halef olup olmayacağı sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir. 5718 sayılı MÖHUK'da sigorta sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi kavramı dışında kaldığı durumlarda sözleşmelere ilişkin genel düzenleme ile sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku belirleyen madde 24(4) şu şekildedir: “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

Taraflar, sigorta sözleşmeleri için bir hukuk seçiminde bulunmamışlar ise, sigorta akdine uygulanacak hukuk, 24. maddenin 4. fıkrasına göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespiti ile yapılacaktır. Burada sigorta sözleşmelerindeki karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi gerekmektedir. Sigorta sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu sigortacının edimidir. O halde m. 24(4) gereğince, sigortacının işyeri hukuku sigorta sözleşmesine uygulanacak olan hukuktur⁷¹.

⁷¹ SİRMEN, s. 50-51; *Nomer*'e göre, sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer hukuku sigorta sözleşmesine uygulanacak olan hukuktur. Ancak, şirketin merkezinin bulunduğu ülke hukukuna bağlanma, sigorta sözleşmesinin tüketici sözleşmesi kavramı dışında kalması hâlinde geçerli olur. Aksi hâlde, tüketici sözleşmeleri düzenleyen hukuka (m.26) tabi olur: NOMER (Devletler Hususî), s. 327; *Tekinalp/Çavuşoğlu*'na göre, uygulanacak olan hukuk, sigortacının işlemlerini yaptığı yer yani işyeridir. Sigortacı bir tüzel kişi olduğuna göre, sigorta sözleşmesine ilişkin statü, merkezin veya şubenin yaptığı sözleşmeler açısından “merkezin işyeri” veya “şubenin işyeri” hukukudur: TEKİNALP, G. / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 403; *Ekşi*'ye göre, bazı hallerde, sigorta sözleşmesi, sigortacının işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeyle daha yakın irtibatlı olabilir. Bu durumda, m. 24(4)'ün son cümlesi uyarınca sigorta sözleşmesi ile en sıkı bağlantılı olan ülke hukuku uygulanacaktır. Böyle bir durumda tarafların yerleşim

Sigorta sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi kavramı içinde kalması da mümkündür. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁷² (TKHK) tüketici işlemini tanımlamıştır. Bu tanımda sigorta sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir⁷³. TKHK'na göre, tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir (m.3/1(k)). Paralel olarak, MÖHUK m.26'da tüketici sözleşmeleri, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşmeler olarak tanımlanmıştır⁷⁴. Sigorta ettiren, sigortalı veya lehdar, TKHK anlamında tüketici sayılabiliyorsa, MÖHUK'da tüketici sözleşmelerine ilişkin düzenlemenin (m.26) sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde kullanılması mümkündür. MÖHUK m. 26'ya göre, tüketici sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;

“a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş” olmalıdır.

yeri, sigorta sözleşmesinin yapıldığı yer ve ifa yeri; sigorta tazminatının ödeneceği para birimi dikkate alınarak en yakın bağlantı tespit edilmeye çalışılmalıdır. MÖHUK m. 24(4)'ün son cümlesi uyarınca, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak, sigorta sözleşmesinin bütün unsurları değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır: EKŞİ (Sigorta), s. 30.

⁷² Resmi Gazete 28.11.2013- 28835

⁷³ TKHK'un 3. maddesinin 1(l). bendine göre, 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 işlemdir.

⁷⁴ Doktrinde MÖHUK m. 26'da tüketici sözleşmesinin tanımına yer verilmiş olması eleştirilmiştir. TKHK'da tüketici sözleşmesinin tanımının yapılmış olması nedeniyle MÖHUK'da bunun tekrarlanmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Tüketici sözleşmesinin ne anlama geldiği bir vasıflandırma meselesi olduğundan, Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda zaten Türk hukukuna göre tayin edilecek bir husustur: ŞANLI, C. / ESEN, E. /ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul Kasım 2014, s. 273, dipnot 375.

Bu şartlardan hiçbiri gerçekleşmemişse, 26. madde hükmünün uygulanması imkânı olmayacaktır. Bu halde sigorta sözleşmesi için MÖHUK m.24(4)'ün uygulanması gerekecektir. Ayrıca paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere madde 26 uygulanmayacaktır (m.26(3))⁷⁵.

Sigorta şirketinin ödemiş olduğu tazminatı borçluya rücu etmesinde uygulanacak olan hukuk ise, sigortalı (alacaklı) ile borçlu arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir. Bu ilişki, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin türüne göre 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili maddesi⁷⁶ somut olaya tatbik edilerek uygulanacak hukuk tespit edilmelidir.

b. Hukuk seçiminin halefiyet ve rücu için uygulanacak olan hukuka etkisi

Sigortalı ile sigortacının sigorta sözleşmesi için bir hukuk seçimi yapmaları halinde, seçilen hukuk, sigortacının alacaklıya yapmış olduğu ödeme nedeniyle alacaklının haklarına (borçluya karşı) halef olup olamayacağını da belirler. Bir başka deyişle sigorta sözleşmesi için seçilen hukuk, halefiyetin mümkün olup olmadığını da tespit eder. Tarafların aralarındaki sözleşme için yaptıkları hukuk seçimi MÖHUK m.24'ün 1., 2. ve 3. fıkralarına uygun olmalıdır. MÖHUK'un ilgili maddesine göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir (m.24(1)). Hukuk seçimine ilişkin bir kloz sigorta sözleşmesinde yer alabilir⁷⁷. Taraflar, seçilen hukukun

⁷⁵ Tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız; ÇELİKEL, A. /ERDEM, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul Şubat 2014, s. 363-368; DOĞAN, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara Şubat 2015, s. 392-394; GÜNGÖR, G. : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 185-217; NOMER (Devletler Hususî), s. 344-347; ÖZTEKİN GELGEL, G. : Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 107-118; ŞANLI/ ESEN /ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 272-275; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 425-428.

⁷⁶ 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk, 25. maddesinde taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, 26. maddesinde tüketici sözleşmeleri, 27. maddesinde iş sözleşmeleri, 28. maddesinde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, 29. maddesinde eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler, 34. maddesinde haksız fiiller, 35. maddesinde kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk, 36. maddesinde imalâtçının sözleşme dışı sorumluluğu, 37. maddesinde haksız rekabet, 38. maddesinde rekabetin engellenmesi, 39. maddesinde sebepsiz zenginleşme düzenlenmektedir.

⁷⁷ EKŞİ (Sigorta), s. 22. Tarafların sigorta sözleşmelerine yapabilecekleri hukuk seçiminin

sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler (m.24(2)). Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir (m.24(3)). Sonradan seçilen hukuk önceki akit statüsüne nisbetle üçüncü şahsın hukukî durumunu kötüleştirmekte ise, hukuk seçiminin sonuçları kanunlar ihtilâfı bakımından esas akdin tarafları arasındaki ilişkiyle sınırlı kalır. Tarafların üçüncü şahıslarla ilişkilerinde önceki akit statüsü geçerli olmaya devam eder⁷⁸. Sigorta sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi kavramı içinde kalması halinde ise, sigorta sözleşmesi için yapılan hukuk seçimi MÖHUK m. 26 (1)'e uygun olmalıdır. Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacaktır. Düzenlemede, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma asgarî düzey olarak kabul edilmiş ve sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanmasının, ancak, seçilen hukukun tüketiciye daha üst seviyede bir koruma sağlaması halinde mümkün olabileceği belirtilmiştir⁷⁹.

Borçlu ile alacaklı aralarında bir hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde, bu hukuk seçimi, alacaklıya yapmış olduğu ödemeyi borçluya rücu eden sigorta şirketini de bağlar. Bir başka deyişle borçlu ile alacaklının seçtiği hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalının borçlusu olan kişinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini de belirlemektedir. Bu hukuk seçiminin sigorta şirketi için de bağlayıcı olabilmesi için borçlu ile alacaklının aralarında yaptıkları hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olması gerekir.

Borçlu ile alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olması halinde MÖHUK'un 24. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak yapılmış bir hukuk seçiminin var olması gerekir⁸⁰. Borçlu ile alacaklı arasında bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme ilişkisinin mevcut olması halinde ise, taraflar, ancak haksız fiilin ya da sebepsiz zenginleşmenin meydana

ayrıntıları için bakınız; EKŞİ (Sigorta), s. 22-26.

⁷⁸ NOMER (Devletler Hususî), s. 321-322.

⁷⁹ ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 273.

⁸⁰ Tarafların sözleşmelerine yapabilecekleri hukuk seçiminin ayrıntıları için bakınız; ÇELİKEL /ERDEM, s. 327-331; DOĞAN, s. 359-368; NOMER (Devletler Hususî), s. 317-323; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 249-265; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 350-360.

gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Haksız fiiller için MÖHUK m. 34(5)'de ve sebepsiz zenginleşme için MÖHUK m. 39(2)'de düzenlenen bu hükümler uyarınca taraflara kısıtlı bir hukuk seçim imkânı verilerek, akit dışı borç ilişkilerinde tarafların korunması amaçlanmıştır⁸¹.

Borçlu ile alacaklının yaptığı hukuk seçiminin sigorta şirketini bağlayarak, sigorta şirketinin borçluya yapacağı rücutunun bu seçilen hukuka göre yapılmasına dair Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararı örnek verebiliriz⁸². Karara konu olan olayda, taşıma rizikolarına karşı sigortalanan emtia Çin'den Türkiye'ye hasarlı bir şekilde taşınmıştır. Bu nedenle sigorta ettirene tazminat ödenmiştir. Davacı, rücu koşullarının oluştuğunu ileri sürerek, 22.203.06 YTL tazminatın talep edilmesini istemiştir. Davalı taraf, taşımaya mesnet konşimentoda yetkili mahkemenin Paris mahkemesi olarak kararlaştırıldığını, ihtilâf için Fransız hukukunun uygulanacağını savunmuştur. Mahkeme, davanın halefiyet ilkesi uyarınca açıldığı, taşımanın denizyolu ile gerçekleştiği, konşimentoda taşıyıcıya yöneltilen herhangi bir iddia ve/veya bu konşimentodan doğan veya onunla ilgili olarak ortaya çıkacak tüm anlaşmazlıkların bu konşimentoda aksi belirtilmediği takdirde Fransız hukukuna göre, tarafların münhasır yetkisini kabul ettiği Paris Ticaret Mahkemesinin karara bağlayacağı hükmünün bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı, yetki sözleşmesi yapıldığı, davada münhasır yetki ve kamu düzenine aykırılık olmadığı, davalının yetki şartına dayanan görev itirazının yerinde olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin yetki sebebiyle reddine karar vermiştir.

Davada, taraflar (alacaklı-sigorta ettiren ile borçlu) aralarındaki konşimento sözleşmesi için hukuk seçiminde bulunarak Fransız hukukunu seçmişlerdir. Alacaklı taşınan emtiasını sigortalatmıştır. Sigortalanan emtia Çin'den Türkiye'ye hasarlı bir şekilde taşınmıştır. Sigorta şirketi, sigorta ettirene tazminat ödemiştir. Sigorta şirketinin borçluya karşı yapacağı rücutunun, konşimento sözleşmesi için seçilen hukuk olan Fransız hukukuna göre yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca davada, konşimento sözleşmesinin taraflarının yapmış olduğu yetki anlaşmasının sigorta şirketinin borçluya karşı açacağı rücu davasında da etkisini göstereceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, üçüncü

⁸¹ NOMER (Devletler Hususî), s. 361. Haksız fiillerde ve sebepsiz zenginleşmede hukuk seçiminin ayrıntıları için bakınız; ÇELİKEL/ERDEM, s. 409, 429-430; DOĞAN, s. 401, 412; NOMER (Devletler Hususî), s. 361; 367; ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 293, 305-306; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 454, 483.

⁸² Yargıtay 11. HD, E. 2009/5737, K. 2010/11749, T. 22.11.2010. Karar için bakınız; EKŞİ, N. : Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul Eylül 2012, s. 78-80.

kişinin borçluya açtığı rücu davası, eğer taraflar aralarındaki borç ilişkisi için bir yetki anlaşması yapmışlar ise, dava bu kararlaştırılan yer mahkemesinde açılmalıdır⁸³.

SONUÇ

Özellikle sigorta sözleşmelerinde karşımıza çıkmakta olan halefiyet prensibi bu çalışmanın ana konusunu teşkil etmektedir. Çalışmada öncelikle, halefiyet ve rücu konularına ilişkin bilgi verildikten sonra, yabancı unsurlu bir halefiyet ve rücu ilişkisinde uygulanacak hukuk belirlenmiştir. Halefiyet ve rücuya uygulanacak hukukun tespiti ilk olarak, Avrupa Birliği hukukunda yer alan iki Tüzüğe (Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü ve Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'ne) göre, daha sonra ise Türk hukukuna göre yapılmıştır. Türk hukukunda, MÖHUK'da halefiyeti düzenleyen herhangi bir madde bulunmamaktadır. Bu bölümde, Türk hukukunda doktrinde yer alan görüşlere yer verildikten sonra yabancı unsurlu olaylarda halefiyet ve rücuya uygulanacak hukuk hakkında bilgi verilmiştir. Neticede, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan yabancı unsurlu bir halefiyet sorununda, sigorta şirketinin sigortalının halefi olup olamayacağını sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlemeli, sigorta şirketinin borçludan bu ödemeyi hangi ölçüde ve ne miktarda rücu edebileceğini ise, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından tespit edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan borçlu ile alacaklının arasındaki ilişkiye (sözleşmeye, haksız fiile veya sebepsiz zenginleşmeye) uygulanacak hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalının borçlusu olan kişinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini de belirlemelidir.

⁸³ Buna ilişkin örnek Yargıtay kararları: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/10852, K. 2010/1711, T. 15.2.2010, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/10853, K. 2010/1688, T. 15.2.2010, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/14017, K. 2010/5405, T. 17.5.2010, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/363, K. 2004/11379, T. 23.11.2004. Kararlar için bakınız; <<http://www.kazanci.com/>>, 07.05.2015.

KAYNAKÇA

ARSLAN, A. S. : “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 88, 2010, s. 195-224.

BAATZ, Y./SANDIFORTH, A. : “A Setback for Arbitration”, Shipping & Trade Law, May 2009, Volume 9, Number 4, <http://eprints.soton.ac.uk/79609/1/Baatz_Y_2009_Issue_4.pdf>, 10.12.2013.

BAĞATUR, Ç. M. : “Can Sigortalarında Sigortacının Yasal Ardılığı”, Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 65-78, <www.yildizbagatur.com/yildizwebtr/data-tr/can_sigortalari.doc>, 28.03.2014.

CAN, M. : “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2011 (6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu).

CAN, M. : Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2009.

ÇEKER, M. : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012 (Sigorta Hukuku).

ÇEKER, M. : “Sigortacının Rücu Hakkı”, <<http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/sigortac%C4%B1n%C4%B1n%20r%C3%BCcu%20hakk%C4%B1.htm>>, s. 6, 28.03.2014 (Rücu).

ÇELİKEL, A. /ERDEM, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul Şubat 2014.

DOĞAN, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara Şubat 2015.

EKŞİ, N. : Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul Eylül 2012.

EKŞİ, N. : Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2012 (Sigorta).

EREN, F. : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

FRANKO, N. İ. : “Borçlar Kanununun 109 ncu Maddesine Göre Halefiyet Halleri”, Ankara Barosu Dergisi, 1981 Sa. 2, s. 202-220.

GÜNGÖR, G. : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.

HARTLEY, T. C. : “Choice of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under The Rome I Regulation”, ICLQ vol. 60, January 2011, s. 29-56, <<http://journals.cambridge.org>>, 25.10.2013.

HUBER, P. / ALTENKIRCH, M. : Rome II Regulation: Pocket Commentary, Art. 19, Munich 2011.

KILIÇOĞLU, A. : “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXI, 1974, Sa. 1-4, s. 395-446.

KING, C. G. : “Subrogation Under Contracts Insuring Property”, Texas Law Review, volume 30, 1951-1952, s. 62-92.

MAHER, B. S. / PATHAK, R. A. : “Understanding and Problematizing Contractual Tort Subrogation”, Loyola University Chicago Law Journal, volume 40, 2008-2009, s. 49-91.

NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul Şubat 2015 (Devletler Hususî).

NOMER, H. : “Halefiyet ile Rücû Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, İHFM, C. LV, Sa. 3 (1997), s. 243-260 (Halefiyet).

NORTH, P./ FAWCETT, J.J./ CARRUTHERS, J. M.: Cheshire, North & Fawcett Private International Law, New York 2008.

ÖZTEKİN GELGEL, G. : Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.

PAPASAVAS, P.M. : “The Insurer/Insured Relationship In Subrogation”, s. 1-29, <<http://www.cozen.com/admin/files/publications/papasavas1143139.PDF>>, 01.11.2014.

SEATZU, F.: Insurance in Private International Law, Oregon 2003.

SİRMEN, S. K. : “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, BATİDER, C. XXVI, Sa. 31, Y. 2010, s. 41-68.

SMITH, R./ CURRAN, A. : “The Front Comor: An End to Anti-suit Injunctions? ”, <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=427b0e9e-8bfe-4dd6-89db-2989aa2f7293>>, 29.11.2013.

STONE, P. : “The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort”, Ankara Law Review, Vol. 4, No. 2 (Winter 2007), s. 95-130.

ŞANLI, C. / ESEN, E. / ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul Kasım 2014.

TEKİNALP, G. / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011.

TEKİNAY, S. S. /AKMAN, S. /BURCUOĞLU, H. /ALTOP, A. : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU'NDA 6537 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ş. Barış ÖZÇELİK*

ÖZET

Temel amaçlarından biri, tarımsal arazilerin satış, miras ve benzeri yollarla küçülmesini önlemek olan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda, 6537 sayılı Kanun'la birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin medenî hukuk açısından en önemlileri; asgarî tarımsal arazi büyüklüğü ve yeterli gelirlî tarımsal arazi büyüklüğü kavramlarına yer verilmesi, mirasa konu tarımsal arazilerin mülkiyetinin devri zorunluluğunun getirilmesi, sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınması ve paylı mülkiyete tâbi tarımsal arazilerde payın devri ve rehnini yasaklayan hükmün kaldırılmasıdır. Söz konusu değişikliklerle öngörülen tedbirlerin tarımsal arazilerin küçülmesi sorununun çözümüne belli ölçüde katkıda bulunabileceği söylenebilir. Ancak toplumda bu konuya ilişkin bilgi ve bilinç düzeyi artırılmadıkça, alınan tedbirlerin tam anlamıyla etkili olması mümkün görünmemektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Tarımsal arazi, ehil mirasçı, ekonomik bütünlük, değer artışından doğan talep hakkı, önalım hakkı.*

ASSESSMENT OF THE AMENDMENTS MADE BY THE ACT NUMBERED 6537 TO THE SOIL CONSERVATION AND LAND USE ACT NUMBERED 5403

ABSTRACT

There have been many changes by the act numbered 6537 to the Soil Conservation and Land Use Act numbered 5403, one of the main objectives of which is to prevent the fragmentation of agricultural land by sale, inheritance or similar means. Most significant of these changes in terms of civil law include provision of the terms of minimum agricultural land size and agricultural land size with adequate income, introduction of the obligation to transfer of agricultural land ownership which is subject to inheritance, granting a right of pre-emption to the owners of contiguous agricultural lands and lifting the prohibition of transfer and mortgage of share on co-owned agricultural land. The measures foreseen by these amendments may contribute to some extent to solve the problem of fragmentation of agricultural land. However

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

the measures taken are unlikely to be fully effective unless the level of knowledge and awareness of the society on the subject is increased.

Keywords: *Agricultural land, eligible heir, economic integrity, entitlement to profits, right of pre-emption.*

GİRİŞ

Tarımsal arazilerin yüzölçümünün satış, miras ve benzeri yollarla küçülmesi, söz konusu arazilerden elde edilen verimi düşüren sebeplerin başında gelmektedir. Türk Medenî Kanunu (TMK) hükümlerinin tarımsal arazilerin belirtilen sebeplerle parçalanmasını engellemekte yetersiz kalması karşısında ülkemizde, 3.7.2005 tarihli, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) yürürlüğe konulmuştur¹. Ancak bu Kanun'un da tarım arazilerinin gerek satış gerekse miras yoluyla parçalanarak küçülmesi sorununa çare olamadığı gözlemlenmiş ve Kanun'un konuya ilişkin temel hüküm niteliğindeki 8. maddesi, 31.1.2007 tarihli, 5578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la² önemli ölçüde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik, tarımsal arazinin bu niteliğinin tapu kütüğüne şerh edilmesi imkânı tanınmış, tarım arazilerinin sınıflarına göre asgarî parsel büyüklükleri hektar olarak belirlenmiş ve kanunda belirtilen istisnalar haricinde tarım arazilerinin, herhangi bir yolla, daha küçük parseller oluşturacak şekilde bölünemeyeceği öngörülmüş; zamanla küçülerek belirlenen asgarî büyüklüklere ulaşan tarım arazilerinin hukuken bölünemez eşya niteliği kazanmış olacağı vurgulanmış, bölünemez büyüklükteki tarım arazileri üzerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, söz konusu arazilerdeki payların üçüncü kişilere satılması, devri ve rehni yasaklanmıştır. Ne var ki; TKAKK 8'de yapılan bu değişikliklerle alınan tedbirler, hukukî anlamda bir bölünmezlik sağlamaya elverişli ise de ülkemizde zaten yaygın olan ve tarım arazilerinin ekonomik verimindeki düşüklüğün asıl sebebini teşkil eden fiilî bölünmeleri engelleme gücüne sahip olamamıştır. Bu durum karşısında mesele yeniden kanun koyucunun gündemine gelmiş ve bu defa 30.4.2014 tarihli, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la³ içerik ve yöntem bakımından daha farklı tedbirler öngörülmüştür.

¹ RG, 19.7.2005.

² RG, 9.2.2007.

³ RG, 15.5.2014.

6537 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin başında, TKAKK'nın 3. maddesine (h) ve (ı) bentleri eklenerek, “*asgarî tarımsal arazi büyüklüğü*” ve “*yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” kavramlarının tanımlanması gelmektedir. Söz konusu Kanun'la (m. 4 ve 5) getirilen en kapsamlı değişiklik ise, TKAKK 8'de gerçekleşmiştir. Zira bir yandan söz konusu maddenin, tarımsal arazilerin asgarî tarımsal arazi büyüklüğünün altında kalacak şekilde bölünmesi yasağını düzenleyen iki ve üçüncü fıkralarında bazı değişiklikler yapılmış, diğer yandan Kanun'a 8. maddeden sonra gelmek üzere 8/A ilâ 8/K maddeleri ve 8/A maddesine bağlı ek (1) sayılı liste eklenmiştir. Sözü edilen yeni maddelerde genel olarak, yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, mirasa konu tarımsal arazi mülkiyetinin devri zorunluluğu ve tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine bağlı olarak ortaya çıkan bazı sonuçlar düzenlenmektedir. TMK'nın, söz konusu yeni hükümlerle büyük ölçüde aynı konulara ilişkin olan 659 ilâ 668. maddeleri ise 6537 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Öte yandan Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik (TAMDİY)⁴ de 31.12.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çalışmanın amacı, 5403 sayılı TKAKK'da, 6537 sayılı Kanun'la yapılan, medenî hukuku doğrudan ilgilendiren değişikliklerin incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Yine anılan Kanun'la getirilmekle birlikte daha çok kamu hukukunu ilgilendirdiği düşünölen hükümler çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

I.BÖLÜNME YASAĞI BAKIMINDAN GETİRİLEN DEğİŞİKLİKLER

A- Asgarî Tarımsal Arazi Büyüklüğü ve Yeterli Gelirli Tarımsal Arazi Büyüklüğü

Tarımsal arazilerin belirli bir büyüklüğün altına düşecek şekilde bölünmesi yasağı, TKAKK'da, Kanun'un yürürlüğe giren ilk hâlinden beri mevcuttur. Buna karşılık, TKAKK'nın 6537 sayılı Kanun'la değişik hâlinde, tarım arazilerinin bölünebileceği en küçük birimi ifade etmek üzere “*yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” kavramı kullanılmıştır (TKAKK 8/A). Öte yandan Kanun, yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün belirlenmesi açısından bir alt sınır teşkil etmek üzere, “*asgarî tarımsal arazi büyüklüğü*” kavramına da yer vermiştir. Bu nedenle öncelikle söz konusu kavramların anlam ve işlevinin tespit edilmesi gerekir.

⁴ RG, 31.12.2014.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na 6537 sayılı Kanun'la eklenen tanımlara göre asgarî tarımsal arazi büyüklüğü, “*üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü*” (TKAKK 3/h); yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ise “*bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini*” (TKAKK 3/1) ifade eder.

Yasal tanımlara göre asgarî tarımsal arazi büyüklüğü, Bakanlıkça yapılacak belirleme açısından ülke çapında geçerli alt sınırı oluşturur. Bu alt sınır Kanun'da, mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazileri için 2 hektar, dikili tarım arazileri için 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan araziler için ise 0,3 hektar olarak belirlenmiş, öte yandan Bakanlığa söz konusu alt sınırı günün koşullarına göre yükseltme, yani asgarî tarımsal arazi büyüklüğünü artırma yetkisi verilmiştir (TKAKK 8/III). Yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ise, TKAKK'ya ekli listede, bölgeler arasında tarımsal faaliyet açısından mevcut farklılıklar göz önünde bulundurularak, her bir il ve ilçe için ayrı ayrı belirlenmiş olan arazi büyüklüklerini ifade eder. Buna göre yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü asgarî tarımsal arazi büyüklüğüne eşit veya ondan daha büyük olabilir ancak daha küçük olamaz. Nitekim dikili tarım arazileri bakımından, asgarî tarımsal arazi büyüklüğü TKAKK 8/III'te 0,5 hektar (5000 m²) iken, Kanun'a ekli (1) sayılı listede Türkiye'nin tüm il ve ilçeleri için yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü 10 dekar (10000 m²) olarak belirlenmiştir. Bu nedenle herhangi bir ilçede dikili tarım arazisi niteliğindeki bir arazi, 10 dekardan daha küçük parseller ortaya çıkacak şekilde bölünemez⁵.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/A maddesinde tarımsal arazilerin yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği ve söz konusu arazilerde pay ve paydaş adedinin artırılamayacağı⁶ hükme bağlanmış ve tarımsal arazilerin bu

⁵ Bkz. Eren, F./Başpınar, V.: Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 169-170.

⁶ Bu hükmün sonucu olarak, yeterli gelirli tarımsal arazide mevcut payın bir üçüncü kişiye veya diğer bir paydaşa devrine herhangi bir engel bulunmamaktadır: Yarg. 1. HD, T.22.10.2014, E.2014/6793, K. 2014/16247; Yarg. 14. HD, T. 2.10.2014, E.2014/7183, K.2014/10805 (Karar metinleri için bkz. Kazancı, E.T.: 15.03.2015). Ayrıca bkz. TKGM, 12.6.2014 tarihli genelge. (http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/5403_s._kanun_uygulamaları.pdf) (E.T.: 15.03.2015). Esasen 6537 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler öncesinde de payın

niteliğinin, şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirileceği öngörülmüştür. TAMDIY 6'da ise bu konuda “*beyanlar hanesine şerh*” konulacağından söz edilmektedir. Burada kast edilen kayıt türünün, işlevi ilgililere bilgi vermek ve onları uyarmaktan ibaret olan bir “*beyan*” olduğu anlaşılmaktadır⁷. Diğer taraftan anılan hükümde, tapu sicili hukuku bakımından iki farklı kayıt türünü ifade eden “*beyan*” ve “*şerh*” kavramları adeta harmanlanmak suretiyle, artık maalesef kanıksadığımız bir hatalı ifade biçiminin tekrar edildiğini de belirtmek gerekir⁸.

B- Ekonomik Bütünlük Kavramı

6537 sayılı Kanun'un getirdiği önemli değişikliklerden biri “*ekonomik bütünlük*” kavramıdır. TKAKK'ya, 6537 sayılı Kanun'la eklenen 8/A maddesinde, yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazilerinin birlikte değerlendirileceği ve ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımların Bakanlığın izni ile satılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu durum karşısında ekonomik bütünlük kavramından ne anlaşılması gerektiğinin aydınlatılması önem arz eder.

Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in “*Tanımlar*” başlıklı dördüncü maddesi uyarınca ekonomik bütünlük, mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olmasıdır. Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasında sözü edilen türde bir bütünlüğün bulunup bulunmadığı, yine Yönetmelik'in yedinci maddesindeki kıstaslara göre, tarım il veya ilçe müdürlüklerince belirlenir (TAMDİY 7/III). Buna göre öncelikle, malikin arazilerinin toplam yüzölçümü, örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde ise on dekarın altında ise, söz konusu araziler arasında ekonomik bütünlüğün bulunmadığı kabul edilir (TAMDİY 7/I-a)⁹. Toplam yüzölçümü örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım

mevcut paydaşlardan birine devrine engel bulunmamaktaydı: **Yarg.** 14. HD, T.12.12.2012, E.2012/13219, K.2012/14366 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.:15.03.2015). Ayrıca bkz. aşa. IV.

⁷ Bkz. **Oğuzman, M. K. /Seliçi, Ö. /Oktay-Özdemir, S.:** Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014, s. 222 N. 944.

⁸ Aynı hatanın yapıldığı bazı düzenleme örnekleri için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir,** s. 226 N. 971 vd.

⁹ Söz konusu arazi türlerinin tanımına TKAKK 3 ve TAMDIY 4'te yer verilmiştir.

arazilerinde on dekarın üzerinde olan tarım arazileri bakımından ise öncelikle bu arazilerin birbirlerine sınırdış olup olmadıkları dikkate alınır. Eğer araziler sınırdış iseler, her durumda aralarında ekonomik bütünlüğün bulunduğu kabul edilir (TAMDİY 7/I-c). Buna karşılık araziler sınırdış değil iseler, bu defa söz konusu arazilerin aralarında ne kadar mesafe olduğu önem kazanır. Aralarındaki mesafe 10 kilometreden az olan araziler arasında ekonomik bütünlüğün bulunduğu, bu mesafenin 10 kilometreden fazla olduğu hâllerde ise söz konusu bütünlüğün bulunmadığı kabul edilir (TAMDİY 7/I-b). Yönetmelik, aynı kişinin paylı mülkiyete tâbi bir veya birkaç tarımsal arazide paydaş olması durumunda ise ekonomik bütünlüğe ilişkin değerlendirmenin söz konusu kişinin arazideki payına karşılık gelen miktar dikkate alınarak yapılacağını öngörmektedir (TAMDİY 7/I-ç)¹⁰.

Öte yandan, bir tarımsal arazi malikinin, tarımsal faaliyetini tümüyle sona erdirmek amacıyla, ekonomik bütünlük oluşturan tüm arazilerinin mülkiyetini veya sahip olduğu payları birden fazla kimseye devretmesi mümkündür. Ancak bunun için kural olarak, arazi malikinin, arazilerinin veya paylarının tamamını aynı anda ve yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak amacıyla talepte bulunan arazi maliklerine devretmesi gerekir. Arazilerin veya payların tamamını devralmak üzere istekli hiç kimsenin bulunmaması durumunda ise malikin yazılı talebi üzerine Bakanlık, söz konusu malike ait arazilerin bir kısmının mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak amacıyla talepte bulunan maliklere devrine izin verebilir. Fakat böyle bir iznin verilebilmesi için, devredilecek arazi veya payların büyüklüğü, malikin arazi ve paylarının tümünün toplam büyüklüğünün en az yüzde ellisini teşkil ediyor olmalıdır. Devredilemeyen diğer tarımsal araziler veya paylarla ilgili olarak ise Bakanlık, TKAKK 8/K hükmünden doğan yetkilerini kullanabilir (TAMDİY 13).

¹⁰ Yönetmelikte (m.7/II) ayrıca, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tâbi Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, 21.11.2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa tâbi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmadığı kabul edilmiş; bu kuruluşların aynı kişilerden elde ettikleri tarımsal arazilerde ise Yönetmelik'in yedinci maddesi uyarınca ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılacağı hükme bağlanmıştır.

II. MİRASA KONU TARIMSAL ARAZİ MÜLKİYETİNİN DEVRİ ZORUNLULUĞU (TKAKK M. 8/B-8/H)

Mirasa konu tarımsal arazi mülkiyetinin devri zorunluluğu, TKAKK'da 6537 sayılı Kanun'la yapılan en köklü değişikliktir. Zira TKAKK'ya eklenen 8/B vd. hükümleriyle, birden fazla mirasçının bulunduğu hâllerde, mirasçılar tarımsal taşınmazın mülkiyetini tek bir gerçek veya tüzel kişiye veyahut tüzel kişiliği bulunmayan ortaklığa devretmeye mecbur kılınmakta ve böylece tarımsal taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına ciddi bir müdahalede bulunmuş olmaktadır. TKAKK'nın 8/B ilâ 8/H hükümleri incelendiğinde, mirasa konu tarımsal arazi mülkiyetinin devrinin esas itibariyle iki şekilde gerçekleşebileceğini tespit etmek mümkündür. Birinci olasılık mülkiyetin mirasçıların anlaşmasına dayalı devri iken ikinci olasılık mülkiyetin mahkeme kararıyla devridir.

A- Mirasçıların Anlaşmasına Dayalı Devir

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/C maddesinin birinci fıkrası uyarınca mirasçılar, aralarında anlaşarak, tarımsal taşınmazın mülkiyetinin içlerinden birine veya - yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüklerinin karşılanması şartıyla- birkaçına devrini kararlaştırabilirler. Bunun yanı sıra mirasçılar, taşınmazın mülkiyetinin kuracakları bir aile malları ortaklığına (TMK 373 vd.) veya tamamının miras payları oranında ortağı oldukları bir limited şirkete (TTK 573 vd.) veya üçüncü kişilere devrini de kararlaştırabilirler¹¹. Kanun üçüncü kişilere devir imkânını kabul ettiğine göre, taşınmazın, mirasçılardan hiçbirinin ya da bazılarının ortak olmadığı bir aile malları ortaklığı¹² veya limited şirkete devrine de bir engel olmasa gerekir¹³. Ancak mirasçılarının tamamının ortak olup olmadığı limited

¹¹ TKAKK 8/I uyarınca, bu kapsamda kurulacak limited şirketlerin tescil işlemi tamamlanmaya kadar yapılacak işlemler harçlardan, bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtlar da damga vergisinden müstesnadır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan limited şirket kurulmasına ilişkin sermaye ve diğer şartlar, söz konusu limited şirketler için aranmaz. Bunun gibi tarımsal taşınmazın mirasçılarının anlaşmalarına dayalı olarak devri ile ilgili yapılacak işlemler ilgili harçlardan, bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtlar da damga vergisinden muafır.

¹² TMK 373'te "hısımların" aile malları ortaklığı kurabileceği belirtilmiştir. Madde metnindeki "mirasın tamamı veya bir bölümüyle ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle" ibaresinden, söz konusu hısımların aynı terekenin mirasçıları olmasının şart olmadığı sonucu çıkmaktadır: Bkz. **Dural, M. /Öğüz, T. /Gümüş, M. A.**: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 386 N. 1874; **Breitschmid, B./ Rumo-Jungo, A. (Hrsg)** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012, s. 1074 N. 1.

¹³ Aksi yönde bkz. **Eren/Başpınar**, s. 178.

şirketin kuruluş aşaması için TKAKK 8/I'da tanınan muafiyet ve kolaylıklar bakımından önem arz edebilir.

Mirasçılar arasındaki anlaşmanın tâbi olduğu şekil konusunda, TKAKK herhangi bir hüküm içermemektedir. Tarımsal arazinin mülkiyetinin mirasçılardan biri veya birkaçına devrine ilişkin sözleşmeler miras paylaşma sözleşmesi (TMK 676) hükmünde olduğundan, bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması yeterli kabul edilmelidir¹⁴. TKAKK 8/C uyarınca kurulacak aile malları ortaklığı sözleşmesinin ise resmî şekilde yapılması gerekir (TMK 374)¹⁵. Yine TKAKK 8/C çerçevesinde kurulan ve tarımsal taşınmazın sermaye olarak konulması borcunu içeren limited şirket sözleşmesinin ise yazılı şekilde yapılması ve kurucularının imzasının noterce onaylanması yeterli olup (TTK 575), böyle bir sözleşmenin geçerli olması için resmî şekilde yapılmasına gerek yoktur (TTK 128/III)¹⁶. Tarımsal taşınmazın önceden mevcut bir aile malları ortaklığına, limited şirkete veya diğer üçüncü kişilere devrine ilişkin sözleşmeler ise genel hükümler çerçevesinde resmî şekle tâbidir (TMK 706).

B- Mahkeme Kararıyla Devir

Tarımsal arazi mülkiyetinin TKAKK'da 8/C'de belirtilen kişi veya ortaklıklardan birine devrinin mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde gerçekleştirilmesi gerekir. Devrin bir yıl içinde gerçekleştirilmemesi hâlinde mirasçılardan her biri (TKAKK 8/C-III) veya Bakanlık (TKAKK 8/Ç), taşınmazın mülkiyetinin ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya, bunun da bulunmaması hâlinde üçüncü kişilere devri için yetkili sulh hukuk mahkemesinde dava açabilir. Bu davada hâkim, aşağıda incelenen hükümler çerçevesinde mülkiyetin devrini uygun bulunduğu mirasçıya, diğer mirasçıların miras paylarının bedelini mahkeme

¹⁴ Terekede başka malvarlığı unsurlarının bulunması hâlinde, böyle bir sözleşmeye dayanan paylaşma, objektif kısmî paylaşma niteliği taşır: Bkz. **Dural, M. /Öz, T.**: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013, s. 470, N. 1943, s. 480 N. 1983; **Kılıçoğlu, A. M.**: Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara 2013, s. 348, 387.

¹⁵ Sözü edilen bu iki durumda taşınmazın mülkiyetini devralan mirasçı veya aile malları ortakları mülkiyeti tescille kazanır. Mülkiyetin aile malları ortaklığına geçişiyle ilgili olarak bkz. **Akipek, J.G.**: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) İkinci Kitap, Mülkiyet, 2. Bası, Ankara 1973, s. 51; **Gürsoy, K.T. /Eren, F. /Cansel, E.**: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 118.

¹⁶ TTK 128/V ve VI hükümlerinden hareketle, şirketin mülkiyeti tescilden önce kazanacağı yönündeki görüş için bkz. **Sirmen, A. L.**: Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014, s. 223-224; aksi yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir**, s. 199, dn. 613, s. 417, N. 1557; **Kırca, İ. /Şehirli Çelik, F. H. / Manavgat, Ç.**: Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara 2013, s. 355-356.

veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Mirasçının talebi hâlinde altı ay ek süre verilebilir. Bu süreler içinde bedel depo edilirse, tarımsal arazinin mülkiyetinin söz konusu mirasçıya devrine karar verilir. Bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda hâkim, tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verir (TKAKK 8/D-I).

1. Ehil Mirasçıya Devir

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/C maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mirasa konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrinin bir yıl içinde gerçekleşmemesi üzerine mirasçılardan birinin açtığı davada hâkim, arazi mülkiyetinin “*kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri*¹⁷ üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgarî geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir.”¹⁸ Anılan hükümlerle, tarımsal arazi mülkiyetinin devrinde ehil mirasçıya öncelik tanınmak suretiyle, Medenî Kanunumuzun mirasın paylaşımı açısından benimsediği prensiplerden biri olan “*mirasçıların eşitliği*” (TMK 649) ilkesine istisna getirilmiş olmaktadır¹⁹. Bunun sonucu olarak hâkim öncelikle davacı mirasçının “*ehil mirasçı*” olup olmadığını tespit etmelidir

¹⁷ TAMDİY 4/g uyarınca tarımsal gelir değeri, tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi ile çarpımı sonucu hesaplanan değerdir. Tarımsal gelir değerinin hesaplanmasına ilişkin esaslar söz konusu Yönetmelik'in beşinci maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁸ Karşılaştırmalı hukukta da benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin İsviçre hukukunda, Tarımsal Toprak Hukuku Hakkında Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht- BGBB*) 11. maddesinde, tarımsal işletmeyi bizzat işletmek isteyen ve bu açıdan uygun görünen mirasçının (*selbstbewirtschafter*) tarımsal işletmenin kendisine devrini talep edebileceği öngörülmüştür. Konuyla ilgili olarak bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 774 N. 26 vd.; **Zimmerli, U.**: *Das neue bäuerliche Bodenrecht- Die Grundzüge der Gesetzesrevision*, ZBGR 74/1993, s. 147. İngiliz hukukunda ise 1986 tarihli Tarımsal İşletmeler Kanunu'nun (*Agricultural Holdings Act*) 36. maddesinde, kural olarak, mirasbırakanın yakın akrabalarından herhangi birinin, mirasbırakanın hayatta olduğu son yedi yıl içinde aralıksız veya aralıklı olarak toplam en az beş yıl boyunca tek veya temel geçim kaynağının tarımsal işletmedeki tarımsal faaliyeti olması şartıyla, ehil kişi (*eligible person*) sayılacağı ve tarımsal işletmenin kendisine devrini talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, sonradan yürürlüğe giren 1995 tarihli kanun (*Agricultural Tenancies Act*) gereği kural olarak, yalnızca 12 Temmuz 1984 tarihinden önce edinilmiş arazilere uygulanmaktadır.

¹⁹ Bkz. **Eren/Başpınar**, s. 155 vd.; **Saymen, F. H.**: *Zirai Miras Hukuku*, İÜİFM, C. 4, S. 4 (1944), s. 355 vd.

Ehil mirasçı kavramı, TKAKK'da tanımlanmamıştır. Söz konusu Kanun'u değiştiren 6537 sayılı Kanun'un gerekçesine göre ehil mirasçı, bilinçli tarım yapabilecek, toprağı en iyi ve en verimli bir şekilde kullanabilecek kişidir²⁰. Yasal mirasçılar (TMK 495 vd.) ehil mirasçı olabileceğı gibi, atanmış mirasçılarının (TMK 516) da ehil mirasçı olmasına bir engel yoktur²¹. Öte yandan Kanun'da, ehil mirasçıya ait niteliklerin Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğı ifade edilmiştir (TKAKK 8/C-IV). Buna dayalı olarak TAMDİY 10'da ehil mirasçının belirlenmesine ilişkin kıstaslar düzenlenmiş, her kıstasa bir puan değeri verilmiş ve bu puan değerlerine göre yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve fazlasına sahip olan mirasçı veya mirasçılarının ehil mirasçı kabul edilecekleri öngörülmüştür²². Ehil mirasçı bulunmaması hâlinde arazinin mülkiyetinin mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrini öngören TKAKK 8/C-II-a hükmü ve TAMDİY 10' da öngörülen kıstaslar göz önünde bulundurulduğunda, ehil mirasçının ancak söz konusu kıstasları bizzat sağlayan bir mirasçı olabileceğı anlaşılmaktadır²³.

²⁰ TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı 564, s. 10. (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf>) (E.T.:15.03.2015).

²¹ BGBB 11'e ilişkin olarak bu yönde bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 774 N. 26; **HSPR/Meyer**, s. 366 N. 4.

²² TAMDİY 10 uyarınca ehil mirasçının belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler ve puan değerleri şöyledir:

- a) Mirasçının geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlıyor olması, yirmi puan,
- b) Mirasçının tarım dışı gelirinin bulunmaması on puan,
- c) Mirasçının eşinin fiilen tarımsal faaliyette bulunması, on puan,
- d) Mirasçının tarımsal arazileri işleyebilecek meslekî bilgi ve beceriye sahip olması, on puan,
- e) Mirasçının mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet ediyor olması beş puan, altı yıl ve daha uzun süredir ikamet ediyor olması, on puan,
- f) Mirasçının herhangi bir sosyal güvencesinin olmaması, on puan,
- g) Mirasçının Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olması, beş puan,
- h) Mirasçının Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süresinin altı yıla kadar olması beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olması on puan,
- i) Mirasçının tarımsal örgütlere kayıtlılık süresinin altı yıla kadar olması iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olması beş puan,
- j) Mirasçının tarım alet ve donanımlarına sahip olması, beş puan,
- k) Mirasçının kadın olması beş puan.

²³ 6537 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan özgülleme hükümlerine (TMK 659-668) ilişkin olarak aynı yönde bkz. **Dural/Öz**, s. 512 N. 2120; taşınmazı bizzat değil fakat bir kiracı veya istihdam edeceği bir kimse aracılığıyla işleyebilecek mirasçının da ehil mirasçı sayılabileceğı yönünde bkz. **Eren/Başpınar**, s. 182. İsviçre hukukunda, BGBB 9/I'e göre de tarımsal arazinin mülkiyetinin devredilebileceğı mirasçı, tarımsal araziye bizzat işleyebile-

Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in 10. maddesinde belirtilen kıstaslara göre yapılan değerlendirme sonucunda mirasçılardan yalnızca birinin ehil mirasçı olduğu sonucuna ulaşırsa, hâkim tarımsal taşınmazın mülkiyetinin bu mirasçıya devrine karar verir. Birden fazla ehil mirasçı tespit edilmesi hâlinde ise hâkim öncelikle asgarî geçimini bu yeter gelirlili tarımsal araziden sağlayan mirasçıya, böyle bir mirasçının bulunmaması hâlinde ise ehil mirasçılar içinden en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devre karar vermelidir (TKAKK 8/C-II-a). Ancak mirasa konu tarımsal arazi mirasçılar arasında bölündüğünde, oluşan parseller yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüğünü sağlamaya devam edecek ise, hâkim tarımsal araziyi bölerek her bir yeni parselin mülkiyetinin, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde ehil mirasçılar adına ayrı ayrı tesciline de karar verebilir (TKAKK 8/C-III).

Birden fazla ehil mirasçı bulunup, söz konusu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirlili büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın tarım arazilerinin bu mirasçılara devrine de karar verebilir (TKAKK 8/C-b)²⁴. Böylelikle hâkim, belirtilen şartlar altında, tarımsal arazinin mülkiyetini bir bütün olarak tek bir ehil mirasçıya devretmek yerine, araziyi yeterli gelirlili tarımsal arazi büyüklükleriyle bağlı olmaksızın bölerek birden fazla ehil mirasçıya devretmek imkânına da sahip kılınmıştır.

Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklı kalmak kaydıyla, tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki talep hakkı, ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Buna karşılık, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde tarımsal taşınmazın mülkiyetinin bunlardan hangisine devredileceği ölüme bağlı tasarrufla belirlenebilir (TKAKK 8/F).

Ehil mirasçının arazi mülkiyetinin kendisine devri talebi, kanundan doğan bir alacak hakkına dayandığından, söz konusu mirasçının mülkiyetin kendisine devri talebiyle açtığı dava, TMK 716 uyarınca tescile zorlama davası mahiyetindedir. Bu nedenle prensip olarak ehil mirasçı, taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararının kesinleşmesiyle kazanır; daha sonra yapılacak tescil açıklayıcı bir nitelik taşır. Ancak tarımsal taşınmazın bölünerek mirasçılara

cek (*selbstbewirtschafter*) mirasçısıdır: **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 774 N. 26; **Zimmerli**, s. 147.

²⁴ Konuya ilişkin bir örnek için bkz. **Eren/Başpınar**, s. 179-180.

devredilebildiği hâllerde, tıpkı paylaşma davasında (TMK 699/II) olduğu gibi, aynî hakkın konusu, tarımsal taşınmaz parsellere ayrılıp tapu kütüğünde ayrı sayfalara kaydedildikten sonra ortaya çıkacağından, ehil mirasçılar yeni oluşan parsellerin mülkiyetini mahkeme kararının kesinleşmesiyle değil, tapu kütüğünde söz konusu parseller için sayfalar açılıp kendileri adına tescil yapıldıktan sonra kazanırlar²⁵. Diğer bir deyimle, bu durumda tescil kurucu bir fonksiyona sahip olur.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, tarımsal arazi mülkiyetini devralan ehil mirasçının bu mülkiyeti başkasına devrine engel bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık İsviçre hukukunda, mirasçının tarımsal işletmeyi bizzat işletmesini teminat altına almak üzere, tarımsal arazi mülkiyetini devralan mirasçının, lehine yapılan tescil veya mülkiyeti kendisine geçiren mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren on yıl boyunca kural olarak ancak diğer mirasçıların onayıyla taşınmazın mülkiyetini devredebileceği öngörülmüştür (BGBB 23/I)²⁶. Benzer bir hükme yer verilmemiş olması, TKAKK açısından önemli bir eksikliktir. Zira ehil mirasçı, Kanun'un öngördüğü bazı avantajlardan yararlanarak ve en önemlisi gelir değeri üzerinden (TKAKK 8/C-II) edindiği mülkiyeti, genelde gelir değerine nazaran daha yüksek olan sürüm (piyasa) değeri üzerinden bir başkasına devredebilir. Üstelik Kanun, diğer mirasçıların değer artışından pay talep edebilmelerini, söz konusu artışın tarım dışı kullanım nedeniyle meydana gelmiş olması şartına bağladığından (TKAKK 8/C-V)²⁷, diğer mirasçıların ehil mirasçının açıklanan şekilde elde ettiği kazançtan pay talep edebilmeleri de kanaatimce mümkün değildir.

2. Ehil Olmayan Mirasçılara veya Üçüncü Kişilere Devir

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu bazı hâllerde, tarımsal arazi mülkiyetinin dava yoluyla ehil olmayan bir mirasçıya veya mirasçılar dışında bir üçüncü kişiye devir imkânını da öngörmüştür.

Mahkeme kararıyla ehil olmayan bir mirasçıya devrin gerçekleşebilmesi, ancak mirasçılardan hiçbirinin ehil mirasçı olma şartlarını taşıyor olması hâlinde mümkündür. Eğer böyle bir durum varsa hâkim, arazinin mülkiyetinin

²⁵ Paylaşma davasına ilişkin olarak bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 338, N. 1325; **Sirmen**, s. 339; mülkiyetin mahkeme kararının kesinleşmesiyle kazanılacağı yönünde bkz. **Eren, F.**: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 123.

²⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. **HSPR/Meyer**, s. 371 N. 1 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 781, N. 52.

²⁷ Bkz. aşa. II/B/4.

mirasçılar arasında en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir (TKAKK 8/C-II-a).

Mirasçılardan hiçbirinin tarımsal arazinin mülkiyetinin kendisine devrini talep etmemesi durumunda ise hâkim, arazinin satışına karar verir. Tarımsal arazinin bu şekilde mirasçılar dışında bir üçüncü kişiye satışından elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaşılır (TKAKK 8/C-II-c).

3. Taşınır Eşya ve Yan Sınaî İşletmenin Devri

Tarımsal arazinin verimli şekilde kullanılabilmesi için traktör, pulluk, biçerdöver gibi bazı araç, gereç ve hatta hayvanlara ihtiyaç duyulacağı açıktır. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, TKAKK 8/E maddesiyle, yukarıda incelenen hükümler çerçevesinde tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişiye, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin de gerçek değerleri üzerinden kendisine devrini isteme imkânını tanımıştır²⁸. Esasen burada sözü edilen taşınırlar, TMK 686 anlamında arazinin eklentisi niteliğinde olacağından, aksi kararlaştırılmadıkça mülkiyetin devri zaten söz konusu taşınırları da kapsar. Dolayısıyla anılan hüküm, tarımsal arazi mülkiyetini devretmeyi kabul eden mirasçılar ile devralanın, tarımsal arazinin eklentisi niteliğindeki taşınırların mülkiyetinin devri konusunda anlaşamamaları hâlinde pratik önem taşır. Öte yandan TKAKK 8/C-I-c uyarınca mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde de, tarımsal araziler için gerekli olan taşınırlar, söz konusu şirketin malvarlığına dâhil edilir (TKAKK 8/E-II).

Tarımsal arazi mülkiyetinin devrinde bir diğer önemli nokta, yan sınaî işletmelerin durumudur. TKAKK 3/u hükmü uyarınca “yan sınaî işletme” kavramıyla, “Yeter gelirli tarımsal arazilere ait ürün depolama, koruma, işleme ve pazarlama gibi faaliyetlere yönelik tesisler” kastedilmektedir. Örneğin tarımsal araziden elde edilen ürünlerin işlendiği bir fabrika yan sınaî işletme (*Nebengewerbe*) niteliğindedir²⁹. TKAKK 8/H hükmüne göre, “Yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınaî işletme mevcut ise yan sınaî işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden devredilir.” Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının

²⁸ Aynı imkân, BGBB 15/I'de de tarımsal taşınmazın mülkiyetini devralan mirasçıya tanınmıştır. Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 775 N. 27; **HSPR/Meyer**, s. 366 N. 3.

²⁹ Başka örnekler için bkz. **Eren/Başpınar**, s. 171; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 775 N. 28.

kendilerine devir istemesi hâlinde hâkim, yeter gelirli tarımsal arazi ve yan sınaî işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçılarının kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak yan sınaî işletmenin birlikte veya ayrı olarak devrine ya da satışına karar verir. Ayrıca tıpkı taşınırlar gibi, tarımsal araziye sıkı şekilde bağlı yan sınaî işletme de mirasçılar arasında TKAKK 8/C-I-c uyarınca kurulacak limited şirketin malvarlığına dâhil edilir.

4. Mirasçılarının Değer Artışına İlişkin Talep Hakkı (TKAKK 8/C-V)

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/C- V hükmüne göre, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir.*”³⁰ Bu hüküm çerçevesinde, tarımsal arazi mülkiyetinin TKAKK 8/C-II'nin (a) ve (b) bentleri uyarınca mahkeme kararıyla mirasçılardan birine devredilmiş olması hâlinde, diğer mirasçılara, mülkiyetin devrinden itibaren yirmi yıl içinde, tarım dışı kullanıma bağlı olarak meydana gelen değer artışından pay alma imkânı tanınmış olmaktadır. Örneğin mülkiyetin mirasçılardan birine devrini izleyen yirmi yıl içinde, tarımsal taşınmazın bulunduğu bölge imara açılmış ise, taşınmazın değerinin artması kaçınılmazdır. Anılan hükmün amacı, kanundan doğan bir alacak hakkı aracılığıyla, mirasçıları, söz konusu değer artışından yararlandırmaktır. Böylece diğer mirasçılar, tarımsal taşınmazın mülkiyeti kendisine devredilmiş olan mirasçıdan değer artışından paylarına düşen kısmı kendilerine ödemesini talep edebilirler. Hak sahibi mirasçının ölümü hâlinde onun mirasçıları küllî halefiyet gereği aynı hakka sahip olacağı gibi, söz konusu alacağın devri

³⁰ BGBB 28'de tarımsal işletme veya arazinin mülkiyeti kendisine gelir değeri (*Ertragswert*) üzerinden devredilen mirasçının söz konusu işletme veya araziye, işletme veya arazinin kendisine devrinden itibaren yirmi beş yıl içinde piyasa değeri üzerinden (*Verkehrswert*) başkasına devretmesi hâlinde, diğer mirasçılardan her birinin, iki devir bedeli arasındaki farktan doğan kazançtan miras payları oranında hak talep edebilecekleri (*Gewinnanspruch*) öngörülmüştür. Söz konusu talep hakkının yazılı sözleşmeyle ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi mümkündür (BGBB 35). Konuyla ilgili olarak bkz. Meyer, T.: Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGBB), Freiburg 2004, s. 36 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 788, N. 75 vd.; LBR/Flück, *Die Grundbuchpraxis zum landwirtschaftlichen Bodenrecht*, s. 108-109.

(temlik) de mümkündür³¹. Arazi mülkiyetini devralan mirasçının ölümü hâlinde değer artışından doğan alacak hakkı onun küllî haleflerine karşı da ileri sürülebilir. Buna karşılık, tarımsal taşınmazın TKAKK 8/C-I uyarınca mirasçılarının anlaşmasına dayalı olarak veya TKAKK 8/C-II-c uyarınca üçüncü kişilere mahkemece açık artırma yoluyla satılarak devredilmiş olması hâlinde, mirasçılarının değer artışından kendilerine düşen payı talep etme hakları bulunmamaktadır (TAMDİY 11/VI). Keza değer artışının tarım dışı kullanım haricinde bir sebepten doğmuş olması veya mülkiyetin devrinden itibaren yirmi yılın geçmesinden sonra meydana gelmiş olması hâlinde de mirasçılarının bu değer artışından pay talep etme imkânı yoktur.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu tarımsal arazi mülkiyetini devralan mirasçının bu mülkiyeti başkasına devrine engel bir hüküm içermediğinden³², değer artışı, taşınmazın mülkiyetini devralmış bulunan mirasçının mülkiyeti devrettiği bir üçüncü kişi malik olduğu sırada da meydana gelebilir. Kanun böyle bir durumda diğer mirasçılarının değer artışından doğan alacaklarını, hâlihazırda taşınmazın maliki olan kimseye karşı ileri sürebilecekleri yönünde bir hüküm içermemektedir³³. Buna karşılık TAMDİY' de diğer mirasçılarının değer artışından hak sahibi olacağı konusunda “*tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulacağı*”³⁴; “*taşınmazı şerhli olarak satın alan üçüncü kişilerin, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumlu olduğu*” öngörülmüştür (TAMDİY 11/II, III). Anılan hükümlerle, tapu kütüğüne konulacak bir kayıt aracılığıyla, değer artışından doğan talep hakkını üçüncü kişilere karşı etkili kılma imkânının düzenlenmek istendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, Medenî Kanun veya Tapu Sicili Tüzüğü'nde (TST) öngörülmeyle böyle bir kaydın Yönetmelik'te düzenlenmesi hukuka uygun değildir³⁵. Bu nedenle, değer

³¹ BGBB 28/III'te açıkça, mirasçılarının değer artışından doğan alacak hakkının miras yoluyla geçeceği ve devredilebileceği belirtilmiştir.

³² Bkz. yuk. dn. 26 ve 27'ye ait metinler.

³³ BGBB 34/I'de ise değer artışına ilişkin talep hakkını güvence altına almak üzere mirasçılar lehine tescile tâbi bir kanunî ipotek hakkı tanınmıştır. Bkz. Meyer, s. 461 N. 1243 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 792, N. 85 vd.; Pfäffli, R.: *Die Praktischen Auswirkungen im neuen bäuerlichen Bodenrecht*, ZBGR 74/1993, s. 196.

³⁴ Bu ifade biçiminin teknik açıdan isabetsizliğiyle ilgili olarak bkz. yuk. dn. 8'e ait metin.

³⁵ İdarenin düzenleme yetkisinin türevsel/ikincil niteliğinin sonucu olarak yönetmelikler, yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabilmektedir. Bu konuda bkz. Tan, T.: *İdare Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 68, 78. TMK 1012 uyarınca beyanlar sütununa yazılabilecek hususlar tüzükle belirlenir. TST 52'ye göre ise beyanlar sütununa mevzuatın yazılmasını öngördüğü hususlar yazılır. TST 52 anlamında “mevzuat” en azından bir tüzük olmalıdır. Kaldı ki, mirasçılarının değer artışına ilişkin talebi

artışından doğan hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi isteniyorsa, ilk fırsatta yapılacak bir kanun değişikliğiyle, söz konusu hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği veya tapu kütüğüne şerh edilebileceği yönünde bir hükmün, TKAKK 8/C-V'e eklenmesi gerekmektedir.

Mirasçılardan birine devredilmiş bulunan tarımsal arazinin tarım dışı kullanımını için izin verilmesi durumunda Bakanlık, on beş gün içinde böyle bir iznin verildiğini, diğer mirasçılara bildirmekle yükümlüdür. TAMDİY 11/IV, mirasçılardan değer artışına ilişkin taleplerini ileri sürmeleri için söz konusu bildirim yapıldığından itibaren altmış günlük bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Burada da hukuka aykırı olarak³⁶, Kanun' da öngörülmemeyen bir hak düşürücü sürenin Yönetmelik'le getirildiği görülmektedir. Bu durum karşısında, mirasçılar arasında değer artışından doğan alacak hakkına ilişkin bir uyuşmazlıkta, hak düşürücü sürenin tartışma konusu olması durumunda hâkim, kanuna aykırı Yönetmelik maddesini hükme esas almamalı ve ilgili mirasçı, hak düşürücü süreye tâbi olmaksızın hakkını ileri sürebilmelidir³⁷.

Mirasçılardan talepte bulunması üzerine, değer artışından her bir mirasçıya ödenecek pay konusunda mirasçılar arasında anlaşma sağlanırsa, borçlu mirasçı her bir mirasçının payını öder. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması hâlinde değer artış farkının belirlenebilmesi için dava açılması gerekir (TAMDİY 11/V).

III. YASAL ÖNALIM HAKKI (TKAKK 8/İ)

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ-I hükmünde, "8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin

kanundan doğan bir alacak hakkına dayanır. Amaç bu kişisel hakkı güçlendirerek üçüncü kişilere karşı etkili kılmak ise, amaca uygun kayıt türü de "beyan" değil "şerh"tir. Şerh yoluyla, değer artışından doğan alacak hakkı, taşınmazın mülkiyetini devralan mirasçıdan edinen üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle getirilebilir. TMK 1009 ve TST 46 uyarınca da ancak şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.

³⁶ Bkz. yuk. dn. 35.

³⁷ Mirasçılar arasında, değer artışından doğan alacak davasına bakan hâkimin bu şekilde Yönetmelik hükmünün hukuka aykırılığını tespit etmesi yadırganmamalıdır. Doktrinde de ifade edildiği gibi, özel hukuku uygulamak adli yargının tekelinde olmadığı gibi, kamu hukuku uygulamak da idari yargının tekelinde değildir. Adli yargı, kamu hukuku yöntem ve kavramlarını kendiliğinden uygulayabilmektedir: **Gözübüyük, Ş./ Tan, T.:** İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, 7. Bası, Ankara 2014, s. 206, N. 181 vd. Bu nedenle adli yargı hâkiminin, kanuna aykırı yönetmelik yerine kanunu uygulaması mümkün ve hatta gereklidir. Aynı yönde bkz. **Yarg.** 11. HD, T. 12.4.2010, E. 2008/12664, K. 2010/4027; **Yarg.** 11. HD, T. 29.6.2009; E. 2009/443, K. 2009/7922; **Yarg.** 10. HD, T. 24.11.1983, E. 1983/5553, K. 1983/5948 (Karar metinleri için bkz. Kazancı, E.T.: 15.03.2015).

payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortakların önalım hakkına” sahip olacağı ifade edilmiştir. Ancak bir elbirliği ortaklığı olan (TMK 379/I) aile malları ortaklığı devam ettiği sürece ortaklar paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar (TMK 376/III)³⁸. Dolayısıyla pay üzerinde zaten tasarruf edilemeyeceği için, TKAKK 8/İ-I’de, hiçbir zaman doğmayacak bir önalım hakkının öngörüldüğünü söylemek mümkündür.

Kanun’un 8/İ-II hükmünde ise hukukumuz bakımından yeni, pratik açıdan da oldukça önemli olabilecek bir yasal önalım hakkı düzenlenmiştir³⁹. Hükme göre “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.*” Bu çerçevede, bir tarımsal arazinin o araziyle bitişik konumdaki tarımsal arazilerin malikleri dışında bir üçüncü kişiye satılması⁴⁰ hâlinde, bitişik konumdaki tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı doğar. Buna karşılık hukukumuzda önalım olayı olarak kabul edilmeyen, taşınmazın cebri artırmayla satışı (TMK 733/I), miras paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi (TBK 240), bağışlanması, mal değişimine (trampa) konu olması, ortaklığa sermaye olarak konulması, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gereğince devri, kamulaştırılması gibi hâllerde⁴¹ söz konusu önalım hakkı da doğmaz.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8/İ-II hükmünde öngörülen önalım hakkıyla ilgili olarak akla gelebilecek bir başka sorun,

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 387, N. 1876; HSPR/Breitschmid/Vetsch, s. 1074 N. 1.

³⁹ İsviçre hukukunda ise tarımsal arazinin ve arazideki payın devri hâlinde, belli şartlar altında, devreden malikin veya paydaşın alt soyuna, kardeşlerine, kardeşlerinin çocuklarına (BGBB 42 vd.) ve ürün kiracısına da (BGBB 47 vd) önalım hakları tanınmıştır. Bu önalım haklarına ilişkin olarak bkz. Pfäffli, s. 189-192. Ürün kiracısına tanınan önalım hakkıyla ilgili olarak bkz. Strebel, L.: Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Zürich 2009, s. 8 N. 14 vd.

⁴⁰ Taşınmaz satış vaaadinin ise önalım hakkı doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda genel olarak bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 534 dn. 1143. Ancak uygulamamızda taşınmaz satış vaaidine dayalı tescil taleplerinin mahkemelerce kabul edilebildiği göz önünde bulundurulduğunda, satış vaaadinin de önalım hakkını doğurduğunu kabul etmek isabetli olur: Eren, s. 404. Her durumda, satış vaaidine dayalı olarak verilen tescil kararının kesinleşmesiyle önalım hakkının doğduğunu kabul etmek gerekir: Sirmen, s. 462.

⁴¹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 534-535; Sirmen, s. 462, 472.

tarımsal taşınmazın aynı Kanun'un 8/C hükmü uyarınca devredildiği hâllerde⁴² de söz konusu önalım hakkının doğup doğmayacağıdır. Tarımsal taşınmazın mirasçılardan birine, mirasçılarca kurulacak aile malları ortaklığına veya limited şirkete devrinde ve mahkeme kararına dayanan devirlerde bir "satış" söz konusu olmadığından, sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkının doğmayacağı da açıktır. Ancak mirasa konu tarımsal arazinin mülkiyetinin mirasçıların anlaşmasıyla, sınırdaş arazi maliki olmayan üçüncü bir kişiye satılması durumunda, sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkının doğduğunu kabul etmek gerekir. Zira TKAKK 8/İ-II hükmü, öngördüğü önalım hakkını bu açıdan sınırlamadığı gibi, tarımsal arazinin mülkiyetinin devredileceği kişinin sınırdaş arazi maliki olması, kanunun tümüne egemen düşüncelerle de uyumludur. Bu nedenle mirasa konu tarımsal arazinin mülkiyetini bir üçüncü kişiye devretmeye karar veren mirasçıların, bunu öncelikle sınırdaş arazilerin maliklerine teklif etmeleri isabetli olur.

Satılan tarımsal araziye bitişik konumda birden çok tarımsal arazinin varlığı ve bunların tümünün maliklerinin önalım hakkını kullanmaları hâlinde, hâkim, özellikle söz konusu sınırdaş arazilerde yürütülen tarımsal faaliyetin türünü dikkate alarak, tarımsal bütünlük açısından bir değerlendirme yapmalı ve satılan arazinin mülkiyetinin o araziyle aynı türden tarımın yapıldığı bitişik arazi malikine devrine karar vermelidir. Eğer sınırdaş tarım arazileri tarımsal bütünlük açısından eşit durumda bulunuyorlarsa, kanaatimce, önalım hakkını kullanan birden çok paydaşın önalım konusu payı eşit olarak kazanacağını öngören 11.6.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı⁴³ doğrultusunda, yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla, satılan arazinin mülkiyetinin de önalım hakkı sahibi arazi maliklerine eşit olarak bölünerek devrine karar verilmelidir.

Sınırdaş arazi maliklerine tanınan önalım hakkının kullanılması TMK hükümlerine tâbi kılınmıştır (TKAKK 8/İ-III). Bunun sonucu olarak satışın, alıcı veya satıcı tarafından sınırdaş tarımsal arazi maliklerine noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir (TMK 733/III). Önalım hakkı bu bildirimden itibaren üç ay ve her durumda satıştan itibaren iki yıl içinde (TMK 733/IV), dava yoluyla (TMK 734/I) ve tarımsal taşınmazın mülkiyetini devreden malik ile alıcı arasındaki bedel üzerinden (TMK 734/II) kullanılabilir. Önalım hakkından feragat veya vazgeçme için de TMK 733/II uygulanır.

⁴² Bkz. yuk. II/A.

⁴³ RG. 24.7.1947.

IV. PAYINDEVİRİVEREHNİYASAĞININKALDIRILMASI

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin en önemlilerinden biri, Kanun'un 8. maddesine, daha önce 5578 sayılı Kanun'la eklenmiş bulunan, paylı mülkiyete tâbi bölünemez büyüklükteki tarımsal arazilerde, payın devrini ve rehnini yasaklayan hükmün yürürlükten kaldırılmasıdır. Uygulamada özellikle payın haczi ve cebri artırımla satışı açısından büyük sorun ve tereddütlere yol açan⁴⁴ bu hükmün kaldırılması olumlu bir değişiklik olarak görülmelidir. Bu değişiklik sonrasında, TKAKK 8/III hükmü çerçevesinde pay ve paydaş sayısı aynı kaldığı sürece, tarımsal taşınmazdaki payın satış, bağışlama, cebri icra gibi yollarla devir ve tesciline herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁵. Öte yandan payın paydaşlar dışında bir üçüncü kişiye satışı hâlinde TMK 732 vd. hükümleri uyarınca diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilecek, buna karşılık, payın cebri artırımla satışı hâlinde diğer paydaşların önalım hakkı doğmayacaktır⁴⁶ (TMK 733).

V. DEĞİŞİKLİKLERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler bakımından önemli bir husus da bu değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasıdır. TKAKK'nın, bu konuyu ele alan ve yine 6537 sayılı Kanun'la eklenen geçici beşinci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 6537 sayılı Kanun'un yayım ve yürürlük tarihi olan 15 Mayıs 2014 tarihinde henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır⁴⁷. Böylece belirtilen tarihten önceki tarihli ölümlere dayalı intikallerde, tarımsal taşınmazların mirasçılar adına elbirliği mülkiyeti veya paylı mülkiyet olarak tescili mümkündür⁴⁸. Mirasçıların

⁴⁴ Örnek olarak bkz. **Yarg.** HGK, T. 8.5.2013, E.2012/12-471, K.2013/629; **Yarg.** 1. HD, T. 10.3.2014, E.2013/20556, K.2014/5163; **Yarg.** 6. HD, T. 21.2.2013, E.2013/524, K.2013/2913; **Yarg.** 14. HD, T. 10.4.2013, E.2013/3761, K.2013/5599; **Yarg.** 12. HD, T. 10.6.2010, E.2010/2516, K.2010/14697 (Karar metinleri için bkz. Kazancı, E.T.: 15.03.2015).

⁴⁵ **Yarg.** 1. HD, T.22.10.2014, E.2014/6793, K. 2014/16247; **Yarg.** 14. HD, T. 2.10.2014, E.2014/7183, K.2014/10805 (Karar metinleri için bkz. Kazancı, E.T.: 15.03.2015). Ayrıca bkz. yuk. I/A.

⁴⁶ Bkz. yuk. III.

⁴⁷ 6537 sayılı Kanun'un yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde TKAKK Geçici Madde 5/I uyarınca yapılacak devir işlemleri harçlardan muaf tutulmuş, bu süreyi iki yıl daha uzatma yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir (TKAKK Geçici Madde 5/III).

⁴⁸ Bkz. TKGM, 12.6.2014 (http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/5403_s_

bundan sonra üçüncü kişilere yapacakları devirler ile 15 Mayıs 2014 tarihinden sonra gerçekleşen ölümler neticesinde mirasa konu olan tarımsal arazilerin devri TKAKK'nın 6537 sayılı Kanun'la değişik hükümlerine tâbidir⁴⁹. Geçici beşinci maddenin ikinci fıkrasına göre ise, yine 15 Mayıs 2014 tarihinden önce tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda, önceki kanun hükümleri uygulanır. Bunun sonucu olarak, söz konusu davalarda, tarımsal arazilerin aynen bölünmesi bakımından TKAKK'nın 6537 sayılı Kanun'la değişmeden önceki hükümlerinin öngördüğü asgarî büyüklükler esas alınacak ve bu büyüklüklerin sağlanması şartıyla tarımsal arazi aynen bölünerek paylaşılabilir.

SONUÇ

6537 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin genel amacı, TKAKK'nın tarımsal arazilerin parçalanmasını önlemek bakımında mevcut eksikliklerinin giderilmesidir. Bu bağlamda, asgarî tarımsal arazi büyüklüğü ve yeterli geliri tarımsal arazi büyüklüğü kavramları, tarımsal arazi mülkiyetinin devri zorunluluğu ve sınırdış arazi maliklerine tanınan önalım hakkı hukukumuz bakımından oldukça önemli yenilikler olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca uygulamada çeşitli sorunlara yol açan payın devri ve rehnine ilişkin yasağın kaldırılması da yine olumlu bir değişikliktir.

Karşılaştırmalı hukuk verileri göstermektedir ki; tarımsal taşınmazların parçalanması sorunu, birçok ülkede TKAKK'da öngörülenlere benzer yöntemlerle çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle 6537 sayılı Kanun'la TKAKK'da yapılan değişikliklerin, anılan sorunun çözümüne ilişkin çabalara belli ölçüde katkıda bulunabileceğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerin önemli bazı hata ve eksikliklerinin bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bunların en önemlileri, TKAKK'nın tarımsal arazi mülkiyetini devralan ehil mirasçının bu mülkiyeti başkasına devrine engel bir hüküm içermemesi; mirasçılarının değer artışından doğan haklarının mülkiyet kendisine devredilen mirasçı dışında üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği veya söz konusu hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceği yönünde bir hükmün bulunmaması ve bu durumun Yönetmelik'le düzenlenmeye çalışılması; mirasçılarının değer artışından doğan talep haklarının Yönetmelik'te, Kanun'da öngörülme-yen bir hak düşürücü süreye bağlanmış olması; aile malları

kanun_uygulamalari.pdf) (E.T.: 15.03.2015) ve 3.3.2009 (http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/mevzuat/2009-6.degisik.metin_.son_.pdf) (E.T.: 15.03.2015) tarihli genelgeleri.

⁴⁹ Bkz. TKGM, 12.6.2014 tarihli genelge. (http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/5403_s._kanun_uygulamalari.pdf) (E.T.: 15.03.2015).

ortaklığında, ortaklar kanun gereği payları üzerinde tasarruf edemeyecekleri hâlde, pay üzerinde bir önalım hakkının öngörölmüş olmasıdır.

Öte yandan asıl sorunun fiilî bölünmeler olduğu ölkemizde, meselenin sadece yasal düzenlemelerle çözülemeyeceği de bir gerçektir. Örneğin Kanun'da öngörölen, tarımsal arazinin aile malları ortaklığına veya mirasçılarının kuracağı bir limited şirkete devri gibi seçenekler, fiilî bölünmeleri engellemek bakımından yeterli olmayabilir. Zira mirasçılarının, Kanun'un kendilerine yüklediği bir takım yükümlölüklerden kurtulmak adına taşınmazın mülkiyetini söz konusu ortaklıklara devredip, sonrasında -geçmişte olduğu gibi- araziyi fiilen bölüşüp kullanmaları yine ihtimâl dâhilindedir. Bu nedenle toplumun tarımsal taşınmaz bütönlüğünün korunmasının önemine ilişkin bilinç ve bilgi düzeyinin artırılması, en önemli hususu oluşturmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek, J. G. : Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap, Mülkiyet, 2. Bası, Ankara 1973.

Breitschmid, B. / Rumo-Jungo, A. (Hrsg) : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012. (HSPR/ Yazar adı)

Dural, M. /Öğüz, T. /Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014.

Dural, M. /Öz, T.: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013.

Eren, F./Başpınar, V.: Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.

Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

Gözübüyük, Ş./ Tan, T.: İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, 7. Bası, Ankara 2014.

Gürsoy, K.T. /Eren, F. /Cansel, E.: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984.

Kılıçoğlu, A. M.: Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara 2013.

Kırca, İ. /Şehirli Çelik, F. H. / Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara 2013.

Meyer, T.: Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGBB), Freiburg 2004.

Oğuzman, M. K. /Seliçi, Ö. /Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014.

Pfäffli, R.: *Die Praktischen Auswirkungen im neuen bäuerlichen Bodenrecht*, ZBGR 74/1993, s.179-199.

Saymen, F. H.: Zirai Miras Hukuku, İÜİFM, C. 4, S. 4 (1944), s. 355-388.

Sirmen, A. L.: Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014.

Strebel, L.: Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Zürich 2009.

Tan, T.: İdare Hukuku, 2. Bası, Ankara 2013.

Tuor, P. /Schnyder, B. /Schmid, J. /Rumo-Jungo, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009.

Wolf, S. (Hrsg.) : Landwirtschaftliches Bodenrecht – eine Standortbestimmung aus der Sicht des Praktikers nach 20 Jahren BGBB Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 30./31. Oktober 2013, Bern 2013. (LBR/Yazar adı)

Zimmerli, U.: *Das neue bäuerliche Bodenrecht- Die Grundzüge der Gesetzesrevision*, ZBGR 74/1993, s.137-151.

KISALTMALAR

aşa.	: Aşağıda
Aufl.	: Auflage
BGBB	: Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
İÜİFM	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: Madde
N.	: Not
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAMDİY	: Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin .. Yönetmelik
TKAKK	: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu
TKGM	: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü

TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Yuk.	: Yukarıda
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

**KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA OLUMLU
VATANDAŞLIK İHTİLÂFLARININ ÇÖZÜMÜ VE MÖHUK
m. 4(1)(b) ve (c) HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK*

ÖZET

Kişinin birden fazla devletin vatandaşı olması, ya da çok vatandaşlık, yabancı unsurlu uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği hallerde özel bir önem arz etmekte ve hangi devletin vatandaşlığının esas alınacağı belirlenmesini gerektirmektedir. Olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü konusunda ulusal düzenlemelere bakıldığında, ağırlıklı olarak, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından birinin mahkeme devleti vatandaşlığı olması durumunda bu vatandaşlığının, sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmaması durumunda ise, gerçek ve etkili vatandaşlığının esas alındığı görülmektedir. Aynı yönde bir düzenlemenin yer aldığı 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri de Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsurlu uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tayini bakımından ortaya çıkabilecek olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümünü amaçlamaktadır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 4 hükmünün başlangıcında, söz konusu hükmün "bu Kanun'da aksi öngörülmedikçe" uygulanacağı düzenlenmişken, Kanun'da açık bir istisnaya yer verilmemiş olması bir yandan söz konusu ifadenin işlevini tartışmalı hale getirmekte, diğer yandan Kanun'un belirli hükümlerinin uygulanması bakımından tereddüde yol açmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:** Vatandaşlık, çok vatandaşlık, olumlu vatandaşlık ihtilâfları, MÖHUK m. 4, milli hukuk.*

**RESOLVING THE POSITIVE CONFLICTS OF NATIONALITY IN
CONFLICT OF LAWS AND ASSESSMENT OF ARTICLES 4 (1)(b) and (c)
OF THE TURKISH CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND
INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE**

ABSTRACT

Where nationality is used as a connecting factor in conflict of laws, multiple nationality brings the question on which of these nationalities should be given preference. In resolving the positive conflicts of nationality many national laws have adopted an approach where the national law of the forum (lex fori) prevails and in cases

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

of two or more foreign nationalities, the effective nationality is determined. Similar provisions can be found in sub-paragraphs (b) and (c) of the first paragraph of Article 4 of the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure (MÖHUK) which also aim to resolve the positive conflicts of nationality in disputes before the Turkish courts. Article 4 of MÖHUK also limits its scope of application by stating that it shall apply “unless otherwise provided in this Code”. However the fact that no explicit exception to this rule is provided under the Code brings question marks regarding the function of this phrase as well as the implementation of certain provisions of the Act.

Keywords: Citizenship, multiple nationality, positive conflicts of nationality, MÖHUK Art. 4, national law.

GİRİŞ

Kişinin aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olması ya da çok vatandaşlık, bugün sık rastlanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasî hakların kullanımı, diplomatik koruma ve askerlik yükümlülüğüne ilişkin tartışmaları beraberinde getiren çok vatandaşlık, yabancı unsurlu uyumsuzluklarda mahkemenin milletlerarası yetkisinin “vatandaşlık” yetki unsuruna göre tesis edildiği ve uygulanacak hukukun “vatandaşlık” bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği durumlarda da özel bir önem arz eder¹.

Uygulanacak hukukun “vatandaşlık” bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği ve ilgilinin birden fazla devlet vatandaşı olduğu durumlarda öncelikle kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından hangisinin esas alınacağı belirlenmesi gerekir. Kişinin birden fazla devlet vatandaşı olmasından kaynaklanan “olumlu vatandaşlık ihtilâfları”nın çözümü bakımından bugün

¹ Çok vatandaşlığın yarattığı söz konusu problemler hakkında bkz. COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF EXPERTS ON NATIONALITY: *Report on Multiple Nationality*, Strasbourg 2000, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/CJNA%20\(2000\)13%20E%20multiple%20nationality.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/CJNA%20(2000)13%20E%20multiple%20nationality.pdf)> (Erişim tarihi: 6.7.2014), s. 9; GÜNGÖR, G.: *Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler)*, B. 2, Ankara 2014, s. 26; VONK, O. W.: *Dual Nationality in the European Union- A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four Member States*, Leiden 2012, s. 74 vd. Çifte vatandaşlığa sahip kişilerce askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve Türk hukukundaki durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, s. 26 vd., s. 28 vd.; EKŞİ, N.: *Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü*, B. 2, İstanbul 2005, s. 5 vd.; AYGÜN, M.: “Askerlik Hizmetinin Türk Vatandaşlığı Açısından Değerlendirilmesi”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: K. HAILBRONNER/ B. TİRYAKIOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 239 vd.

ulusal hukuklarda genel nitelikli kurallara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin çoğunluğunda, birden fazla devlet vatandaşı olan kişinin, aynı zamanda mahkeme devletinin vatandaşı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmakta; kişinin vatandaşlığını taşıdığı devletlerden birinin mahkeme devleti vatandaşlığı olması durumunda bu vatandaşlığı; söz konusu vatandaşlıklardan birinin mahkeme devletinin vatandaşlığı olmaması durumunda ise vatandaşı olduğu devletler dikkate alınmak suretiyle en sıkı iribatlı olduğu devlet vatandaşlığı esas alınmaktadır. Kıta Avrupası hukukunu benimseyen devletlerin büyük çoğunluğunda kabul edilen bu yaklaşım, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un² (MÖHUK) “*vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk*” başlığını taşıyan 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde de benimsenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku (m. 4(1)(b)), birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku (m. 4(1)(c)) uygulanır.

Avrupa Birliği (AB) kanunlar ihtilâfı hukukunda ise olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin bir hükme yer verilmediği görülmektedir. AB hukukunda vatandaşlığın kazanılması ve kaybı üye devletlerin münhasır yetkisinde kabul edilmekle birlikte, AB Adalet Divanı (ABAD/Divan) içtihadına bakıldığında, Divan'ın olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü bakımından üye devlet hukuklarında yer alan hükümlerin ancak AB hukukunun genel ilkelerine uygun olması şartıyla uygulanmasını kabul ettiği; bu sebeple üye devlet hukuklarındaki söz konusu düzenlemelerin AB mevzuatının yorumu bakımından önemini büyük ölçüde yitirdiği gözlemlenmektedir.

Çalışmanın konusunu uygulanacak hukukun tayininde olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü, bu çerçevede MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Aşağıda önce bağlama noktası olarak “vatandaşlık” ve birden fazla vatandaşlık meselesinin çözümüne ilişkin yaklaşımlar incelenecek; daha sonra ise, MÖHUK'un anılan hükümlerinin çeşitli uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tayini bakımından beraberinde getirdiği problemler tartışılacaktır. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır³.

² R.G. T. 12.12.2007, S. 26728.

³ Milletlerarası sözleşmeler rejiminde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanların

I- Bağlama Noktası Olarak “Vatandaşlık”

Tâbiyet, bir kişiyi ya da şeyi devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağı ifade eder⁴. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde⁵ de tâbiyet, “*kişinin etnik kökenine işaret etmeksizin kişi ile devlet arasındaki hukukî bağ*” olarak tanımlanmıştır (m. 2(1)(a)). Sadece gerçek kişilerin bir devlete bağlılığını ifade eden “vatandaşlık” ise, “tâbiyet”e göre daha dar bir kavramdır⁶.

Kıta Avrupası hukukunda “vatandaşlık” (*lex patriae*), uygulanacak hukukun tayininde şahsî statü bağlama noktası olarak kabul edilmiştir⁷. Vatandaşlık bağlama noktasının kabulü, bireyin kültürel kimliğinin kanunlar ihtilâfî hukukunda korunması amacına hizmet etmekte ve kişinin tarihsel, etnik ve kültürel bağlarına dayalı bir aidiyeti ifade etmektedir⁸. Bu çerçevede

vatandaşlıklarından hangisinin esas alınacağı hakkında bkz. ATAMAN- FİGANMEŞE, İ.: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, Y. 19-20, s. 95 vd.

⁴ BERKİ, O. F.: *Devletler Hususî Hukuku- Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku*, Cilt I, B. 5, Ankara 1963, s. 15 (“Tâbiyet”).

⁵ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi (*European Convention on Nationality*) metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014). Söz konusu Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, G.: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1997-1998, Y. 17-18, s. 229 vd. (“Vatandaşlık”); TANRIBİLİR, F. B.: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Y. 22, s. 791 (“Vatandaşlık”); TANRIBİLİR, F. B.: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: K. HAILBRONNER/ B. TİRYAKIOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 96 vd.

⁶ TİRYAKIOĞLU, B.: “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, *Ankara Law Review*, Summer 2006, Vol. 3, No. 1, s. 3. Türk hukukunda “vatandaşlık” ve “tâbiyet” kavramları hakkında bkz. GÜNGÖR, s. 1 vd.; NOMER, E.: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 20, İstanbul 2014, s. 3 vd. (“Vatandaşlık”); DOĞAN, V.: *5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 12, Ankara 2014, s. 4 vd.; ERDEM, B. B.: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 3, İstanbul 2013, s. 6 vd.; GÖĞER, E.: “Çifte Vatandaşlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 44, S. 1-2, s. 127- 181 (“Çifte Vatandaşlık”). Söz konusu kavramların farklı devlet hukuklarındaki anlamları için bkz. VONK, s. 19.

⁷ Şahsî statüye ilişkin diğer bağlama noktaları, ikâmetgâh (*lex domicilii*) ve mutad meskenin bulunduğu yerdir. Anglo- Amerikan hukukunda vatandaşlık bağlama noktası yerine ikâmetgâh esası tercih edilmektedir. Şahsî statü bağlama noktaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, B. 20, İstanbul 2013, s. 111 vd.; ÇELİKEL, A./ ERDEM, B. B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 11, İstanbul 2012, s. 66 vd.; ÖZKAN, İ.: *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003, s. 96. Anglo- Amerikan Hukukunda kabul edilen ikâmetgâh bağlama noktası hakkında bkz. MCCLEAN D./ RUIZ ABOU-NIGM, V.: *Morris- The Conflict of Laws*, Ed. 8, London 2012, s. 26 vd.

⁸ FRANZINA, P.: “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation

özellikle yabancılik unsuru taşıyan kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda, vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla ilgilinin millî hukukunun uygulanması, söz konusu konuların kişinin kültürel kimliği ve değerler dünyası ile yakından irtibatlı olması⁹ ve kişisel menfaati en iyi şekilde gerçekleştirmesi¹⁰ düşüncesine dayanır. Vatandaşlık bağlama noktasının tercihi lehine söylenebilecek diğer gerekçeler, vatandaşlığın tespitinin yerleşim yeri ve mutad meskene göre daha kolay olması, devamlılık arz etmesi¹¹, bu sebeple de öngörülebilir olması ve hukukî kesinliği sağlamaya hizmet etmesi¹² ve kötüye kullanılmaya az imkân tanınmasıdır¹³.

Bununla birlikte, günümüzde kişilerin hareketliliğindeki artış, vatandaşlığını taşıdıkları devletten farklı bir yerde yaşamalarına ve vatandaş oldukları devletten çok hayatlarını sürdürdükleri bu yer ile bağlantılarının bulunmasına sebep olmakta, bu da kişiye en yakın hukuk olduğu varsayımıyla millî hukukun uygulanması yerine mutad mesken hukuku lehine bir yönelimi doğurmaktadır¹⁴. Bu çerçevede *La Haye* Sözleşmelerinde benimsenen ve ulusal mevzuatta da yer bulan “mutad meskenin bulunduğu yer” bağlama noktasının “vatandaşlık” bağlama noktasının yerini almaya ve “vatandaşlık” bağlama noktasının önemini eskiye oranla yitirmeye başladığı savunulmaktadır¹⁵. Gerçekten, bugün özellikle AB’nin aile ve miras hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemelerine bakıldığında, vatandaşlık bağlama noktasının, mutad meskenin bulunduğu yer bağlama noktasına göre daha tâli bir yere sahip olduğu görülmektedir.

(EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 2, s. 97.

⁹ ŞANLI, C./ ESEN, E./ ATAMAN- FİĞANMEŞE, İ.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 3, İstanbul 2014, s. 29.

¹⁰ TEKİNALP, G./ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, B. 11, Ankara 2011, s. 66; DOĞAN, V.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 3, Ankara 2015, s. 170 vd (“MÖH”).

¹¹ ŞANLI/ ESEN/ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 30; DOĞAN, MÖH, s. 171; NOMER, s. 113.

¹² VONK, s. 117.

¹³ TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 66; DOĞAN, MÖH, s. 171.

¹⁴ AYBAY, R./ DARDAĞAN, E.: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)*, B. 2, İstanbul 2008, s. 37; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, İstanbul 2006, s. 44 (“Boşanma”). Bağlama noktası olarak mutad meskenin millî hukuk yerine tercih edilmesindeki bir başka neden, vatandaşlık bağlama noktasının vatansızlar ve mültecilerin şahsî statüsünü belirlemede yetersiz kalması olarak gösterilmiştir: ŞANLI/ ESEN/ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 35. Mutad mesken bağlama noktası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN, s. 29 vd.

¹⁵ COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF EXPERTS ON NATIONALITY, s. 15; VONK, s. 27.

Bununla birlikte ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi AB hukukunda da vatandaşlık bağlama noktasının önemini tamamen yitirdiği söylenemez¹⁶. AB'nin özellikle aile ve miras hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemelerinde uygulanacak hukukun gerek sübjektif gerekse objektif metod uyarınca tayininde “vatandaşlık” bağlama noktasına yer verildiği görülmektedir¹⁷. Örneğin, 1259/2010 sayılı Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük (Roma III Tüzüğü)¹⁸ eşlerin hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı andaki millî hukuklarından birini uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerini hükme bağlamış (m. 5(1))¹⁹, böyle bir seçimin yapılmaması hâlinde ise, eşlerin davanın açıldığı tarihteki müşterek millî hukukunun uygulanmasını üçüncü basamaktaki kural olarak kabul etmiştir (m. 8)²⁰. Keza 650/2012 sayılı Mirasa

¹⁶ AB'nin milletlerarası özel hukuk alanında düzenleme yapma yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU, G.: “Harmonization of Private International Law at Different Levels: Communitarization v. International Harmonization”, *European Journal of Law Reform*, 2003, Vol. 5, No. 1-2, s. 133 vd.; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: “Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57, S. 2, s. 22 vd.; ÇİÇEKLİ, B.: “Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Y. 23, s. 179 vd. AB'nin aile hukukuna ilişkin düzenlemeleri hakkında bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: “Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, İstanbul 2011, s. 213 vd.

¹⁷ AB düzenlemelerinde “vatandaşlık” bağlama noktasının kabulü hakkında bkz. BARIATTI, S.: “Multiple Nationalities and EU Private International Law- Many Questions and Some Tentative Answers”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, Vol. 13, s. 2 vd.; KRUGER, T./ VERHELLEN, J.: “Dual Nationality= Dual Trouble?”, *Journal of Private International Law*, December 2011, Vol. 7, No. 3, s. 601 vd.; GAERTNER, V.: “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, *Journal of Private International Law*, 2006, Vol. 2, s. 115 vd.; RAITERI, M.: “Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters”, *Journal of Private International Law*, 2014, Vol. 10, No. 2, s. 309 vd.

¹⁸ *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, O.J. L 343/10 29.12.2010. Roma III Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 61, S. 2, s. 505 vd.

¹⁹ Tüzüğün tanıdığı sınırlı hukuk seçimi imkânı çerçevesinde, eşler, hukuk seçimi sırasındaki müşterek mutad mesken hukukunu; hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin hâlen orada yerleşik bulunması şartıyla, son müşterek mutad mesken hukukunu veya mahkemenin hukukunu da uygulanacak hukuk olarak seçebilirler (m. 5 (1)).

²⁰ Hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tayini

İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ve Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ve Tenfizi ile Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük'te²¹ de murisin, mirasa uygulanacak hukuk olarak, hukuk seçiminin yapıldığı andaki veya ölümü anındaki millî hukukunu seçebileceği düzenlenmiştir (m. 22(1)). Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük Taslağı'nda²² da evlilik malları hakkında hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda eşlerden/ müstakbel eşlerden birinin millî hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği hüküm altına alınırken (m. 16(1)(c))²³, böyle bir seçimin yapılmaması halinde, eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukukunun uygulanması ikinci basamaktaki kural olarak kabul edilmiştir (m. 17)²⁴. Aile ve miras hukukuna ilişkin söz konusu düzenlemelerin yanı sıra, 593/2008 sayılı Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Tüzüğü'nde²⁵ (Roma I Tüzüğü) de, sigorta sözleşmelerine ilişkin 7. maddenin 3. paragrafında, hayat sigortalarında, tarafların poliçe hamilinin millî hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri ifade edilmiştir (m. 7(3)(c)).

Tüzüğün 8. maddesine tâbidir. Buna göre, davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad mesken hukuku veya bulunmaması durumunda, eşlerin son müşterek mutad mesken hukuku –davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması ve eşlerden birinin davanın açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması şartıyla– veya bulunmaması durumunda, davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek millî hukuku, bulunmaması durumunda, davanın açıldığı devlet hukuku uygulanır.

²¹ *Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, O.J. L 201/107, 27.7.2012. Söz konusu düzenleme bu çalışmada kısaca “AB Miras Tüzüğü” olarak anılmıştır. AB Miras Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, N.: *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, İstanbul 2013, s. 203 vd (“Miras”).

²² *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes*, COM (2011) 126 final. Söz konusu düzenleme bu çalışmada kısaca “Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Tüzük Taslağı” olarak anılmıştır.

²³ Taslağın sunduğu sınırlı hukuk seçimi imkânı çerçevesinde, eşler, müşterek mutad mesken hukukunu veya hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin mutad mesken hukukunu da uygulanacak hukuk olarak seçebilirler (m. 16).

²⁴ Hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, evlilik malları hakkında, eşlerin evlenmeden sonraki ilk müşterek mutad mesken hukuku, bulunmaması halinde, evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması halinde -özellikle evlenmenin gerçekleştiği yer olmak üzere tüm şartlar dikkate alınmak suretiyle tespit edilen- eşlerin ortak olarak en sıkı irtibatlı buldukları devlet hukuku uygulanır (m. 17).

²⁵ *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, O.J. L 177/6, 4.7.2008.

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda ise “vatandaşlık”, bağlama noktası olarak önemini sürdürmektedir. MÖHUK uyarınca yabancı unsurlu kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin uyumsuzlukların büyük çoğunluğunda uygulanacak hukukun objektif metod uyarınca tayininde vatandaşlık, ana bağlanma sebebini teşkil etmektedir²⁶. MÖHUK’ta gerçek kişilerin ehliyeti (m. 9(1)); vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri (m. 10(1)); gaiplik ve ölmüş sayılma kararları (m. 11); nişanlanma ehliyet ve şartları (m. 12 (1)); evlenme ehliyet ve şartları (m. 13(1)); soybağının kurulması (m. 16) ve hükümleri (m. 17); evlat edinme (m. 18) ile mirasa (m. 20) ilişkin bağlama kurallarında ilgilinin veya taraflardan her birinin millî hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Birden fazla kişiyi ilgilendiren ve tarafların eşit menfaatlerinin söz konusu olduğu hayat ilişkileri olmaları sebebiyle nişanlılığın hüküm ve sonuçları (m. 12 (2)), evliliğin genel hükümleri (m. 13 (3)), boşanma ve ayrılığın sebepleri ve hükümleri (m. 14 (1)), boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri (m. 14(2)), boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar (m. 14(3)), -eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde- evlilik malları (m. 15(1)); -ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukukunun bulunması halinde- soybağının hükümleri (m. 17); -eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde- evlât edinmenin hükümleri bakımından “müşterek millî hukuk” birinci basamakta yer almaktadır. “Mutad meskenin bulunduğu yer bağlama noktası” ise, nafakaya uygulanacak hukukun tayininde (m. 19) ana bağlanma noktası olarak kabul edilirken, belirli hayat ilişkileri bakımından ancak (müşterek) millî hukukun bulunmadığı durumlarda uygulanabilmektedir²⁷. Diğer yandan Kanun, evlilik malları hakkında eşlere sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanıdığı 15. maddesinin birinci fıkrasında eşlerin evlenme anındaki mutad mesken ya da millî hukuklarından birinin uygulanacak hukuk olarak tayin edilebileceğini öngörmektedir.

II- Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları ve Çözüm Yöntemleri

Her devlet egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak kendi vatandaşlığını kazanma şartlarını kendisi düzenler. Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 tarihli *La Haye Sözleşmesi*’nin²⁸ 1.

²⁶ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 68.

²⁷ Bkz. evliliğin genel hükümleri (m. 13 (3)), boşanma ve ayrılığın sebepleri ve hükümleri (m. 14 (1)), boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri (m. 14(2)), boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar (m. 14(3)), -eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde- evlilik malları (m. 15(1)); -ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukukunun bulunması halinde- soybağının hükümleri (m. 17); -eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde- evlât edinmenin hükümleri.

²⁸ Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 tarihli *La Haye Sözleşmesi*

maddesinde de her devletin kendi hukuku uyarınca kimin kendi vatandaşı olduğunu tespit edeceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre, bu hukuk, milletlerarası sözleşmelere, uluslararası teamüle ve tâbiyet alanında geçerli olan ilkelere uygun olduğu müddetçe tanınacaktır. Aynı düzenleme Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de yer almaktadır. Bu çerçevede ilgilinin millî hukukunun tespiti, vatandaşı olduğunu iddia ettiği devlet hukukuna göre tayin olunur.

Bununla birlikte, devletlerin vatandaşlık kazanma şartlarını birbirinden farklı veya birbirine benzer şekilde düzenlemeleri ya da sonradan vatandaşlık kazanılmasına imkân tanınmaları, kişinin aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olması sonucunu doğurabilmekte²⁹; bir diğer ifadeyle çok vatandaşlığa sebep olabilmektedir³⁰. Örneğin, farklı devlet vatandaşı olan ana ve babadan kan/soy bağı esaslı (*ius sanguinis*) yoluyla her iki devlet vatandaşlığının kazanılması veya toprak/ doğum yeri esasını (*ius soli*) benimsemiş bir devletin ülkesinde, kan esasını benimsemiş devlet(ler)in vatandaşı ana ve/ veya babadan doğmuş olmak çok vatandaşlığa sebebiyet verebileceği gibi, bir devlet vatandaşlığını sonradan kazanmanın kişinin mevcut vatandaşlığını bırakması şartına bağlanmaması durumunda da aynı sonuç doğacaktır. Bu çerçevede kişinin kendi vatandaşlığının yanı sıra evlenme yoluyla yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması; evlat edinme ya da tanıma ilişkisinin doğal bir sonucu olarak kişiye yeni bir devlet vatandaşlığının bahşedilmesi ve devlet halefiyeti çok vatandaşlığa kaynaklık etmektedir³¹.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 2. maddesinde çok vatandaşlık, “aynı kişinin eş zamanlı olarak iki veya daha fazla devlet vatandaşı olması”

(*Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws*) metni için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

²⁹ GÜNGÖR, s. 25.

³⁰ Her devletin kendi vatandaşlığını kazanma şartlarını kendisinin düzenlemesinin bir sonucu olarak kişinin herhangi bir devletin vatandaşlık kazanma şartlarını gerçekleştirmemesi durumunda ise, vatansızlık durumu ya da olumsuz vatandaşlık ihtilâfi gündeme gelir. Olumsuz vatandaşlık ihtilâfları hakkında bkz. NÖMER, Vatandaşlık, s. 34 vd.; GÜNGÖR, s. 23- 25; GÖGER, Çifte Vatandaşlık, s. 130 vd.; ERDEM, s. 21.

³¹ Çok vatandaşlığın sebepleri ve önlenmesi hakkında bkz. COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF EXPERTS ON NATIONALITY, s. 4; BERKİ, Tâbiyet, s. 31; ALTUĞ, Y.: “Çok Vatandaşlık”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1977, C. 43, S. 1- 4, s. 192 vd.; GÖGER, Çifte Vatandaşlık, s. 138 vd.; ERDEM, s. 21 vd.

şeklinde tanımlanmıştır³². 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda (TVK)³³ da “çok vatandaşlık”, “Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olması” olarak ifade edilmiştir (m. 3(1)(b)). Ayrıca TVK'nun 44. maddesinde herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılacağına ilişkin hükme yer verilmiş ve çok vatandaşlık bakımından izin şartı öngörülmemiştir³⁴. Kişinin aynı zamanda iki devletin vatandaşı olması olarak ifade edilebilecek çifte vatandaşlık ise en çok karşılaşılan çok vatandaşlık türü olarak kabul edilmektedir³⁵.

Kişinin aynı zamanda birden fazla devletin vatandaşı olması, yabancı unsurlu uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği durumlarda özellik arz eder. Zira kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından her biri hukuken geçerli olmakla birlikte, somut uyumsuzlığa uygulanacak hukukun tayininde söz konusu vatandaşlıklardan hangisinin esas alınacağı problemi doğar³⁶. Anılan sorunun çözümü bakımından ulusal hukuklarda çoğunlukla genel nitelikli hükümlere yer verildiği ve kişinin sahip olduğu vatandaşlıklardan birinin mahkeme devletin vatandaşlığı olup olmadığına göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Aynı anlayış çerçevesinde kaleme alınan MÖHUK'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri de uygulanacak hukukun tayininde olumlu vatandaşlık ihtilâflarını çözüme kavuşturmaktadır³⁷. Anılan hükümde,

³² Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin çok vatandaşlığa ilişkin 14 ilâ 17. maddeleri hakkında bkz. GÜNGÖR, Vatandaşlık, s. 242 vd.; TANRIBİLİR, Vatandaşlık, s. 810 vd.

³³ R.G. T. 12.6.2009, S. 27256.

³⁴ Türk hukukunda çok vatandaşlık hakkında bkz. GÜNGÖR, s. 28; TİRYAKİOĞLU, s. 4 vd.; GÖĞER, Çifte Vatandaşlık, s. 131 vd.; ERTEN, R.: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Güz 2008, Y. 66, S. 4, s. 39; AYBAY, R.: “Türk Hukukunda “Çifte Vatandaşlık” Bir Hak mıdır?”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: HAILBRONNER/ B. TİRYAKİOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 156 vd.

³⁵ TİRYAKİOĞLU, s. 4.

³⁶ NOMER, Vatandaşlık, s. 35.

³⁷ Hükümün sadece kanunlar ihtilâfi hukukunda uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 98. Buna karşın, İsviçre hukukunda olduğu gibi birden fazla vatandaşlık durumunun milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması bakımından farklı şekilde düzenlenmesi mümkündür. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (MÖHK) “çok vatandaşlık” başlığını taşıyan 23. maddesinin ilk fıkrasında, kişinin İsviçre vatandaşlığının yanı sıra bir ya da daha fazla devlet

“bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe”, “birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukukunun” (m. 4(1)(b)), “birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun” (m. 4(1)(c)) uygulanacağı düzenlenmiştir. Hüküm aynı şekliyle 5718 sayılı MÖHUK’un yürürlükten kaldırdığı 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’un (“mülga MÖHUK”)³⁸ 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde de yer almış ve söz konusu hükmün gerekçesinde “gerek devletler umumi hukuku gerekse vatandaşlıkla ilgili milletlerarası sözleşme ve Adalet Divanının kararı ışığında” böyle bir düzenlemeye yer verildiği ve hükmün “yetkili Kanunun vatandaşlık ilkelerine göre tayinini düzenlendiği” ifade edilmiştir³⁹.

AB hukukunda da ilgilinin vatandaşlığının tespitinin, vatandaşlığı iddia edilen üye devlet hukukuna göre tayin olunacağı kabul edilmektedir. Bu husus, *Maastricht* Antlaşması’na⁴⁰ ekli 2 numaralı deklarasyonda da açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte, AB hukukunda uygulanacak hukukun tayininde

vatandaşı olması durumunda, milletlerarası yetkinin tayini bakımından İsviçre vatandaşlığının, 2. fıkrasında kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe, uygulanacak hukukun tayini bakımından en sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukukunun dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, yabancı bir kararın İsviçre’de tanınmasının kişinin vatandaşlığına bağlı olması durumunda, kişinin vatandaşlıklarından birinin dikkate alınması yeterli görülmüştür. İsviçre Federal MÖHK’nun İngilizce metni için bkz. <http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

³⁸ R.G. T. 22.5.1982, S. 17701.

³⁹ Anılan hükmün gerekçesi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu, *Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 20.5.1982, C. 7, S. sayısı: 408, s. 4. Mülga MÖHUK m. 4 uyarınca Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda çifte vatandaşlık hakkında bkz. NOMER, E.: “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1994, Y. 14, S. 1-2, s. 57 vd. (“Çifte Vatandaşlık”). Türkiye’de Bulunan Ecnabilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanun (EHVK)’un yürürlükte olduğu dönemde ise olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü bakımından bir düzenleme yer almamakla birlikte, kişinin aynı zamanda Türk vatandaşı olması durumunda Türk hukukunun uygulanması doktrinde ittifakla kabul edilmiş, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olmaması durumunda, en sıkı irtibatlı bulunduğu devlet hukukunun veya yerleşim yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gibi farklı görüşler savunulmuştur. Anılan dönemde doktrindeki farklı görüşler için bkz. BERKİ, O. F.: *Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları*, Ankara 1962, s. 18 (“Kanun İhtilâfları”); BERKİ, Ş.: *Türk Hukukunda Evlenmenin Aslı Şartlarından Doğan Kanun İhtilâfları*, Ankara 1953, s. 9 vd.

⁴⁰ *Treaty of Maastricht (Treaty on European Union)*, O.J. C 191, 29.7.1992.

ortaya çıkabilecek olumlu vatandaşlık ihtilâflarını çözüme kavuşturan genel nitelikli bir kural mevcut değildir. Sadece kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin düzenlemelerden bazılarında münferit çözümlere yer verilmiştir⁴¹. Örneğin, AB Miras Tüzüğü'nün dibacesinde, söz konusu Tüzüğün uygulanması bakımından ilgilinin vatandaşlığının ve çok vatandaşlığının tayininin ön sorun olarak ele alınacağı belirtildikten sonra, kişinin herhangi bir devlet vatandaşı olarak sayılıp sayılmayacağına Tüzüğün uygulama alanı dışında kaldığı ve AB'nin genel ilkeleri gözetilmek suretiyle uluslararası konvansiyonlar da dâhil olmak üzere ulusal hukuka tâbi olduğu ifade edilmiştir (para. 41). Aynı Tüzüğün murise hukuk seçimi imkânı tanıyan 22. maddesinin 2. paragrafında ise, kişinin hukuk seçiminin yapıldığı anda veya ölümü anında birden fazla devlet vatandaşı olması halinde söz konusu devlet hukuklarından herhangi birinin uygulanacak hukuk olarak seçilebileceğini düzenlemektedir. Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Tüzük Taslağı'nda da, objektif bağlama kuralını düzenleyen 17. maddenin 2. paragrafında, eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın, eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlığa sahip olması durumunda uygulanmayacağına ilişkin hüküm getirilmiştir. Roma III Tüzüğü'nün dibacesinde ise Tüzük'te vatandaşlık bağlama noktasının kabul edildiği durumlarda, çok vatandaşlık meselesinin çözümünün, AB'nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla ulusal hukuk hükümlerine tâbi olması öngörülmüştür (para. 22).

Bugüne kadar ABAD tarafından olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü konusunda verilen kararların ise aşağıda da inceleneceği üzere uygulanacak hukukun tayinine ilişkin olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu kararlar, Divan'ın bakış açısını göstermek bakımından önemlidir. Divan, vatandaşlığın kazanılması, muhafazası ve kaybı şartlarının tayini ile kişinin bir devlet vatandaşı sayılıp sayılmayacağı konusunda üye devletlerin münhasıran yetkili olduğunu belirtmekle birlikte⁴² AB düzenlemelerinin yeknesak şekilde yorumlanması gereğinden hareket etmekte ve üye devletlerin söz konusu yetkilerini kullanırken AB hukukunda egemen olan ilkeleri göz önünde bulundurması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede üye devlet hukuklarında olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü bakımından kabul edilen prensiplerin Divan kararlarında benimsenmediği

⁴¹ AB üyesi ülkelerin hukuklarında birden fazla vatandaşlık durumunda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin farklı yaklaşımlar hakkında bkz. BARIATTI, s. 3; s. 10. Fransa, Hollanda, İtalya ve İspanya hukukundaki düzenlemeler hakkında bkz. VONK, s. 169 vd.

⁴² C- 369/90 *Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria*, 7.7.1992, para. 10; C- 148/ 02 *Carlos Garcia Avello v Belgian State*, 2.10.2003, para. 28.

görülmektedir. Bununla birlikte, söz konusu kararlar, doğrudan uygulanacak hukukun tayinine ilişkin olmadıklarından bu kararlarda yapılan tespitlerin, AB kanunlar ihtilâfi düzenlemelerinin uygulanması bakımından da aynı şekilde kabul edilip edilmeyeceği belirsizliğini korumaktadır⁴³. Doktrinde de Divan içtihadından hareketle, üye devlet hukuklarında var olan esasların göz ardı edilmesi ve AB kanunlar ihtilâfi hukukunda yer bulan “vatandaşlık” bağlama noktasının özerk şekilde ve AB hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak yorumlanması gerektiği savunulmuş, bu konuda yeknesak ve özel kurallar getirilmesi ihtiyacı ifade edilmiştir⁴⁴. Bununla birlikte, günümüzde gerek Divan kararlarında atfı yapılan gerekse pozitif düzenlemelerde ifade edilen olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümünde “AB hukukunun genel ilkelerinin göz önünde bulundurulması gereği”nden hangi genel ilkelerin anlaşılması gerektiğine ilişkin bir belirsizlik de mevcuttur. Doktrinde, Divan kararlarından yola çıkılmak suretiyle AB hukukunun orantılılık, ayrımcılık yasağı, temel haklara saygı ile AB vatandaşlığına ilişkin prensiplerinin dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁴⁵.

A) Birden Fazla Devlet Vatandaşlığına Sahip Olan Kişinin Vatandaşlıklarından Birinin Mahkeme Devletinin Vatandaşlığı Olması

Kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması ve söz konusu vatandaşlıklardan birinin mahkeme devletinin vatandaşlığı olması durumunda, kişinin sahip olduğu yabancı devlet vatandaşlığı (vatandaşlıklarının) göz ardı edilerek, mahkeme devletinin vatandaşlığının dikkate alınması devlet egemenliğinin bir sonucu olarak kabul görmektedir⁴⁶.

⁴³ BOELE- WOELKI, K.: “For Better or For Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, *Yearbook of Private International Law*, 2010, Vol. 12, s. 34; De VIDO, S.: “The Relevance of Double Nationality to Conflict-of- Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, No. 1, s. 230.

⁴⁴ GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP), *Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l’Union européenne*, Laussane 2013, <<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014); KRUGER/ VERHELLEN, s. 612 vd., s. 626; FRANZINA, s. 117; De GROOT, G. R.: “Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, Vol. 11, s. 119; BARIATTI, s. 17 vd; FRANZINA, s. 117.

⁴⁵ GEDIP, <<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014); KRUGER/ VERHELLEN, s. 613; FRANZINA, s. 117.

⁴⁶ Kişinin vatandaşlıklarından birinin mahkeme devletinin vatandaşlığı olması durumunda uygulanacak hukukun tayini hakkında bkz. NOMER, *Vatandaşlık*, s. 37 vd.; GÜNGÖR, s.

Çeşitli devlet hukuklarında ağırlıklı olarak kabul edilen bu yaklaşım, Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 tarihli *La Haye Sözleşmesi*'nin 3. maddesinde ifade edilmiştir. Anılan hüküm, iki ya da daha fazla devlet vatandaşlığına sahip kişinin, söz konusu devletlerden her biri tarafından kendi vatandaşı olarak kabul edilebileceğini hükme bağlamaktadır. *La Haye Sözleşmesi*'nin anılan hükmü çerçevesinde, ulusal düzenlemeler ise bu durumu emredici nitelikli hükümlerle düzenlemektedir. Örneğin AB üyesi devletlerden İtalya⁴⁷, Almanya⁴⁸, Avusturya⁴⁹, Belçika⁵⁰, Polonya⁵¹ ve İspanya⁵² hukukunda, keza, Makedonya⁵³ ve Rusya Federasyonu⁵⁴ hukukunda bu yönde hükümler bulunmaktadır⁵⁵.

Türk hukukunda da MÖHUK'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun uygulanacağına dair hüküm, şahsa sıkı sıkıya bağlı durumlarda kişinin vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması halinde, kişiyi en iyi koruyacak ve kişi ile en sıkı ilişki içinde olan hukuk olarak Türk hukukunun seçildiği gerekçesine

28; GÖĞER, Çifte Vatandaşlık, s. 163.

⁴⁷ Bkz. 1995 tarihli ve 218 sayılı İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 19(2). Söz konusu hüküm hakkında bkz. BARIATTI, s. 10; VONK, s. 124 vd. Fransız hukukundaki aynı yaklaşım ve Fransız doktrinindeki eleştirisi için bkz. VONK, s. 120 vd.

⁴⁸ Bkz. Alman Medenî Kanunu'na Giriş Kanunu (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (EGBGB)) m. 5 (1). Söz konusu Kanun metni için bkz. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>> (Erişim tarihi: 6.7.2014). Anılan hükümle ilgili olarak bkz. RAUSCHER, T.: *Internationales Privatrecht*, Hamburg 2012, s. 60.

⁴⁹ Bkz. Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) (*Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht*) m. 9 (1). Söz konusu Kanun metni için bkz. <http://www.jusline.at/9_Personalstatut_einer_nat%C3%BCrlichen_Person_IPRG.html> (Erişim tarihi: 30.01.2015).

⁵⁰ Bkz. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) (*Loi portant le Code de droit international privé*) m. 3(2). Söz konusu Kanun'un İngilizce metni için bkz. <<http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

⁵¹ Bkz. Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 2(1). Söz konusu Kanun'un İngilizce metni için bkz. <http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

⁵² Bkz. İspanya Medenî Kanunu m. 9 (9). Söz konusu Kanun'un İngilizce metni için bkz. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221320> (Erişim tarihi: 30.01.2015).

⁵³ Bkz. Makedonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 11.

⁵⁴ Bkz. Rusya Federasyonu Medenî Kanunu m. 1195. Söz konusu Kanun'un İngilizce metni için bkz. <<http://www.russian-civil-code.com/PartIII/SectionVI/Subsection1/Chapter67.html>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

⁵⁵ KRUGER/ VERHELLEN, s. 606- 607.

dayanmaktadır⁵⁶. Anılan hüküm, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişinin bu vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, Türk vatandaşlığının gerçek ve etkili vatandaşlık⁵⁷ olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın esas alınmasını gerekli kılmaktadır⁵⁸. Hüküm, doktrinde gerçek vatandaşlık kavramının belirsizliği sebebiyle devletin kendi vatandaşını koruma arzusunun bulunduğu ve devletin kendi vatandaşlığını tercih etmesinin karar ahengini sağlayacağı görüşüyle desteklenmiştir⁵⁹.

Mahkeme devleti vatandaşlığının esas alınması yönündeki söz konusu hükümler uygulanmaları bakımından kolaylığı ve öngörülebilirliği beraberinde de getirirse, kişinin gerçek vatandaşlığının o devlet vatandaşlığı olup olmadığına ilişkin bir incelemeye yer verilmemesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Söz konusu eleştirilerden ilki, bu yöndeki hükümlerin günümüzde çok vatandaşlığa imkân tanıyan düzenlemelerle bağdaşmadığı, zira söz konusu hükümleri uygulamakla yükümlü olan mahkemelerce kişinin mahkeme devletin vatandaşları olarak kabul edilmesi suretiyle, birden fazla devlet vatandaşlığı olduğu gerçeğinin göz ardı edildiği gerekçesine dayanır⁶⁰. Diğer yandan söz konusu yaklaşımın devletin çıkarlarına hizmet ettiği, verilen kararların yabancı devletlerde geçerliliğini etkileyebileceği⁶¹ ve birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişi bakımından, her devlet mahkemesinin kendi hukukunu uygulamasının total hukukî muamelelere sebep olabileceği ifade edilmiştir⁶². Yine bir başka eleştiri, söz konusu hükümlerin devletler özel hukuku hakkaniyetini sağlamaktan uzak oldukları yönündedir⁶³. Bu çerçevede uyuşmazlığın sadece belli bir devlet mahkemesinde görülüyor olması, kişinin o devlet vatandaşlığı olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmamalı, bu

⁵⁶ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 71.

⁵⁷ Gerçek ve etkili vatandaşlık kavramı için bkz. aşa. (II) (B).

⁵⁸ Mülga MÖHUK döneminde anılan hükmün uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E. 2000/11584, K. 2000/15330, T. 5.12.2000; Yargıtay 2. HD, E. 2002/3736, K. 2002/6539, T. 14.5.2002; Yargıtay 2. HD, E. 2003/5610, K. 2003/8530, T. 9.6.2003; Yargıtay 2. HD, E. 2004/2048, K. 2004/3093, T. 11.3.2004; Yargıtay 2. HD, E. 2004/3276, K. 2004/4252, T. 5.4.2004; Yargıtay 2. HD, E. 2004/6723, K. 2004/7597, T. 10.6.2004; Yargıtay 2. HD, E. 2006/5084, K. 2006/1142, T. 19.7.2006. Söz konusu kararlar için bkz. <www.kazanci.com.tr> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

⁵⁹ NOMER, Çifte Vatandaşlık, s. 58 vd.

⁶⁰ De La PRADELLA, G.: "Dual Nationality and the French Citizenhsip Tradition", *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and in Europe*, (Eds. R. HANSEN/ P. WEIL), New York 2002, s. 198, [Naklen: VONK, s. 28, dn. 94; dn. 95].

⁶¹ GÖĞER, Çifte Vatandaşlık, s. 164.

⁶² KRUGER/ VERHELLEN, s. 607 vd.

⁶³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 31, dn. 60.

durumda dahi kişinin en sıkı ilişkili olduğu devlet hukuku tespit edilerek kişisel menfaatinin sağlanmasına hizmet edilmelidir⁶⁴. Böyle bir düzenlemeye örnek olarak İsviçre MÖHK'nun 23. maddesinin 2. fıkrası verilebilir. Anılan hüküm, kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda, söz konusu vatandaşlıklardan birinin İsviçre vatandaşlığı olup olmadığı konusunda herhangi bir ayırım yapmaksızın uygulanacak hukukun tayini bakımından kişinin en sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukukunun dikkate alınacağını hükme bağlamaktadır⁶⁵.

ABAD ise iki önemli kararında, üye devlet hukuklarında olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümünde mahkeme devletinin vatandaşlığına öncelik tanıyan ulusal hukuk düzenlemelerini AB hukukuna aykırı bulmuştur. 2003 tarihli *Garcia Avello* kararına⁶⁶ konu uyuşmazlıkta, İspanyol vatandaşı *Garcia Avello* ile Belçika vatandaşı *I. Weber*'in Belçika ve İspanyol vatandaşı olan çocuklarının İspanyol hukukuna göre sahip oldukları soyadlarının tanınmasına ilişkin talep Belçika makamlarınca reddedilmiştir. Söz konusu karara karşı *Bay Garcia Avello* tarafından Belçika Danıştay'ında (*Conseil d'État*) açılan davada, mahkeme, ön karar usûlü uyarınca⁶⁷ Divan'a Avrupa Topluluğu (AT) Antlaşması'nın 17 ve 18. maddelerinde güvence altına alınan AB vatandaşlığı ile kişilerin serbest dolaşımına ilişkin prensiplerin, Belçika makamlarının, Belçika'daki farklı uygulamayı gerekçe göstererek, Belçika ve İspanyol vatandaşı olan ve yerleşim yeri Belçika'da bulunan küçüklerin soyadlarının İspanyol hukukunda kabul edildiği şekilde değiştirilmesi talebini reddetmelerine engel olup olamayacağını sormuştur. Divan, söz konusu kararında, üye devletlerin, Topluluk hukukuna uygun şekilde, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı konusundaki şartları düzenlemek bakımından yetkili

⁶⁴ DOĞAN, MÖH, s. 172; KRUGER/ VERHELLEN, s. 608.

⁶⁵ Hollanda hukukundaki aynı yaklaşım için bkz. VONK, s. 125 vd.

⁶⁶ Söz konusu kararın künyesi için bkz. yuk. dn. 42.

⁶⁷ AB hukukunda ön karar usûlü, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİDA) 267. maddesi uyarınca, üye devlet mahkemelerine, AB hukuku tasarruflarının yorumu ve geçerliliği konusunda ABAD'na başvuru yapma imkânı tanımaktadır. ABİDA'nın anılan hükmü uyarınca, ABAD, Antlaşmalar'ın yorumu ile Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Divan'dan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Divan mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.

olduklarını, ancak diğer üye devlet vatandaşlıklarının tanınması bakımından ek şartlar getirmek suretiyle söz konusu devlet vatandaşlıklarının etkilerini kısıtlayamayacaklarını belirtmiştir. Ayrıca somut uyuşmazlıkta Belçika makamlarınca dayanılan ve ilgilinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda mahkeme devleti vatandaşlığına öncelik verilebileceğini düzenleyen 1930 tarihli Vatandaşlık Çatışmalarına İlişkin *La Haye Sözleşmesi*'nin 3. maddesinin âkit devletler bakımından bir yükümlülük öngörmediğini, sadece söz konusu devlet vatandaşlıklarından birine öncelik tanımak konusunda bir imkân yarattığını ifade etmiştir⁶⁸. Divan'a göre ilgililerin farklı üye devletlerde soyadları ile ilgili farklılıkların bulunması, meslekî ve özel hayatlarında önemli zorlukları beraberinde getirecektir⁶⁹. Bu çerçevede Divan, birden fazla üye devlet vatandaşı kişinin, söz konusu üye devletlerden birinin hukukuna göre sahip olduğu soyadını taşıyabilmek için diğer üye devlette soyadının değiştirilmesine yönelik başvurusunun reddinin AT Antlaşması'nın 12. ve 17. maddelerinde güvence altına alınan tâbiyete dayalı ayrımcılık yasağı ile AB vatandaşlığına ilişkin prensiplere aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir.

Divan'ın 2009 tarihli *Hadadi* kararına⁷⁰ konu olan uyuşmazlık ise *Laszlo Hadadi* ile eşi *Csilla Marta Mesko (Hadadi)* arasındaki boşanma davasında 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü'nün⁷¹ uygulanmasına ilişkindir. Söz konusu uyuşmazlıkta eşlerden her ikisi de Macar ve Fransız vatandaşı olup, mutad meskenleri Fransa'dadır. Bay *Hadadi*, Bayan *Mesko* aleyhine 23 Şubat 2002 tarihinde *Pest* (Macaristan) Mahkemesinde boşanma davası açmış, söz konusu dava görülürken 19 Şubat 2003 tarihinde Bayan *Mesko* da *Meaux* Bölge Mahkemesinde (Fransa) Bay *Hadadi* aleyhine boşanma davası ikame etmiştir. Macar mahkemesi 4 Mayıs 2004'te tarafların boşanmasına karar vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Söz

⁶⁸ *Garcia Avello* Kararı, para. 28.

⁶⁹ *Garcia Avello* Kararı, para. 36. Benzer şekilde, ABAD'ın bir üye devlet vatandaşı olup, bir diğer üye devlette doğan ve o üye devlette yerleşik olan kişinin, ikinci devlet hukukuna göre sahip olduğu soyadının, vatandaşı olduğu üye devlette tanınmamasını AT Antlaşmasına aykırı bulduğu sonraki tarihli bir kararı için bkz. C-353/06 *Grunkin-Paul v Standesamt Niebüll*, 14.10.2008.

⁷⁰ C- 168/08 *Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady)*, 16.10.2009.

⁷¹ *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility*, O.J. L 338, 23.12.2003.

konusu karar üzerine *Meaux* Bölge Mahkemesi yetkisiz olduğuna hükmetmiş, bu karar aleyhine Bayan *Mesko* Paris İstinaf Mahkemesine (*Cour d'appel de Paris*) başvurmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi, *Pest* Mahkemesi kararının tanınamayacağına, dolayısıyla Fransız mahkemelerinin boşanma davasını görmeye yetkili olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu karara karşı Bay *Hadadi*, Fransız mahkemesinin, sadece anılan Tüzüğün eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemelerini yetkili kılan 3(1)(a) hükmünü dikkate alarak Macar mahkemesinin yetkili olmadığına hükmettiğini, buna karşın Tüzüğün eşlerin müştereken vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerini yetkili kılan 3(1)(b) hükmünü hiç dikkate almadığını gerekçe göstererek itiraz etmiştir⁷². Söz konusu itiraz üzerine Divan'a ön karar başvurusunda bulunan Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de cassation*), anılan Tüzüğün eşlerin müştereken vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerini yetki kılan 3. maddesinin 1. paragrafının (b) bendinin, eşlerin sahip oldukları birden fazla müşterek üye devlet vatandaşlıklarından birinin mahkeme devleti vatandaşlığı olduğu durumlarda, davanın açıldığı üye devlet mahkemesince kendi vatandaşlığına öncelik tanınmasını gerektirip gerektirmediği sormuştur. Divan, Topluluk hukukunda yer alan bir hüküm tarafından üye devlet hukukuna açıkça atıf yapılmayan durumlarda, söz konusu hükmün özerk ve yeknesak şekilde yorumlanması gerektiğini⁷³, somut uyuşmazlığa konu olan Tüzüğün anılan hükmünde de yetkinin vatandaşlık esasına göre tayininin kapsamı bakımından üye devlet hukukuna açıkça atıf yapılmadığı gibi, söz konusu Tüzük'te kişinin bir ya da birden fazla devlet vatandaşı olması bakımından da bir ayırım bulunmadığını ifade etmiştir⁷⁴. Bu çerçevede Divan, eşlerin müştereken birden fazla üye devletin vatandaşı olduğu ve davanın söz konusu devlet mahkemelerinden birinde açıldığı durumlarda, mahkemenin, eşlerin vatandaşlığını taşıdığı diğer devlet mahkemelerinin de Tüzüğün 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi

⁷² Anılan Tüzüğün boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali davalarında üye devlet mahkemelerinin yetkisinin tesisine ilişkin 3. maddesinin 1. paragrafında, eşlerin mutad meskeninin bulunduğu; veya -eşlerden birinin halen orada mukim olması şartıyla- eşlerin son mutad meskeninin bulunduğu; veya davalının mutad meskeninin bulunduğu; ya da birlikte başvuru halinde eşlerden birinin mutad meskeninin bulunduğu; veya davacının mutad meskeninin bulunduğu (davanın açılmasından hemen önceki en az bir yıl orada mukim olması ya da davanın açılmasından hemen önceki altı ay orada mukim olması ve söz konusu üye devletin vatandaşı olması veya -Birleşik Krallık ve İrlanda bakımından orada ikametgâhının bulunması- şartıyla) üye devlet mahkemelerinin (m. 3(1)(a)) ya da eşlerin müşterek vatandaşı oldukları (Birleşik Krallık ve İrlanda bakımından eşlerin müşterek ikametgâhının bulunduğu) üye devlet mahkemelerinin (m. 3(1)(b)) yetkili olduğu düzenlenmiştir.

⁷³ *Hadadi* Kararı, para. 38.

⁷⁴ *Hadadi* Kararı, para. 39- 40.

uyarınca yetkili olabileceği gerçeğini göz önünde bulundurması gerektiğine ve Tüzüğün anılan hükmünü yorumlarken kendi hukuku uyarınca kendi devletinin vatandaşlığına öncelik tanımak suretiyle eşlerin sahip oldukları diğer üye devlet vatandaşlığını göz ardı edemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁵.

B) Birden Fazla Devlet Vatandaşlığına Sahip Olan Kişinin Bu Vatandaşlıklarından Hiçbirinin Mahkeme Devletinin Vatandaşlığı Olmaması

Kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması, ancak söz konusu vatandaşlıklardan hiçbirinin mahkeme devletinin vatandaşlığı olmaması durumunda ise, aslı vatandaşlığını; son kazandığı vatandaşlığını; kişinin bulunduğu devlet vatandaşlığının; kişinin seçtiği devlet vatandaşlığının; mahkeme devletinin hukukuna uygun şekilde kazandığı vatandaşlığın dikkate alınması veya ilgilinin en sıkı ilişkide bulunduğu devlet hukukunun uygulanması gibi farklı görüşler ileri sürülmüştür⁷⁶. Bununla birlikte, ulusal düzenlemelerde ve mahkeme içtihadında ağırlıklı olarak kabul edilen yaklaşım, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıkları arasından gerçek ve etkili vatandaşlığının esas alınarak en sıkı ilişkili olduğu devlet hukukunun tayin edilmesidir. 1930 tarihli *La Haya* Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan kişinin, üçüncü bir devlette, tek bir devlet vatandaşymış gibi muamele göreceği ve söz konusu üçüncü devletin kişisel statüye ilişkin düzenlemeleri ve yürürlükteki uluslararası konvansiyon hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kişinin mutaden ve esas itibarıyla yerleşik olduğu devlet vatandaşlığını veya somut koşullar çerçevesinde en sıkı ilişkili olduğu devlet vatandaşlığını tanıyacağı hükme bağlanmıştır.

Gerçek ve etkili vatandaşlık, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1955 tarihli *Nottebohm* kararında⁷⁷ yer bulmuş ve söz konusu kararda gerçek ve etkili tâbiyet, “*ilgili kişi ile tâbiyeti söz konusu olan devletlerden hangisi arasında daha güçlü bir fiilî bağ mevcut ise, o bağa dayanan tâbiyet*” olarak tanımlanmıştır⁷⁸. UAD, kararında, sınırlı sayıda olmamak kaydıyla, şu

⁷⁵ *Hadadi* Kararı, para. 42- 43.

⁷⁶ Söz konusu görüşler için bkz. BERKİ, Kanun İhtilâfları, s. 16; GÖĞER, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, B. 4, Ankara 1977, s. 163 vd.; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 121; NOMER, Vatandaşlık, s. 40 vd.

⁷⁷ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, 6 April 1955, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

⁷⁸ *Nottebohm* Kararı, s. 22; UNAT, İ.: *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, Ankara 1966, s. 17. Gerçek vatandaşlık hakkında ayrıca bkz. NOMER, Vatandaşlık, s. 40 vd.

hususların somut uyuşmazlığın niteliğine göre gerçek vatandaşlığın tespitinde dikkate alınabileceğini ifade etmiştir: “*ilgilinin mutad meskeninin bulunduğu yer, menfaatlerinin merkezi, aile bağları, kamu hayatına katılımı, belli bir devlete karşı gösterdiği ve çocuklarına da aşıladığı bağlılık, yakın geleceğe yönelmiş niyetleri, o devlet ülkesinde girilmiş ya da girilecek faaliyetleri, işlerini ve menfaatlerini, hiç değilse kısmen o devlete intikal ettirdiği, o devletin geleneklerini, menfaatlerini, yaşama tarzını benimseme iradesi, tâbiyet sıfatına bağlı yükümlülüklerin yüklenilmesi ve hakların kullanılması*”⁷⁹.

Gerek 1930 tarihli *La Haye Sözleşmesi*'nin yukarıda anılan hükmü ve gerek *Nottebohm* kararının etkisiyle Kıta Avrupası'ndaki pek çok devletin milletlerarası özel hukuk düzenlemesinde bu anlayışı yansıtır nitelikte hükümler kabul edilmiştir. Örneğin Alman EGBGB m. 5(1), Avusturya MÖHK m. 9(1), İtalyan MÖHK m. 19(2), Polonya MÖHK m. 2(2) ve Belçika MÖHK m. 2(3) hükümlerinde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan kişinin, söz konusu vatandaşlıklarından hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmaması durumunda uygulanacak hukukun tayini bakımından en sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Alman hukukunun anılan hükmünde ayrıca, sıkı ilişkili devlet hukukunun, özellikle kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer veya hayat ilişkilerinin dikkate alınarak tespit edileceği düzenlenmekte (m. 5(1))⁸⁰; benzer şekilde Belçika hukukunda da en sıkı ilişkili devlet hukukunun tayininde somut olayın şartları ve özellikle kişinin mutad meskeninin dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır (m. 2(3)). İsviçre MÖHK'nun kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda, uygulanacak hukukun tayini bakımından en sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukukunun dikkate alınacağını hükme bağlayan 23. maddesinin 2. fıkrasının ise, kişinin aynı zamanda mahkeme devleti vatandaşı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapmadığı yukarıda ifade edilmiştir⁸¹.

MÖHUK'ta bu anlayışı yansıtan 4. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde de birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun

⁷⁹ UNAT, s. 32.

⁸⁰ Anılan hüküm hakkında bkz. RAUSCHER, s. 59.

⁸¹ En sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına ilişkin bu genel kabule karşın, örneğin Rusya Federasyonu Medenî Kanunu'nda birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişinin söz konusu vatandaşlıklarından hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmaması durumunda, yerleşim yerinin bulunduğu devlet hukukunun (m. 1195 (4)); İspanya Medenî Kanunu'nda ise, son mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı, bulunmaması halinde son kazandığı devlet vatandaşlığının esas alınacağı hükme bağlanmıştır (m. 9(9)).

uygulanacağı kabul edilmiştir. Hükümde her ne kadar, daha sıkı ilişkili devlet hukukunun ilgilinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarının dikkate alınması suretiyle tespit edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmasa da, amacı uygulanacak hukukun tayininde olumlu vatandaşlık ihtilâflarını çözmek olan bu hükümde kastedilenin, kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletlerin dikkate alınarak bir sonuca ulaşması gerektiğidir⁸². Yoksa hüküm, ilgilinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından bağımsız olarak, farklı bağlantılarının (örneğin yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin bulunduğu yerin) dikkate alınması suretiyle sıkı ilişkili devlet hukukunun tespitine imkân tanımaz. Anılan hükümde, daha sıkı ilişkinin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir açıklık yer almamakta, somut uyuşmazlığa göre kişinin yerleşim yeri, mutad meskeni, daha önceki vatandaşlığı ya da yerleşim yeri, ekonomik faaliyetini sürdürdüğü veya vatandaşlık statüsüne bağlı hak ve yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınacak unsurlar olarak kabul edilmektedir⁸³.

ABAD ise, gerçek ve etkili vatandaşlık ilkesinin uygulanmasına ilişkin üye devlet düzenlemelerini iki önemli kararında AB hukukuna aykırı bulmuştur. 1992 tarihli *Micheletti* kararına⁸⁴ konu uyuşmazlıkta *Mario Vicente Micheletti* adlı Arjantin ve İtalyan vatandaşı kişinin İspanya’da diş hekimi olarak iş kurmak amacıyla İspanyol makamlarına yapmış olduğu sürekli oturma izni talebi “*ilgilinin birden fazla devlet vatandaşı olup, söz konusu devlet vatandaşlıklarından hiçbirinin İspanyol vatandaşlığı olmaması durumunda kişinin son mutad meskeninin bulunduğu devlet vatandaşlığının esas alınacağı*”na ilişkin İspanyol Medenî Kanunu’nun 9. maddesi gerekçe gösterilerek ve kişinin son mutad meskeninin bulunduğu devlet vatandaşlığının Arjantin vatandaşlığı olduğundan hareketle reddedilmiştir. ABAD, kararında, üye devletlerin diğer üye devlet vatandaşlıklarını tanıması bakımından ek şartlar getirmek suretiyle söz konusu devlet vatandaşlıklarının etkilerini kısıtlayamayacaklarının altını çizmiştir⁸⁵. Divan’a göre iş kurma serbestisi bakımından düzenleme getiren AT Antlaşmasının 52. maddesi,

⁸² Aynı yönde bkz. ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 97 vd.

⁸³ NOMER, s. 115; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 71; DOĞAN, MÖH, s. 172; AKINCI, Z./ DEMİR GÖKYAYLA, C.: *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010, s. 7; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 121. Doktrinde mülga MÖHUK m. 4(1)(c) hükmü uyarınca gerçek vatandaşlığın tespitinde kişinin ikamet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu devlete üstünlük tanınması gerektiği de savunulmuştur: GÖĞER, Çifte Vatandaşlık, s. 176.

⁸⁴ Söz konusu kararın künyesi için bkz. yuk. dn. 42.

⁸⁵ *Micheletti* Kararı, para. 10.

aynı zamanda üçüncü bir ülkenin vatandaşı olan bir üye devlet vatandaşı bakımından diğer üye devletlerin, kişinin Topluluk vatandaşı olma statüsünü, vatandaşlığını taşıdığı üye devlette mutad meskeninin bulunması gibi bir şarta bağlayabilecekleri şeklinde yorumlanmaya müsait değildir⁸⁶. Zira böyle bir şartın kabul edilmesi, Topluluk hukukuna göre iş kurma serbestisinden faydalanabilecek kişi grubunun bir üye devletten diğerine değişmesi sonucunu doğuracaktır⁸⁷.

Divan yukarıda anılan *Hadadi* kararında ise, Fransız ve Macar vatandaşı olan eşler arasındaki boşanma davasında 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü'nün eşlerin ortak olarak vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerini yetki kılan 3. maddesinin 1. paragrafının (b) bendinin uygulanmasına ilişkin olarak, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlıklarının bulunması durumunda söz konusu devletlerden en sıkı irtibat halinde bulunulan devlet hukukunun tayin edilmesinin gerekip gerekmediği sorusuna olumsuz yanıt vermiştir. Divan'a göre, Tüzüğün 3. maddesinin 1. paragrafının (b) bendinde eşlerin müştereken vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerini yetki kılan hüküm, lafzı itibarıyla sadece etkili vatandaşlığın dikkate alınmasını gerektirmediği gibi, vatandaşlık unsuru bakımından – söz konusu vatandaşlığın ne kadar etkili olduğu gibi- bir başka kriterin varlığını da aramamaktadır⁸⁸. Divan'a göre, etkili vatandaşlığın dikkate alınması, özellikle serbest dolaşım hakkının kullanıldığı durumlarda kişinin mahkemeyi seçme imkânının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır⁸⁹. Diğer yandan “etkili vatandaşlık” kavramı belirsiz bir kavram olması sebebiyle birden çok unsurun dikkate alınmasını gerektirmekte ve her zaman kesin bir sonuca ulaşmak mümkün olmamaktadır⁹⁰. Bu çerçevede eşlerin birden fazla üye devletin vatandaşı olmaları durumunda, Tüzüğün 3. maddesinin 1. paragrafının (b) bendi uyarınca vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerinden herhangi birinde dava açabileceklerinin kabulü gerekmektedir.

⁸⁶ *Micheletti* Kararı, para. 11.

⁸⁷ *Micheletti* Kararı, para. 12.

⁸⁸ *Hadadi* Kararı, para. 51.

⁸⁹ *Hadadi* Kararı, para. 53.

⁹⁰ *Hadadi* Kararı, para. 55.

III- Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümüne İlişkin MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Kişinin birden fazla devletin vatandaşı olması halinde, somut uyuşmazlığın çözümü bakımından hangi devlet vatandaşlığının esas alınacağına ilişkin genel nitelikli hükümler, bir takım istisnaları da beraberinde getirebilmektedir. İsviçre ve Alman hukuku ile AB hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin genel nitelikli kuralların istisnalarının da açıkça düzenlendiği görülmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'ta ise olumlu ve olumsuz vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin 4. maddenin 1. fıkrasının başlangıcında, hükmün “*bu Kanunda aksi öngörülmedikçe*” uygulanacağı ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte, mülga MÖHUK ve 5718 sayılı MÖHUK'un gerekçelerinde söz konusu ifadenin anlamı bakımından bir açıklığa yer verilmediği gibi, anılan hükmün istisnaları da Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, bir yandan söz konusu ifadenin işlevi tartışmalı hale gelmekte, diğer yandan söz konusu ifade başlıca üç konuda tereddüde sebep olmaktadır. Bu çerçevede Kanun'un (i) müşterek millî hukukun uygulanmasını emrettiği; (ii) eşlere millî hukuklarından birini seçme imkânını verdiği ve (iii) ölüme bağlı tasarrufların ölenin millî hukukuna uygun şekilde de yapılabileceğini düzenleyen hükümlerinin uygulanmasında öncelikle MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Aşağıda söz konusu sorunlar ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

A- Müşterek Millî Hukukun Tayini

Olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümünü amaçlayan genel nitelikli hükümlerin uygulanması bakımından ortaya çıkan ilk tereddüt, yabancı unsurlu aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması öngörülen müşterek millî hukukun tayinine ilişkindir. Bu çerçevede eşlerden –en azından birinin- birden fazla devletin vatandaşı olduğu uyuşmazlıklarda, uygulanacak hukukun tayininden önce, söz konusu eşin hangi devlet vatandaşlığının esas alınacağını tespit edilmesi gerektiği kabul edilirse ulaşılabilecek sonuç, böyle bir tespit yapılmaksızın müşterek millî hukuk olarak tayin edilecek devlet hukukundan farklı olabilecektir. Örneğin, eşlerden birinin Türk ve Alman vatandaşı, diğer eşin Alman vatandaşı olduğu bir boşanma davasında uygulanacak hukukun tayini, MÖHUK m. 14(1) hükmüne tâbidir. Anılan hüküm uyarınca boşanma ve ayrılık sebep ve

hükümleri hakkında eşlerin müşterek millî hukuku; eşlerin ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır. Somut uyuşmazlıkta MÖHUK m. 14(1) hükmü uyarınca uygulanacak hukukun tayininden önce birden fazla devlet vatandaşı olan eşin hangi devlet vatandaşlığının esas alınacağına tespit edilmesi gerektiği kabul edilirse, MÖHUK m. 4(1)(b) hükmünün uygulanmasıyla kişi Türk vatandaşı kabul edilerek tarafların müşterek milli hukukunun bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Buna karşın MÖHUK m. 4(1)(b)'ye başvurulmaksızın 14. maddenin uygulanması durumunda, Alman hukuku müşterek millî hukuk olarak uygulanacaktır.

AB Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Tüzük Taslağı'nda sorun sadece eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlıklarının bulunması durumuna ilişkin olarak özel hükme bağlanmıştır. Tüzüğün 17. maddesinin 1. paragrafında hükme bağlanan basamaklı bağlama kuralı uyarınca, eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda mal rejimi, eşlerin evlenmeden sonraki ilk müşterek mutad mesken hukukuna (m. 17(1)(a)); bulunmaması halinde eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukukuna (m. 17(1)(b)), bulunmaması halinde, özellikle evlenmenin gerçekleştiği yer olmak üzere tüm şartlar dikkate alınmak suretiyle tespit edilen eşlerin müşterek olarak en sıkı irtibatlı buldukları devletin hukukuna tâbidir (m. 17(1)(c)). Aynı maddenin ikinci paragrafında ise, eşlerin birden fazla müşterek millî hukukunun bulunması durumunda, birinci paragrafın (b) bendinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, birden fazla müşterek millî hukuku bulunan eşler arasındaki mal rejimi hakkında, eşlerin evlenmeden sonraki ilk müşterek mutad mesken hukukunun bulunmaması durumunda, eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukukunun uygulanmasını öngören basamak atlanmak suretiyle bir sonraki basamağa geçilecek ve özellikle evlenmenin gerçekleştiği yer olmak üzere tüm şartlar dikkate alınmak suretiyle tespit edilen eşlerin müşterek olarak en sıkı irtibatlı buldukları devletin hukuku uygulanacaktır.

Yine eşlerin davanın açıldığı tarihteki müşterek millî hukukunun uygulanmasını üçüncü basamaktaki kural olarak kabul eden Roma III Tüzüğü'nde (m. 8) ise, böyle bir açıklık bulunmamaktadır. Sadece yukarıda da ifade edildiği üzere Tüzüğün dibacesinde Tüzük'te vatandaşlık bağlama noktasının kabul edildiği durumlarda, çok vatandaşlık meselesinin çözümünün, AB'nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla ulusal hukuk hükümlerine tâbi olması öngörülmektedir (para. 22). Konuyla ilgili olarak verilmiş bir Divan kararı da şu an itibarıyla mevcut değildir. Bununla birlikte, doktrinde ağırlıklı

olarak, eşlerin sahip oldukları devlet vatandaşlıklarından birinin müşterek olması durumunda, söz konusu vatandaşlığın mahkeme devletinin vatandaşlığı olup olmadığına bakılmaksızın müşterek millî hukuk olarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁹¹. Bu görüş çerçevesinde, Divan'ın yukarıda anılan *Micheletti* kararından yola çıkılarak, uyuşmazlığı görmekte olan üye devlet mahkemesinin, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan eşin, aynı zamanda mahkeme devletinin vatandaşı olması sebebiyle bu devlet vatandaşlığına üstünlük tanınması söz konusu olmadığı gibi⁹², müşterek vatandaşlık olarak tespit ettiği üye devlet vatandaşlığının etkili vatandaşlık olup olmadığı konusunda da ayrıca bir inceleme yapma olanağı bulunmamaktadır⁹³. Buna karşın, eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlıklarının bulunması durumunda hangi müşterek devlet vatandaşlığının dikkate alınacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. İfade edilen görüşlerden ilki, müşterek vatandaşlıklardan birinin mahkeme devletinin vatandaşlığı olup olmadığına bakılmaksızın, Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Tüzük Taslağı'nda yer alan düzenlemeye benzer bir çözümle, eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanmasına ilişkin basamağın atlanması ve bir sonraki basamaktaki kural olarak *lex forin* uygulanmasıdır⁹⁴. Aynı yöndeki bir başka görüş uyarınca, eşlerin sahip olduğu birden fazla vatandaşlık arasında mahkeme devletinin vatandaşlığının ortak olup olmadığına göre bir ayırım yapılmaktadır. Eşlerin sahip olduğu birden fazla vatandaşlık arasında mahkeme devletinin vatandaşlığının ortak olması durumunda, mahkemenin kendi hukukunu uygulanacak hukuk olarak kabul etmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵. Eşlerin birden fazla devlet vatandaşı olup bunlardan hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmadığı durumda ise, mahkemenin birden fazla vatandaşlığa ilişkin hiçbir çözüm üretmeyerek, bir sonraki basamaktaki kurala geçmesi önerilmiştir⁹⁶. Doktrinde Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesi hakkında önerilen bir diğer çözüm ise, "etkili müşterek

⁹¹ GEDIP, <<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014); FRANZINA, s. 117; BARIATTI, s. 15.

⁹² BARIATTI, s. 15.

⁹³ BARIATTI, s. 15.

⁹⁴ FRANZINA, s. 117. Eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlıklarının olduğu durumlarda söz konusu vatandaşlıklardan her ikisinin de üye devlet vatandaşlığı olması halinde mahkeme devletinin vatandaşlığına öncelik tanınmayacağı, buna karşın söz konusu vatandaşlıklardan birinin üçüncü devlet vatandaşlığı olması halinde *lex forin* müşterek millî hukuk olarak kabul edilebileceği hakkında bkz. De VIDO, s. 229.

⁹⁵ BARIATTI, s. 16.

⁹⁶ BARIATTI, s. 16.

vatandaşlığın” tespit edilmesidir⁹⁷. Bununla birlikte söz konusu görüş, Roma III Tüzüğü’nde de etkili vatandaşlığın dikkate alınması bakımından herhangi bir açıklık olmaması, dolayısıyla *Hadadi* kararından farklı bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı; eşlerin birden fazla müşterek vatandaşlığı bulunsa bile söz konusu devletlerle eşler arasında gerçek bir bağlılığın bulunmaması ihtimali ve esas itibariyle Tüzüğün vatandaşlık bağlama noktasının uygulanamaması durumuna ilişkin olarak *lex forin*in uygulanmasına ilişkin bir çözüm getirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁹⁸.

MÖHUK’ta ise aile hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çözümünde benimsenen objektif metod uyarınca ağırlıklı olarak eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Kanun’un nişanlılığın hükümleri ve sonuçları (m. 12 (2)), evliliğin genel hükümleri (m. 13 (3)), boşanma ve ayrılığın sebepleri ve hükümleri (m. 14 (1)), boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri (m. 14(2)), boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar (m. 14(3)), -eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde- evlilik malları (m. 15(1)); -ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukukunun bulunması halinde- soybağının hükümleri (m. 17); -eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde- evlât edinmenin hükümleri hakkında getirilen basamaklı bağlama kurallarında “müşterek millî hukuk” birinci basamakta yer almaktadır. Anılan düzenlemelerden her biri, niteliği itibariyle farklı ve özel amaçlara hizmet etmekle birlikte, söz konusu düzenlemelerde taraflardan birinin millî hukukunun tercih edilmesi yerine müşterek millî hukukun uygulanmasının kabul edilmesi ve bunun ilk basamakta düzenlenmesi, bu hukukun tarafların ortak menfaatlerine en iyi hizmet eden hukuk olmasından kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, taraflardan en azından birinin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, yukarıda anılan kurallar uyarınca müşterek millî hukukun tayini tereddüt doğurmaktadır. Yargıtay 2. HD’nin 12.10.2004 tarihli bir kararında⁹⁹, Türk ve Avustralya vatandaşı koca ile Türk vatandaşı kadın arasındaki boşanma davasında mahkeme mülga MÖHUK m. 13(1) uyarınca eşlerin müşterek millî hukukunu tayin etmeden önce MÖHUK m. 4(1)(b)

⁹⁷ WOPERA, Z.: “Brief Evaluation of Development of European Family Law: Successes and Failures”, *European Integration Studies*, 2013, Vol. 10, No. 1, s. 10; HAMMJE, P.: “Le nouveau règlement (UE) no 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, s. 291 [Naklen: FRANZINA, s. 117].

⁹⁸ FRANZINA, s. 117

⁹⁹ Yargıtay 2. HD, E. 2004/9208, K. 2004/11702, T. 12.10.2004 (Kazancı).

hükmünü dikkate almış ve çifte vatandaşlığa sahip kocanın Türk vatandaşı olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Yine aynı Daire'nin 13.02.2008 tarihli bir başka kararında¹⁰⁰, Türk ve İtalyan vatandaşı kadın ile İtalyan vatandaşı koca arasındaki boşanma davasında mahkeme eşlerden birinin birden fazla vatandaşlığı olmakla birlikte söz konusu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olduğunu dikkate alarak müşterek millî hukukun bulunmadığı sonucuna oyçokluğu ile varmıştır. Karşı oy yazısında ise, MÖHUK'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun uygulanacağına ilişkin hükmün, Kanun'da aksi öngörülmemişse geçerli olduğu; boşanma ve ayrılık sebeplerine ve hükümlerine ilişkin 14. maddenin 1. fıkrası uyarınca eşlerin müşterek millî hukukları varsa bu hukukun uygulanacağı; söz konusu uyuşmazlıkta eşlerin müşterek millî hukukunun İtalyan hukuku olduğu, bu sebeple uyuşmazlığa bu hukukun uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Anılan örnekte de görüldüğü gibi, somut uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun tayininden önce birden fazla devlet vatandaşı olan eşin hangi devlet vatandaşlığının esas alınacağını tespit edilmesi gerektiği kabul edilirse, MÖHUK m. 4(1)(b) hükmünün uygulanması tarafların müşterek millî hukukunun bulunmadığı sonucuna varılmasına sebep olabilecektir. Buna karşın, aynı uyuşmazlıkta MÖHUK m. 4(1)(b) hükmüne başvurulmaksızın 14. maddenin uygulanması durumunda ise İtalyan hukuku müşterek millî hukuk olarak uygulanacaktır. Eşlerden birinin birden fazla devlet vatandaşı olup, söz konusu vatandaşlıklardan hiçbirinin Türk vatandaşlığı olmadığı uyuşmazlıklarda da benzer bir sorun ortaya çıkmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıklarda, eşlerin müşterek millî hukukları mevcutken, çok vatandaşlığa sahip eş bakımından öncelikle MÖHUK m. 4(1)(c) hükmünün dikkate alınması durumunda, müşterek millî hukuk olan devlet hukukunun uygulanması ancak o hukukun çok vatandaşlığa sahip olan eşin daha sıkı ilişkili olduğu devlet hukuku olması halinde mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin Alman ve İngiliz vatandaşı, diğer eşin İngiliz vatandaşı olduğu bir boşanma davasında, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 4(1)(c) hükmü dikkate alınmadığı takdirde İngiliz hukukudur. Buna karşın, uygulanacak hukukun tayininden önce çok vatandaşlığa sahip olan eş bakımından MÖHUK m. 4(1)(c) hükmü dikkate alınırsa, ancak birden fazla devlet vatandaşı olan eşin daha sıkı irtibatlı olduğu devlet vatandaşlığının İngiliz vatandaşlığı olması halinde

¹⁰⁰ Yargıtay 2. HD, E. 2007/4214, K. 2008/1476, T. 13.02.2008. Karar için bkz. EKŞİ, N.: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 3 vd.; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 130, dn. 64.

aynı sonuca ulaşılabacaktır. Bu çerçevede Kanun'un müşterek millî hukukun uygulanmasını emrettiği durumların MÖHUK m. 4(1) hükmünün istisnası olarak kabul edilmesi mümkün müdür?

Doktrinde boşanma ve ayrılığa ilişkin MÖHUK m. 14(1)'de yer alan "eşlerin müşterek millî hukuku" ifadesinin, eşlerin birden fazla vatandaşlığa sahip bulunduğu hallerde "eşlerin millî hukukları müşterek ise bu hukuk" şeklinde yorumlanması, MÖHUK m. 4'ün emredici niteliği dikkate alınarak önerilmiştir¹⁰¹. Doktrinde ifade edilen bir başka görüş ise, Kanun'da "müşterek vatandaşlık" bağlama noktasının kabul edildiği durumlarda m. 4(1)(b) ve m. 4 (1)(c) hükümlerinin katı şekilde uygulanmasının adil olmayan sonuçlar doğurabileceği yönündedir¹⁰².

Kanaatimizce MÖHUK'un uygulama alanına giren ve uygulanacak hukukun objektif metod uyarınca vatandaşlık bağlama noktası uyarınca tayin edildiği uyuşmazlıklarda 4. madde hükmünün dikkate alınması, pozitif hukukun gereğidir. Anılan hüküm, her ne kadar "*bu Kanunda aksi öngörülmedikçe*" uygulanacağını düzenlemekteyse de, Kanun'da müşterek millî hukukun uygulanmasının öngörüldüğü durumlarda 4. maddenin aksinin öngörüldüğü sonucuna ulaşılması, bu yönde bir açıklık bulunmadığından, söz konusu olmamalıdır. Bununla birlikte, böyle bir yaklaşımın olması gereken hukuk bakımından da isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır¹⁰³. Zira MÖHUK'ta aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından yer verilen bağlama kurallarının ilk basamağında müşterek millî hukukun uygulanmasının öngörülmesinin gerekçesi, yukarıda da ifade edildiği gibi söz konusu hukukun tarafların ortak menfaatine en iyi hizmet eden hukuk olduğunun düşünülmesidir. Birden fazla vatandaşlık durumunda, eşlerin objektif olarak müşterek millî hukuku bulunmakla birlikte, somut uyuşmazlıkta MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin katı şekilde uygulanması müşterek millî hukukun

¹⁰¹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 130, dn. 64. Aynı yönde bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 46. MÖHUK m. 15 uyarınca evlilik mallarına uygulanacak hukukun tayini bakımından aynı yönde bkz. ŞENSÖZ, E.: "5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2009, Y. 8, S. 16, s. 197.

¹⁰² TİRYAKİOĞLU, s. 14.

¹⁰³ Mülga MÖHUK'un boşanmaya uygulanacak hukukun tayinine ilişkin 13. maddesinde ana bağlanma noktası olarak öngörülen "eşlerin müşterek millî hukuku" nun tayininde çok vatandaşlık halinde pozitif düzenleme gereği mülga MÖHUK m. 4(1)(b)'nin öncelikle dikkate alınması gerekliliği belirtilmekle birlikte, bazı hukukî ilişkiler bakımından eşlerin müşterek şahsî statüye sahip olmasındaki yararın dikkate alınması gerektiği görüşü için bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 46.

bulunmadığı sonucuna ulaşılmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü amacıyla getirilmiş genel nitelikli m. 4(1) (b) ve (c) hükümlerinin amacı ile müşterek millî hukukun uygulanmasında tarafların öne çıkan menfaatlerinin birlikte dikkate alınarak, Kanun'da bu konuda açıklığın sağlanması gerekmektedir.

B- Millî Hukukun Uygulanacak Hukuk Olarak Seçimi

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan haller, olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin genel kuralın önemli bir istisnasını oluşturur. Çeşitli devlet hukukları ile AB hukukunda aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin düzenlemelerde, eşlere/ilgiliye millî hukuku seçme imkânı tanınırken, tarafların/kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması hâlinde, söz konusu seçimin herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın yapılabileceği de düzenlenebilmektedir. Örneğin, Alman hukukunda, eşlere evlenme anında ya da evlenmeden sonra kullanacakları ismi seçme imkânı tanıyan EGBGB'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde, eşlerden birinin millî hukukuna göre bu seçimin yapılabileceği, keza aynı maddenin 3. fıkrasında velayet hakkı sahibi kişinin yapacağı bir bildirimle çocuğun ana veya babasının millî hukukuna göre aile soyadını alabileceği düzenlenirken, olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin EGBGB m. 5(1) hükmünün dikkate alınmayacağı, bir başka ifadeyle ilgilinin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda söz konusu millî hukuklardan birinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. EGBGB'nin evliliğin genel hükümlerine ilişkin 14. maddesinde ise, eşlerden birinin birden fazla devlet vatandaşı olması halinde, söz konusu hukuklardan herhangi birinin, diğer eşin de söz konusu devletin vatandaşı olması halinde uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla anılan hüküm uyarınca, eşlerin müşterek millî hukukunun bulunması durumunda, birden fazla devlet vatandaşı olan eş bakımından EGBGB m. 5(1)'deki genel kural uygulanmaksızın, o hukuk uygulanacak hukuk olarak seçilecektir¹⁰⁴.

İsviçre MÖHK'nun 52. maddesinde de, eşlere evlilik malları konusunda sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır (m. 52(1)). Anılan

¹⁰⁴ Alman hukukunda düzenlenen istisnai hükümler hakkında bkz. RAUSCHER, s. 62; SONNENBERGER, H. J.: *Internationales Privatrecht (Bürgerliches Gesetzbuch - Münchener Kommentar)*, Band 10, München 2010, N. 10. EGBGB'de açıkça düzenlenmemekle birlikte olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin 5. maddenin 1. fıkrasının, Kanun'un velayet hakkı sahibi olan kişinin yapacağı bir bildirimle çocuğun, isim verecek olan kişinin millî hukukuna göre de aile soyadını alabileceği düzenleyen 10. maddenin 3. fıkrasının 3. bendi ile evlilik malları hakkında eşlerin millî hukuklarından birinin seçilebileceğini düzenleyen 15. maddenin 2. fıkrası bakımından da dikkate alınmaması gerektiği hakkında bkz. SONNENBERGER, N. 10.

hüküm uyarınca, eşlerin müşterek ikametgâhının bulunduğu veya evlenmenin gerçekleşmesinden sonra müşterek ikametgâhının bulunacağı devlet hukuku ya da eşlerden birinin millî hukuku evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçilebilir. Bununla birlikte, aynı hüküm uyarınca Kanun'un olumlu vatandaşlık ihtilâflarını uygulanacak hukukun tayini bakımından çözüme bağlayan 23. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınmayacaktır.

AB Miras Tüzüğü'nde de murisin hukuk seçiminin yapıldığı andaki veya ölümü anındaki millî hukukunu mirasa uygulanacak hukuk olarak seçebileceği hükme bağlanırken (m. 22(1)), aynı hükmün 2. paragrafında murisin hukuk seçiminin yapıldığı anda veya ölümü anında birden fazla devlet vatandaşı olması halinde söz konusu devlet hukuklarından herhangi birinin uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna karşın, eşlerden/müstakbel eşlerden birinin hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı andaki millî hukukunun, boşanma ve ayrılığa ve evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği düzenleyen Roma III Tüzüğü (m. 5(1)) ile Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Tüzük Taslağı'nda (m. 16(1) (c)) anılan sorunun çözümüne yönelik açıklık yer almamıştır. Bununla birlikte doktrinde, taraflara millî hukuku seçme imkânı tanındığı durumlarda, söz konusu düzenlemede aksi öngörülmediği müddetçe, ilgilinin/ ilgililerin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından herhangi birinin uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁵. Bu görüş uyarınca, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınan hallerde, öncelikle olumlu vatandaşlık ihtilâflarının halledilerek hukuk seçiminin yapılabileceğinin kabul edilmesi, hukuk seçimi imkânı tanınması amacına uygun düşmez¹⁰⁶. Kendilerine hukuk seçimi imkânı verilen hallerde tarafların herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın söz konusu hukuklar içerisinde birini seçebilme imkânı söz konusu olmalıdır.

Türk hukukunda ise kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçimi imkânı kural olarak tanınmamıştır. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun tayinine ilişkin MÖHUK m. 15 ise bu kuralın istisnasını teşkil eder. Anılan hükmün ilk fıkrasında eşlere sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmakta ve evlilik

¹⁰⁵ BARIATTI, s. 14; KRUGER/ VERHELLEN, s. 619; GEDIP, <<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014); KRUGER, T.: "Rome III and Parties' Choice", *Familie&Recht*, 2014, <<http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00010>> (Erişim tarihi: 6.7.2014), dn. 35'e ait metin civarı; FRANZINA, s. 111.

¹⁰⁶ KRUGER/ VERHELLEN, s. 619.

malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri düzenlenmektedir. Anılan hükümde hukuk seçiminin söz konusu devlet hukuklarıyla sınırlandırılmasının sebebi, bu hukukların taraflar arasındaki evlenme ilişkisiyle en yakın irtibata sahip olan hukuklar olması olarak gösterilmiştir¹⁰⁷. Bu çerçevede tarafların evlenme anında farklı devlet vatandaşı olmaları ve mutad meskenlerinin de farklı devletlerde bulunması durumunda, dört farklı hukuk arasından bir seçim yapabilecekleri ifade edilmiştir¹⁰⁸. Diğer yandan, anılan hükmün son fıkrasında eşlerin evlendikten sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları durumunda, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla bu yeni hukuka tâbi olabileceklerine ilişkin hüküm, söz konusu hukukun da uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân tanımaktadır¹⁰⁹.

Bununla birlikte eşin/eşlerin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, hukuk seçiminin söz konusu devlet vatandaşlıklarının tamamı dikkate alınarak yapıp yapılamayacağı belirsizdir¹¹⁰. Doktrinde, 15. maddenin taraflara “millî hukuklarından birini” seçme imkânı tanımış olması karşısında, gerçek olmayan millî hukukun da seçilebileceği savunulmuştur¹¹¹. Kanaatimizce de çok vatandaşlığın evlenme anında söz konusu olması durumunda, eşlerin söz konusu millî hukuklardan herhangi birini; evlendikten sonra ortaya çıkması ve eşlerin yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları durumunda bu yeni hukuku da uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri kabul edilmelidir. Her iki halde de Türk vatandaşlığına öncelik tanımak söz konusu olmayacağı gibi, taraflarca seçilen millî hukukun kişinin en sıkı irtibatlı olduğu devlet hukuku olup olmadığı da önem taşımayacaktır. Böyle bir yaklaşım, MÖHUK m. 15 uyarınca kabul edilen irade muhtariyeti esasına da uygun düşer. Bununla birlikte, MÖHUK m. 15(1) hükmünün amacından

¹⁰⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 247.

¹⁰⁸ MÖHUK m. 15’in gerekçesi. Ayrıca bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 247.

¹⁰⁹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 129; ŞENSÖZ, s. 197.

¹¹⁰ Yargıtay 2. HD, 2003 tarihli Hollanda mahkemesince verilmiş boşanma kararının tanınmasına ilişkin kararında, Türk ve Hollanda vatandaşı olan eşlerin Hollanda hukukuna göre boşanmaya uygulanacak hukuk olarak Hollanda hukukunu seçmiş olmalarını, mülga MÖHUK m. 13’ün, boşanma ve ayrılığa eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanmasını öngörmüş olduğu ve mülga MÖHUK m. 38 (c) uyarınca uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur. Söz konusu karar için bkz. Yargıtay 2. HD, E. 2002/13829, K. 2003/719, T. 21.1.2003, <www.kazanci.com.tr> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

¹¹¹ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 167; ATAMAN FİGANMEŞE, s. 100. Aynı yönde bkz. ŞENSÖZ, s. 197. MÖHUK m. 15(3) hükmünün uygulanmasında 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin dikkate alınmaması gerektiği hakkında ayrıca bkz. ŞENSÖZ, s. 197.

hareketle olması gereken hukuk bakımından yapılan bu tespitler, olumlu vatandaşlık ihtilâflarını çözüme ilişkin genel nitelikli 4. madde hükmünü görmezden gelmeye yetmemektedir. Dolayısıyla taraflara millî hukuku uygulanacak hukuk olarak seçme imkânı tanıyan MÖHUK m. 15 hükmünde yapılacak bir değişiklikle, bu hükmün uygulanması bakımından MÖHUK m. 4 (1)(b) ve (c) hükümlerinin dikkate alınmayacağına ilişkin açık istisnaya yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

C- Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekli Geçerliliği

MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir başka tereddüt, ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğinin ölenin millî hukukuna tâbi olması durumuna ilişkindir. Ölenin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, ölüme bağlı tasarrufun söz konusu devlet hukuklarından herhangi birine göre şeklen geçerli olması yeterli midir? Bu konuda açık bir düzenleme Alman hukukunda yer almaktadır. Alman hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme getiren EGBGB m. 26(1) hükmü, ölenin söz konusu tasarrufu yaptığı andaki veya ölümü anındaki millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufların geçerli olacağı hükme bağlanırken, Kanun'un olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözüme ilişkin 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan genel kuralın uygulanmayacağı da açıkça düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 20(4) hükmünde bir açıklık yer almamaktadır. Anılan hüküm uyarınca “*ölüme bağlı tasarrufların şekline 7. madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir*”. Dolayısıyla, ölüme bağlı tasarrufun şeklen geçerli olabilmesi, söz konusu tasarrufun yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) ya da ölenin millî hukukunun maddî hukuk hükümlerine uygun yapılmış olmasına bağlıdır. Miras hukuku alanında *lex causae* MÖHUK m. 20 (1) uyarınca tespit olunur. Anılan hükme göre, “*miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır*”. Dolayısıyla *lex causae* taşınır tereke ile yurtdışında bulunan taşınmaz tereke bakımından ölenin millî hukukuna; Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından Türk hukukuna işaret eder. Bu çerçevede MÖHUK m. 20 (4)’e göre ölüme bağlı tasarrufun şeklen geçerli olabilmesi için, yapıldığı yer hukukunun maddî hukuk hükümlerine veya ölenin millî hukukunun maddî

hukuk hükümlerine veya Türk hukukunun maddî hukuk hükümlerine uygun şekilde yapılmış olması gerekir¹¹². MÖHUK m. 20 (4)'te Kanun'un hukukî işlemlerin şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin genel hüküm olan 7. maddede öngörülen hukuklara ek olarak ölenin millî hukukunun uygulanmasının ayrıca kabul edilmiş olması, -MÖHUK m. 20 (1) uyarınca Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke bakımından ölenin millî hukukuna ilişkin kural yerine Türk hukuku uygulanacağından- Türkiye'de bulunan taşınmaz terekeye ilişkin ölüme bağlı tasarrufun ölenin millî hukukunun öngördüğü şekilde yapılmasına imkân tanınması bakımından önemlidir¹¹³. Böylece ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişiye kolaylık sağlanması¹¹⁴ ve ölenin son arzularının mümkün olduğunca yerine getirilmesi (*favor testamenti*) amaçlanmaktadır.

Bu çerçevede ölen kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması halinde, MÖHUK m. 20 (4) hükmünün son cümlesinin uygulanması bakımından MÖHUK m. 4(1) hükümlerinin dikkate alınması gerektiği pozitif hukuk açısından savunulabilirse de, MÖHUK m. 20 (4)'te ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğine ilişkin kuralın amacı dikkate alınarak, kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, yine son arzularının yerine getirilmesi amacıyla, millî hukuklarından herhangi birinin öngördüğü şekil şartlarının yerine getirilmiş olması yeterli de görülebilir. Bu durum özellikle birden fazla devlet vatandaşı olan yabancıların Türkiye'de bulunan taşınmaz terekeye ilişkin yaptığı ölüme bağlı tasarruflar bakımından önem kazanmaktadır. Zira söz konusu tasarrufun şeklen geçerli olabilmesi, yapıldığı yer hukukunun veya Türk hukukunun ya da ölenin millî hukukunun şekil şartlarının yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Böyle bir tasarruf yapıldığı yer hukukunun veya Türk hukukunun öngördüğü şekil şartlarına uygun şekilde yapılmamışsa, ilgilinin millî hukukunun uygulanmasında MÖHUK m. 4(1)(c) hükmünün dikkate alınması, ancak söz konusu tasarrufun kişinin en sıkı ilişkide bulunduğu devlet hukukuna uygun şekilde yapılmış olması halinde geçerli olması sonucunu doğurur. Buna karşın, yukarıda da belirtildiği gibi, MÖHUK

¹¹² MÖHUK hükümleri uyarınca ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkında bkz. BARAN ÇELİK, N.: *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini*, Ankara 2011, s. 148 vd.; EKŞİ, Miras, s. 51; DOĞANGÜN, T.: *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 125.

¹¹³ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 307; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 219, dn. 266.

¹¹⁴ Mülga MÖHUK'un mirasa uygulanacak hukukun tayinine ilişkin 22. maddesinin gerekçesi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu, s. 9.

m. 20 (4)'te ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufların da geçerli olacağına ilişkin düzenleme amacı itibariyle herhangi bir kısıtlama söz konusu olmaksızın kişinin vatandaşı olduğu devletlerden herhangi birinin hukukunun şekil şartlarına uygun olarak yapılmış bir ölüme bağlı tasarrufu geçerli kılmak yönünde bir yoruma müsaittir. Dolayısıyla yine olası bir Kanun değişikliğinde, MÖHUK m. 20(4) hükmünün bu açıdan da ele alınarak, MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir istisnaya yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

SONUÇ

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği hallerde, kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması bir ön sorun teşkil etmekte ve kişinin hangi devlet vatandaşlığının esas alınacağına belirlenmesini gerektirmektedir. Olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümü konusunda ulusal düzenlemelere bakıldığında, ağırlıklı olarak, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından birinin mahkeme devleti vatandaşlığı olup olmadığına göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından birinin mahkeme devleti vatandaşlığı olması durumunda, egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak, kişi söz konusu devlet vatandaşı olarak kabul edilirken, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmaması durumunda, gerçek ve etkili vatandaşlığının tespit edilmesi suretiyle en sıkı irtibatlı olduğu devlet hukukunun uygulanması kabul görmektedir.

AB hukukunda ise, sayısı gün geçtikçe artan kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemelerinde olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin genel bir kural yer almamış, doğrudan bu konuya ilişkin bir Divan kararı da henüz verilmemiştir. Bugün genel kabul gören anlayış AB kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemelerinin uygulanmasında ortaya çıkan olumlu vatandaşlık ihtilâflarının, AB'nin genel ilkelerinin gözetilmesi suretiyle (tâbiyete dayalı ayrımcılık yasağı, temel haklara saygı ve AB vatandaşlığına ilişkin prensipler gibi) üye devlet hukuklarında var olan kurallar uyarınca çözülmesi gerektiğidir. Bu çerçevede Divan'ın farkı konularda olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümüne ilişkin kararlarında, üye devlet hukuklarında varolan mahkeme devleti vatandaşlığına öncelik tanınmasına veya ilgilinin vatandaşlıklarından hiçbirinin mahkeme devleti vatandaşlığı olmaması durumunda gerçek ve etkili vatandaşlığının tayinine ilişkin yaklaşımları benimsemediği görülmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'un "Milletlerarası Özel Hukuk" başlığını taşıyan birinci kısmının "genel hükümler"e ilişkin birinci bölümünde yer alan 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri de Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tayini bakımından olumlu vatandaşlık ihtilâflarının çözümünü amaçlamaktadır. Anılan hüküm, ulusal hukuklarda genel kabul gören anlayışa uygun olarak, "bu Kanunda aksi öngörülmedikçe", "birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku"nun (m. 4(1)(b)), "birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku"nun (m. 4(1)(c)) uygulanacağını düzenlemektedir. Söz konusu hükmün, Kanun'da uygulanacak hukukun "vatandaşlık" bağlama noktası aracılığıyla tayin edilmesinin öngörüldüğü kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dikkate alınacağına şüphe yoktur. Bununla birlikte hükümde, bu hükmün "Kanun'da aksi öngörülmedikçe" uygulanacağını düzenlenmiş olmasına rağmen açık bir istisnaya yer verilmemiş olması, söz konusu ifadenin işlevini tartışmalı hale getirmekte ve Kanun'un belirli hükümlerin uygulanması bakımından tereddüte sebep olmaktadır. Bu çerçevede Kanun'un tarafların müşterek millî hukukunun uygulanmasını emrettiği; taraflara millî hukuku uygulanacak hukuk olarak seçme imkânı tanıdığı ve ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliği bakımından ölenin millî hukukunun uygulanmasını kabul ettiği durumlarda, m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin katı şekilde uygulanması her zaman adil sonuçlar doğurmayabilecektir. Bu sebeple, söz konusu bağlama kurallarının amacının da göz önünde bulundurulması suretiyle, m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin kapsamının yeniden değerlendirilerek istisnaların Kanun'da açık şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Kanun'da yer verilecek bu tür istisnalar hem MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin uygulama alanının hem de birden fazla vatandaşlık halinde Kanun'un anılan hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tayini bakımından ortaya çıkabilecek ihtilâfları çözüme kavuşturacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Z./ DEMİR GÖKYAYLA, C.: *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010.

ALTUĞ, Y.: “Çok Vatandaşlık”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1977, C. 43, S. 1- 4, s. 191- 207.

ATAMAN- FİGANMEŞE, İ.: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, Y. 19-20, s. 95- 114.

AYBAY, R.: “Türk Hukukunda “Çifte Vatandaşlık” Bir Hak Mıdır?”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: K. HAILBRONNER/ B. TİRYAKİOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 156- 162.

AYBAY, R./ DARDAĞAN, E.: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, B. 2, İstanbul 2008.

AYGÜN, M.: “Askerlik Hizmetinin Türk Vatandaşlığı Açısından Değerlendirilmesi”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: K. HAILBRONNER/ B. TİRYAKİOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 231- 251.

BARAN ÇELİK, N.: *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini*, Ankara 2011.

BARIATTI, S.: “Multiple Nationalities and EU Private International Law- Many Questions and Some Tentative Answers”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, Vol. 13, s. 1-19.

BAYRAKTAROĞLU, G.: “Harmonization of Private International Law at Different Levels: Communitarization v. International Harmonization”, *European Journal of Law Reform*, 2003, Vol. 5, No. 1-2, s. 127- 172.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: “Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57, S. 2, s. 17- 49.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *Ankara*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 2, s. 505- 539.

BERKİ, O. F.: *Devletler Hususî Hukuku- Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku*, Cilt I, B. 5, Ankara 1963 (“Tâbiyet”).

BERKİ, O. F.: *Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları*, Ankara 1962.

BOELE- WOELKI, K.: “For Better or For Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, *Yearbook of Private International Law*, 2010, Vol. 12, s. 17- 41.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF EXPERTS ON NATIONALITY: *Report on Multiple Nationality*, Strasbourg 2000, <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/>

ÇJNA%20(2000) 13%20E%20multiple %20 nationality.pdf> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

ÇELİKEL, A./ ERDEM, B. B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul 2012.

ÇİÇEKLİ, B.: “Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Y. 23, s. 179- 202.

De GROOT, G. R.: “Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, Vol. 11, s. 115- 119.

De VIDO, S.: “The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, No. 1, s. 222- 232.

DOĞAN, V.: *5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 12, Ankara 2014.

DOĞAN, V.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 3, Ankara 2015 (“MÖH”).

DOĞANGÜN, T.: *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996.

EKŞİ, N.: *Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü*, B. 2, İstanbul 2005.

EKŞİ, N.: *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, İstanbul 2013 (“Miras”).

EKŞİ, N.: *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul 2010.

ERDEM, B. B.: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 3, İstanbul 2013.

ERTEN, R.: "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Güz 2008, Y. 66, S. 4, s. 36- 61.

FRANZINA, P.: "The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 2, s. 85-129.

GAERTNER, V.: "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", *Journal of Private International Law*, 2006, Vol. 2, s. 99-136.

GÖĞER, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, B. 4, Ankara 1977.

GÖĞER, E.: "Çifte Vatandaşlık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 44, S. 1-2, s. 127- 181 ("Çifte Vatandaşlık").

GRUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP): *Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne*, Laussane 2013, <<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

GÜNGÖR, G.: *Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler)*, B. 2, Ankara 2014.

GÜNGÖR, G.: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1997-1998, Y. 17-18, s. 229- 250 ("Vatandaşlık").

KRUGER, T./ VERHELLEN, J.: "Dual Nationality= Dual Trouble?", *Journal of Private International Law*, December 2011, Vol. 7, No. 3, s. 601-626.

KRUGER, T.: "Rome III and Parties' Choice", *Familie&Recht*, 2014, <<http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00010>> (Erişim tarihi: 6.7.2014).

MCCLEAN D./ RUIZ ABOU-NIGM, V.: *Morris- The Conflict of Laws*, Ed. 8, London 2012.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu, *Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 20.5.1982, C. 7, S. sayısı: 408.

NOMER, E.: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 20, İstanbul 2014 (“Vatandaşlık”).

NOMER, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, B. 20, İstanbul 2013.

NOMER, E.: “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1994, Y. 14, S. 1-2, s. 55- 62 (“Çifte Vatandaşlık”).

ÖZKAN, I.: *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003.

RAITERI, M.: “Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters”, *Journal of Private International Law*, 2014, Vol. 10, No. 2, s. 309- 334.

RAUSCHER, T.: *Internationales Privatrecht*, Hamburg 2012.

SONNENBERGER, H. J.: *Internationales Privatrecht (Bürgerliches Gesetzbuch - Münchener Kommentar)*, Band 10, München 2010.

ŞANLI, C./ ESEN, E./ ATAMAN- FİGANMEŞE, İ.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 3, İstanbul 2014.

ŞENSÖZ, E.: “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilâflarda Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2009, Y. 8, S. 16, s. 173- 211.

TANRIBİLİR, F. B.: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Y. 22, s. 791- 818 (“Vatandaşlık”).

TANRIBİLİR, F. B.: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Eds.: K. HAILBRONNER/ B. TİRYAKIOĞLU/ E. KÜÇÜK/ K. SCHNEIDER), Ankara 2010, s. 96- 113.

TEKİNALP, G./ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, B. 11, Ankara 2011.

TİRYAKİOĞLU, B.: “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, *Ankara Law Review*, Summer 2006, Vol. 3, No. 1, s. 1- 16.

UNAT, İ.: *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, Ankara 1966.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, İstanbul 2006 (“Boşanma”).

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.: “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, İstanbul 2011, s. 213- 240.

VONK, O. W.: *Dual Nationality in the European Union- A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four Member States*, Leiden 2012.

WOPERA, Z.: “Brief Evaluation of Development of European Family Law: Successes and Failures”, *European Integration Studies*, 2013, Vol. 10, No. 1, s. 5- 16.

“THE WEB NEVER FORGETS!”: ASPECTS OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

Lutz PESCHKE*

ABSTRACT

Since the beginning of the digital age, the balance between forgetting and remembering changed as Viktor Mayer-Schönberger mentioned. Before the penetration of digital media into the everyday life forgetting was the norm and remembering the exception. Thus, the power of the society belonged to the interest not to be forgotten. Today in the digital age with all the search engines like google and bing there is a shift in the balance between remembering and forgetting. This article reveals the importance of the right to be forgotten and the difficulties of the legal implementation which is discussed nowadays. In this article, first of all the different kind of privacy should be described in the change of it in the digital age. Afterwards the effect of the change of whoness into a digital whoness and its consequences will be shown.

Keywords: Right to be forgotten, privacy, mediatization, digital age, social media, data protection, personal rights

‘İNTERNET ASLA UNUTMAZ’: UNUTULMA HAKKININ GÖRÜNÜMÜ

ÖZET

Dijital dönemin başladığından beri, Viktor Mayer-Schönberger’in vurguladığı gibi “hatırlama” ve “unutma” arasındaki denge değişmiştir. Dijital medya günlük hayatımızda bu kadar etkili olmadan önce, “unutma” kural, “hatırlama” ise istisnayıdır. Yani, toplumun genel ilgisi, unutulmamaya yöneliktir. Bugün, dijital dünyada google, bing gibi arama motorlarında, “unutma” ve “hatırlama” dengesinde bir değişim olmuştur. Bu makale, son günlerde tartışılan “unutulma hakkı”nın önemine ve yasal uygulamalardaki zorluklara değinmektedir. Makalede öncelikle, dijital dönemde değişerek, farklı bir şekle bürünen “özel hayatın gizliliği” tarif edilecek, arkasından, kimliğin (“whoness”), dijital kimliğe (“digital whoness”) dönüşümündeki etkisi ve bunların sonuçları belirtilecektir.

Anahtar kelimeler: Unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği, sosyal medya, dijital medya, kişisel verilerin korunması, kişilik hakları

* Dr. Lutz PESCHKE, İpek University, Faculty of Art and Design, Department of Visual Communication Design, Ankara - Turkey.

INTRODUCTION

Since several years, smartphones penetrate everybody's information and communication behaviours more and more. As a result of that with the help of their "selfie" mode, it is easy to create spontaneously a self-portrait and to upload this opus on their own social media platform. In this context there are well-known nightmare scenarios, i.e. about a young man who created and uploaded in his youth an unflattering selfie, obviously drunken with a bottle in his hand and acting in a bad way. After many years when he has already forgotten this picture, a potential employer confronts him with this picture in a job interview. A real parade example is the story about a young US American teacher how took a snapshot of herself while she was dressed as a pirate holding a plastic cup in her hand. She uploaded this photo in a social media platform and wrote as a subtitle "drunken pirate". When the public education authority took notice of this picture, it fired her from the career of teaching. All her objections and appeals against this decision were unsuccessful¹. These scenarios and cases demonstrate that beside all bright sides of web applications, there are a lot of problematical characteristics and dark sides of the digital world. Obviously the web never forgets. Hence, Viktor Mayer-Schönberger described the case of the 25-old young teacher mentioned above in the first chapter of his fundamental work "Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age"². He concludes that this case is not about the stupidity of the university's decision to deny her certificate, but it is rather about the right to be forgotten.

We have to verify that at the latest since the beginning of the mentioned digital age, the balance between forgetting and remembering is changed. Before the penetration of digital media into everyday life, forgetting was the norm and remembering was the exception. Thus, the power of the society belonged to the interest *not* to be forgotten. Many books are written, museums, libraries and their archives are established just to save knowledge about the cultural heritages. Today, in the digital age with all the search engines like google and bing there is a shift in the balance between remembering and forgetting. The norm is remembering and forgetting is the exception³. The consequence is

¹ Cf. Nolte, Norbert (2011): Zum Recht auf Vergessen im Internet. Von digitalen Radiergummies und anderen Instrumenten. Zeitschrift für Rechtspolitik 2011 (8), 236

² Mayer- Schönberger, Viktor (2009): Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press.

³ Ibid., p. 2

an increasing risk of the infringement of the personality rights and privacy. This article should reveal the importance of the right to be forgotten and the difficulties of the legal implementation which is discussed nowadays. In this article, first of all different kind of privacy should be debated with the changes of it in the digital age. Afterwards the effect of the change of “whoness” into a “digital whoness” and its consequences will be shown.

1. Legal Aspects of Privacy

During the history of human beings, the understanding of privacy as well as its role and threat, had changed in the course of milleniums. Essentially the privacy and intimate space is regarded as a special value in the history of humans. Privacy finds itself in the system of values of the declaration of the basic and human rights of the 20th and 21st Century which is especially linked with the spatial area of home as well as communication⁴. Beate Rössler identified and analyzed three dimensions of privacy, the decisional, informational and local privacy⁵. Decisional privacy deals with the rights of free choices and decision. Informational privacy deals with the protection of personal data. Rössler includes the privacy of thoughts and mental states as well as of feelings and views. Further she mentions that data are able to identify individual persons among other and can be used to understand “preferences, traits and habits”⁶. The dimension of local privacy deals with the private home, which includes family and friends. The distinction of private and public spheres arises with the analysis of the local privacy. In the following parts we are dealing predominantly with informational and local privacy.

Since the beginning of web 2.0 the online communication becomes a central element of the cultural change of privacy. Many signs point to a change of culture, to a media culture combined with a change of privacy. Privacy is protected in many international treaties According to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) dated 10 December 1948, Article 12, “No one shall be subjected to arbitrary interference of his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” In the European Convention on Human Rights (04 November 1950), in article 8, it is stated that everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

⁴ Cf. Schmale, Wolfgang; Tinnefeld, Marie-Theres (2014): *Privatheit im digitalen Zeitalter*. Wien/Köln/Weimar: Böhlau.

⁵ Rössler, Beate (2005): *The Value of Privacy*. Cambridge/UK: Polity Press.

⁶ *Ibid.*, 123f.

The protection of privacy often conflicts with the freedom of press and the freedom of expression. In Germany, GG Article 1 guarantees the protection of human dignity and the right to free development of the personality. There is also very high constitutional protection of free expression of opinions in Art. 5 GG. In the three cases below, it is shown that courts decided in favour of the privacy in different ways⁷.

In the famous Caroline von Monaco process the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) decided that the newspaper which placed the untruthful factual claim on its cover page, had to place a recall in the same degree of attention for the reader, if the personality right⁸ of the involved person was infringed⁹. The reason of the court decision among other articles was a fictional interview, placed in the newspaper, which was never given by Caroline of Monaco. The importance of this decision was that, the Supreme Court took into consideration the degree of attention of the article which was generated for the readers. Since the fictional interview was placed with a big headline on the cover page of the newspaper, the recall had to be placed nearly in the same way. According to the court, the recall hidden somewhere inside the newspaper, was not sufficient enough.

There is another interesting court decision which deals with the plan of a public German TV channel to broadcast a documentary about the so-called soldier's murder of Lebach¹⁰. Two young men killed four soldiers to steal weapons from a warehouse. Besides these two men, another man assisted them and he took part in this crime, as well. The two murderers were caught and sentenced to lifetime imprisonment, in fact the third man was sentenced to six years imprisonment. After three years, the public German TV channel planned to produce and broadcast a documentary about the criminal act and the social background of the criminals. The third man opened a court against the TV channel not to broadcast this documentary. Generally the public interest in information by the association of the freedom of press outweighs the

⁷ Güneş Peschke, Seldağ; Peschke, Lutz (2013): Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany. Gazi University Faculty of Law Review, 17 (1)

⁸ In Germany personality rights are protected under the German Civil Code (BGB) paragraphs 823 and 826. According to paragraph 823 (1), a person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another person, is liable to make compensation to the other party for the damage arising from his actions.

⁹ BGH 6. Zivilsenat, 15.11.1994, Az: VI ZR 56/94

¹⁰ „Lebach-Urteil“, BVerfG 1. Senat, 05.06.1973, Az: 1 BvR 536/72

personality rights. But if the reporting is in a subsequent date and does not serve the interest of a up-to-the-minute information, there can be a new weighing of interest. In this case the personality rights of the criminal outweighs, because the documentary jeopardize the process of resocialization of the criminal when he is out of the prison again. This court decision was notable and pioneering insofar that the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) took into consideration the degree of operation range of the TV channel in the weighing of the freedom of press and the right to personality.

Today the operation range of TV channels are far smaller than the operation range of digital media, especially web sites. Before the beginning of the digital age, informational privacy was almost discussed in contrast of freedom of expression and freedom of press. In the digital age the basic right of privacy is connected with data protection. The reason is, that the archives of online media are always and nearly forever worldwide open with a free access. It shows there is a shift of the understanding of human rights. The matter of protection is no longer the humans, but the data. This illustrates the actual court decision C131/12 of the Court of Justice of the European Union against Google Spain and Google Inc. in favor of Mario Costeja González¹¹. In 2010 González opened a court together with the national Data Protection Agency against a Spanish newspaper and Google. The Spanish citizen realized that the input of his name in Google’s search engine gives as one of the first results; the auction notice of his repossessed home, although the proceeding concerning him had been fully resolved. He complained that the reference to these proceedings are now completely irrelevant and infringes his privacy rights. In the press release on May 13, 2014 the Court of Justice of the European Union published its judgement¹²:

“An internet search engine operator is responsible for the processing that it carries out of personal data which appears on web pages published by third parties. Thus, if, following a search made on the basis of a person’s name, the list of result displays a link to a web page which contains information on the person in question, that data

¹¹ European Commission: Fact sheet on the “Right to be Forgotten” ruling C131/12 of the Court of Justice of the European Union. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf [last access: 17.02.2015]

¹² Court of Justice of the European Union: Press Release 70/14 (13 May 2014). Judgement in Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf> [last access: 17.02.2015]

subject may approach the operator directly and, where the operator does not grant his request, bring the matter before the competent authorities in order to obtain, under certain conditions, the removal of that link from the list of results.”

The European Commission mentioned in its fact sheet that the right to be forgotten is located in the 1995 Data Protection Directive. The claims that the Commission had proposed a new right in the Data Protection Regulation, is not true. The right to be forgotten is embedded in the Directive under Article 12, the right of free access to data. But the Commission argues that there is a need for Data Protection Regulation to establish new rights and update existing rights:

“In recognizing that the right to be forgotten exists, the Court of Justice established a general principle. This principle needs to be updated and clarified for the digital age. The Data Protection Regulation strengthens the principle and improves legal certainty” (Article 17 of the proposed Regulation)¹³

2. Prospects: “Digital whoness” – How to Protect Privacy in the cyberspace?

The judgement of the Court of Justice of the European Union mentioned above is taken into consideration only if the personal data¹⁴ are published by third parties. What about data which are uploaded by the user himself/herself? The high level of participation changes not only the net itself, but also the attitude and behaviour of the user: they take advantage of their potential influence to organize themselves collectively as an individual and their interests as well as their knowledge in the virtual space in multiple ways¹⁵. Two main characteristics in media behavior should be considered. The communication of today is a media based communication. We are living in a mediatized

¹³ European Commission, p. 2

¹⁴ According to EU Data Protection Directive 95/46 data which relate to a living individual who can be identified from such data, or other information which is in, or likely to come into, the possession of the data controller. Individuals can be identified by various means including their name and address, telephone number or email address, but anonymous or collective data is not regulated in this Act

¹⁵ Peschke, Lutz; Schröder, Alina (2011): Visualisiertes Lernen im Web 2.0: Audiovisuelle Wissenskommunikation durch Wissensspots. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Frankfurt a.M./New York: Peter Lang.

world and our media behavior is a multitasking media behavior. Not only digital natives, but also older generations simultaneously communicate with a friend via Skype, accept a call via voice-over IP and chat with help of an instant messenger while watching a live stream video in a media player at the same time¹⁶. On the other hand this mediated self-representation via social media generates a kind of digital voyeurism. Tweets and re-tweets are posted, articles are commented upon and shared, images uploaded, messages about where they are and what they are doing are posted on pinboards. Social media activists permanently change their roles between a digital exhibitionist and a digital voyeur¹⁷. In this context it seems to be reasonable, that individuals take care of their own privacy while using the web in a more responsible way and don't upload so many files. But actually earlier studies show that it is mostly the opposite case. This phenomenon is called the privacy paradox¹⁸. These phenomena show that there is a shift of privacy to a digital privacy and an identity to a digital identity. Rafael Capurro et al. (2013) subsume it under the term of “digital whoness”. They point out that identity is only possible, where a who finds itself mirrored back from the world¹⁹. According to the authors people living today grow up in which their immersion in the cyberworld is increasingly becoming normality²⁰. Living in a cyberworld means as well as computer-generated communication does not take place exclusively with real names of the users. Some platforms prescribe the selection of a username, some users voluntarily choose a nickname. Nicknames are like masks. They protect the real identity, but create a cyber identity, as well. The consequence is that the people live more and more with a patchwork identity²¹. At that point the question arises about the construction of the privacy in a patchwork

¹⁶ Güneş Peschke, Seldağ; Peschke, Lutz (2013)

¹⁷ Krotz, Friedrich: Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2007

¹⁸ Niemann, Julia; Schenk, Michael; Teutsch, Julia; Wlach, Kim; Allgeier, Yvonne (2012): Quantitative Befragung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen. In: Schenk, Michael; Niemann, Julia; Reinmann, Gabi; Roßnagel, Alexander (ed.): Digitale Privatsphäre: Heranwachsende und Datenschutz auf Sozialen Netzwerkplattformen. Düsseldorf: Vistas, p. 250.

¹⁹ Capurro, Rafael; Eldred, Michael; Nagel, Daniel (2013): Digital Whoness. Identity, Privacy and Freedom in the Cyberworld. Heusenstamm: Ontos, p. 12.

²⁰ Ibid, p. 128.

²¹ Ackermann, Judith: „Masken und Maskierungsstrategien – Identität und Identifikation im Netz“. Anastasiadis, Mario; Thimm, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/New York 2011, pp.61-86

identity and its protectability and should be taken into consideration when we discuss “the right to be forgotten”.

CONCLUSION

This paper discussed the shift in the balance between remembering and forgetting in today’s digital age with all the search engines like google and bing. Remembering is the norm and forgetting in the exception. The consequence is an increasing risk of the infringement of the personality rights and privacy. Essentially the privacy and intimate space are regarded as important values in the history of humans. The protection of privacy often conflicts with the freedom of press and the freedom of expression.

Three cases are discussed in this paper where the Court decided in favor of the protection of privacy and personality rights. The Caroline von Monaco process was a suit between the princess of Monaco and a German newspaper. The second case was about the so-called soldier’s murder of Lebach which was taken into action by one of the criminals against a German TV channel. In both cases the Court had to weigh the personality rights and the freedom of press and decides against media, newspaper and TV channel, where older articles and contributions are difficult to find in there archives. Their contributions are be forgotten in a quite short time.

In the last case, there was a new aspect, in the decision of the Court of Justice of the European Union against Google Spain and Google Inc. in favor of Mario Costeja González. It was not only a decision in favor of the personality rights. Rather it was a decision against the lifelong existing memory of online search engines and in favor of the right to be forgotten. The reason was, that the archives of online media are always and nearly forever worldwide open with a free access. The consequence of the decision is that the hitherto existing principle “the web never forgets!” has to give way to the demand of being forgotten. The importance of the right to be forgotten arises from the phenomena of a shift of privacy to a digital privacy. The protection of this right will be one of the biggest challenges on the way from a Data Protection Directive to a Data Protection Regulation of the European Commission.

REFERENCES

Ackermann, Judith: ‚Masken und Maskierungsstrategien – Identität und Identifikation im Netz‘. Anastasiadis, Mario; Thimm, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/New York 2011

Capurro, Rafael; Eldred, Michael; Nagel, Daniel (2013): Digital Whoness. Identity, Privacy and Freedom in the Cyberworld. Heusenstamm: Ontos

Court of Justice of the European Union: Press Release 70/14 (13 May 2014). Judgement in Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf> [last access: 17.02.2015]

European Commission: Fact sheet on the “Right to be Forgotten” ruling C131/12 of the Court of Justice of the European Union. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf [last access: 17.02.2015]

Güneş Peschke, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüzde Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Ankara 2014

Güneş Peschke, Seldağ; Peschke, Lutz (2013): Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany. Gazi University Faculty of Law Review, 17 (1)

Mayer-Schönberger, Viktor (2009): Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press.

Krotz, Friedrich: Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2007

Niemann, Julia; Schenk, Michael; Teutsch, Julia; Wlach, Kim; Allgeier, Yvonne (2012): Quantitative Befragung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen. In: Schenk, Michael; Niemann, Julia; Reinmann, Gabi; Roßnagel, Alexander (ed.): Digitale Privatsphäre: Heranwachsende und Datenschutz auf Sozialen Netzwerkplattformen. Düsseldorf: Vistas

Nolte, Norbert (2011): Zum Recht auf Vergessen im Internet. Von digitalen Radiergummies und anderen Instrumenten. Zeitschrift für Rechtspolitik 2011 (8), 236

Peschke, Lutz; Schröder, Alina (2011): Visualisiertes Lernen im Web 2.0: Audiovisuelle Wissenskommunikation durch Wissensspots. In: Anastasiadis, Mario; Thimm, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Frankfurt a.M./New York: Peter Lang.

Rössler, Beate (2005): The Value of Privacy. Cambridge/UK: Polity Press.

Schmale, Wolfgang; Tinnefeld, Marie-Theres (2014): Privatheit im digitalen Zeitalter. Wien/Köln/Weimar: Böhlau.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

KARAR İNCELEMESİ – GARANTÖRSEL İHMALİ SUÇTA İHMALİ VE İCRAİ DAVRANIŞ AYIRMI

Mustafa AVCI*
Erdal YERDELEN**

ÖZET

Ceza hukuku normları, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere, iki şekildedir. Yasaklayıcı normlar, icrai bir hareketle ihlal edilebilmekte ve bu durumda belirli bir hareketin yapılmaması istenmektedir. Yasaklanan hareketin yapılması sonucunda bir hak ihlali gerçekleşmektedir. Emredici normlarda ise belirli bir hareketin yapılması yasaklanmamakta, aksine belirli bir hareketin yapılması emredilmektedir. Bu emredici kurala uyulmaması sonucunda haksızlık meydana gelmekte kanunda tanımlanan suç, ihmali hareketle işlenmektedir. Neticenin meydana gelmesinin engellenmesi yükümlülüğü “garantörlük” olarak adlandırılmaktadır. Kişinin ihmali davranıştan sorumlu olabilmesi için söz konusu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Eşdeğerlik bakımından kanun, sözleşme veya ön gelen tehlikeli davranışın kişiyi belli surette hareket etmek konusunda yükümlülüğe sokması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Garantörsel İhmali Suç, İcrai Davranış, İhmali Davranış, Doğal Bakış Açısı, Normatif Bakış Açısı

VERDICT ANALYSIS: THE SEPERATION OF BEHAVIOUR BY WAY OF OMISSION AND ACTION AT QUALIFIED OMISSIVE CRIME

ABSTRACT

Criminal law norms are divided into the two, including prohibited norms and mandatory norms. Mandatory norms can be violated with behaviour by way of action and in this case, a certain sort of action is required not to be done. As a result of making prohibited act, violation of right occurs. Regarding the mandatory norms, a certain kind of action isn't prohibited; on contrary a certain kind of action is mandated to be done. As a consequence of failing to obey a mandatory rule, injustice occurs and the crime that is defined in the law, is committed via the omissive action. The liability of preventing the occurrence of the result is called “guarantorship”. In order to

* Prof.Dr., Selçuk Üniv. Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı
avcim@selcuk.edu.tr

** Yrd.Doç.Dr., Yıldırım Beyazıt Üniv. Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
erdalyerdelen@hotmail.com

attribute the responsibility of omissive aciton to the person, that omission of liability must be equivalent to the behaviour by way of action. In terms of equivalence; a law, a contract or a dangerous behavior are required to put the person under the liability as regards acting in the exact way.

Keywords: *Qualified Ommisive Crime, Behaviour By Way Of Action, Behaviour By Way Of Ommision, Natural Perspective, Normative Perspective*

A. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5.7.2013 tarihli, 2012/1-1570 Esas ve 2013/339 Karar sayılı

“Ölen bebeğin yapılan otopsisinde kafatasındaki hematoma, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar, hiyoiddeki kırık şeklinde yapılan tespitler ile bebeğin bırakıldığı yere göre canlı olarak bırakılmış olması halinde ağlama seslerinin çevredekiler tarafından duyulması gerektiği ve bebeğin bir poşet içerisinde bulunması gibi hususlar, maktul bebeğin sanık tarafından icrai hareketle kasten öldürüldüğü yolunda bir kanaat oluşturmaktadır. Ancak Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporuna göre otopsi raporunda tespit edilen bulguların ölümden önce mi, yoksa ölümden sonra mı meydana getirildiğinin ve kesin ölüm sebebinin çürüme nedeniyle tespitinin mümkün olmadığı belirtilmesi, sanığın tüm aşamalarda değişmeyen ve dosya içeriğiyle de uyumlu olan savunmasında, bebeği bir beze sarılı ve sağ olarak bıraktığını, kesinlikle poşete koymadığını beyan etmesi, bahse konu poşetin içinden çıkan şeffaf poşetten elde edilen 3 adet parmak izinin sanık ile anne babasına ait olmadığı sabit olması hususları gözönüne alındığında, sanığın bebeği icrai hareketle kasten öldürdükten sonra boş arsaya bıraktığı ya da poşetin içine koyarak ölmesini sağladığı hususu şüphe boyutunda kalmaktadır.

Bu nedenle sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir

ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK'nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır". Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

B. OLAY

Sanığa isnat edilen suç, mahkemenin kabulüne göre aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir: Sanık D, U isimli şahısla 2008 yılı Temmuz ayında tanışmış, kendisi ile arkadaşlığı ve cinsel birlikteliği olmuş, 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde bu ilişkiden hamile kalmıştır. Ancak ilk başta hamile kaldığını fark etmemiş, yaklaşık 1 ay sonra 2008 yılı Eylül ayı içinde hamile olduğunu öğrenmiş, bir ay daha geçtikten sonra çocuğu aldırma için değişik merkez ve doktorlara gitmiş ancak çocuğu aldırnamamıştır. Sanık D, U İstanbul'a gittikten sonra kendisi ile hiç görüşmemiş, U'ya telefonla da ulaşmamış, çocuğu aldıramayacağını anlayınca doğurmaya karar vermiştir. Hamilelik dönemi içerisinde sanığın karnı çok fazla büyümemiş, anne ve babası hamile olduğunu fark etmemişlerdir. Sanığın, 02.05.2009 günü gece saat 02.30 sıralarında evde doğum sancıları tutmuş, anne babası başka odada uyuduklarından, onlara hissettirmeden kendi başına evin salonunda doğum yapmış ve bir kız çocuk dünyaya getirmiştir. Bebeğin göbek bağı bir makasla 10-12 cm kadar uzunlukta kesmiş, bebek ağlayınca susması için bebeği emzirmiş ve salonda bulunan bir örtüye sarmıştır. Bebek, karnı doyunca uyumuş, daha sonra banyoda kendisini temizleyerek üzerini değiştirmiş, sabah ezanı okunurken bebeği alıp dışarı çıkmış, bebeği kırmızı, beyaz siyah bezin içerisinde evin arkasında bulunan Sokak üzerindeki boş arsaya bırakmıştır.

Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 27.01.2010 tarih ve 328 sayılı raporunda; bebeğin yapılan otopsisinde tespit olunan kafadaki hematoma, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonların, hiyoiddeki kırığın, ölüm öncesi mi, yoksa ölüm sonrası mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ifade edilmiştir. İleri derecede çürüme nedeniyle çocuğun kesin ölüm nedeninin de belirlenemediği, bebeğin ölümünün 10.05.2009 tarihinden önceki 3-10 günlük zaman diliminde meydana gelmiş olabileceği bildirilmiştir.

C. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

Olayın oluş biçimi halli gereken ilk sorunu teşkil etmektedir. Zira merciiilerin ve karşı oy yazan üyelerin olayı kabul şekilleri birbirinden farklıdır.

Fiilin, icrai bir davranışı mı yoksa ihmali bir davranışı mı oluşturduğu hususu tartışılması gereken diğer bir hukuki meseleyi oluşturmaktadır.

Tartışılması gereken diğer konular ise, sanığın doğrudan kastla mı yoksa olası kastla mı hareket ettiği ile yeni doğan bebeğin töre saikiyle öldürülüp öldürülmediği hususlarıdır.

Suç tarihinde henüz birkaç dakikadır anne olan ve lohusa halini ağır olarak yaşayan sanığın kusurluluk durumu incelenmelidir.

Ayrıca cezanın belirlenmesinde suç nedeniyle indirim tercih edilmiş olmasının ve alt sınırdan ceza tayininin ne kadar isabetli olduğu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

D. MERCİ KARARLARI

1. Yerel Mahkeme Kararı

..... Ağır Ceza Mahkemesi, 29.09.2010 gün ve 181-141 sayılı kararı ile “Sanık D’nin eylemini kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi olarak kabul ederek 5237 sayılı TCK’nın 83/3, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 16 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna” hükmetmiştir.

2. Temyiz Talepleri

- a. Hüküm 16 yıl 8 ay hapis cezasına dair mahkumiyet şeklinde olduğundan re’sen temyize tabidir.
- b. O yer Cumhuriyet savcısı, “sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğunu” iddia ederek hükmü temyiz etmiştir.
- c. Sanık Müdafii “sanığın fiilinin sabit olmadığı ve mahkemenin teşdiden ceza tayininin yersizliğini belirterek¹” temyiz isteminde bulunmuştur.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tebliğnamesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, “5237 sayılı TCK’nın 82/1-d, e, k maddesi kapsamında yeni doğmuş bebeği töre saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiğini” belirterek bozma kararı verilmesi talep edilmiştir.

¹ Yerel Mahkeme sanık hakkında TCK m. 83/3 hükmüne muhalefetten alt sınırdan ceza tayin etmiştir. 1. Ceza Dairesi kararında, “sanık müdafinin mahkemenin teşdiden ceza tayinine yönelik itirazının reddine” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden müdafinin böyle bir talepte bulunduğu anlaşılmaktadır.

4. Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararı

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararı, “Oluşa, dosya içeriğine ve gösterilen gerekçeye göre; sanığın eyleminin ihmal suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden, bozma isteyen tebliğnamedeki düşünce benimsenmemiştir. İncelenen dosyaya göre verilen hükümde düzeltme nedeni² dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin sübuta, teşdiden ceza tayininin yersizliğine, Cumhuriyet savcısının sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğuna yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle; diğer yönleri usul ve yasaya uygun olan ve re’sen de temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir”, şeklindedir.

5. Daire Kararına Karşı Oylar

Daire Başkanvekili S. Z. İskender ve Daire Üyesi M. Şahin eylemin; “TCK’nun 82/1, d-e-k maddesi kapsamında altsoyuna ve kendini savunamayacak durumda olan çocuğa karşı, töre saikiyle işlenmiş olduğu” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

6. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 1. Ceza Dairesinin kararına karşı itiraz yoluna başvurmuştur. Bu itiraz; “...Sanığın gayri meşru ilişkisi sonucu sağ olarak doğurduğu bebeğini evindeki bir beze sararak, akabinde poşet içerisine koyarak nefes almasına imkan tanımayacak biçimde bir nebze boğma koşulları yaratılarak, bebeği insanların kolaylıkla uğrak yeri olmayan evler arasındaki boş arsaya çöplüğün yanına bırakmak suretiyle, bir daha bıraktığı çocuğunun ölüp ölmediğini kontrol etmediği, akıbetini merak etmediği, otopsi ve adli tıp raporunda vurgulandığı üzere; bebeğin ölümünü sağlayacak biçimde beden

² 1. Ceza Dairesi kararında hak yoksunluğu ile ilgili olarak düzeltmede bulunmuştur. Bu düzeltme hükmü, inceleme konumuz dışında olduğundan metne alınmamış ancak Daire kararının hüküm fıkrasının anlaşılması bakımından dipnotta belirtilmiştir. Bu düzeltme kısmı aynen şu şekildedir; “5237 sayılı TCK’nın 53. Maddesinin uygulandığı bendin, Sanığın, TCK’nın 53. maddesinin 1. fıkrasının a. b, c, d, e bentlerinde belirtilen haklarından, mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanincaya kadar, kendi altsoyu üzerindeki, velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri açısından ise 1- c bendindeki haklardan koşullu salıverilme tarihine kadar yoksun bırakılmasına, olarak değiştirilmesine karar verilmek suretiyle CMUK’nın 322.maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak düzeltilen usul ve yasaya uygun olan ve re’sen de temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir”.

travmalarına maruz bırakıldığı, bebeğin cesedini ilk bulan tanığın anlatım ve tespit tutanağı itibariyle, bebekte oluşan bedensel travmaların, bebekle ilk kez karşılaşan annesi tarafından hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde gerçekleştirildiği; diğer bir anlatımla; anne tarafından bebeğin travmalara maruz bırakılarak ağlaması bile önlenerek sıkıca sarılıp torbaya konulup, ıssız bir yere atılması, annenin gayri meşru edindiği çocuğunu doğrudan öldürdüğü veya ölümünü sağladığı, her iki halde de kasten yeni doğmuş bebeğini öldürme suçunun unsurlarını oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yüksek Yargıtay 1. Ceza Dairesince sanığın alt soyundan gelen kendini savunamayacak durumda olan yeni doğmuş bebeği kasten öldürme suçunu işlediği nedeniyle eylemine uyan TCK'nun 82/1-d-e, maddeleri yerine, 83/3. maddesi uyarınca cezalandırılması suretiyle eksik ceza tayin edildiği, hükmün CMUK'nun 321 nci maddesi uyarınca bozulması yönünde karar verilmesi gerektiği””, şeklinde gerekçelendirilmiştir.

7. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, “Sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK'nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” yönünde karar vermiş, yerel mahkemenin ve yerel mahkemenin kararını onayan 1. Ceza Dairesinin kararının yerinde olduğunu kabul etmiştir.

8. Genel Kurul Kararına Karşı Oylar

Ceza Genel Kurul Başkanı ve Genel Kurul'un iki üyesi ise; “ölen bebeğin otopsisinde yapılan tespitlerin, yani kafadaki hematoma, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar ve tiroiddeki kırığın, ölüm sonrası meydana geldiği kabul edilse bile, sanığın gayri meşru bir ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini doğrudan sonra bir beze sararak poşete koyması ve boş bir arsaya terketmesi şeklindeki eyleminin ihmali bir davranış değil, icrai bir davranış olduğu, kaldı ki, sanığın doğum yaptığı evde bulunan anne ve babası ile bebeğin terkedildiği boş arsaya komşu apartmanlarda yaşayan kimselerin hiç bebek sesi duymamasını da otopsideki bulgular göz önünde alındığında, bebeğin terk

edilmeden önce ve doğduktan sonra sanık tarafından öldürüldüğünü gösterdiği, bebeğin bir poşete konulmasının da bu kabulü desteklediği, bu nedenlerle de itirazın kabulü gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

E. DEĞERLENDİRME

1. Sübut ve Kabul Açısından

Her ceza davası bir olaya, Yargıtay’ın sıkça ifade ettiği gibi “oluşa” dayanır. Olay, iddianamede, suç isnadı olarak yer alır. Sanık, yargılama sonunda suçlu bulunursa, iddianamedeki olayın kanıtlandığı kabul edilir. Kanıtlanan olay, kanunda soyut bir şekilde tanımlanan suç kalıbına uyduğu (tipiklik) takdirde sanık suçu işlemiş kabul edilir. Bu aşamadan sonra, sıra suçu işlediği kanıtlanan sanığın cezasının belirlenmesine gelir. Kanunun suç olarak tanımladığı ve mahkeme tarafından, işlendiği sabit görülen olaya, “oluş” veya “kabul” denilmektedir³.

Vicdani delil sisteminin temel özellikleri, sadece vicdani bir kanıya dayanmayacak, somut delile dayanan hukuksal gerekçeli olacak, hakim açıkça hangi gerekçelere dayanarak bir delile neden inanıp neden inanmadığını da izah edecektir. Ceza muhakemesinde ispat, yargılama ile sıkı sıkıya bağlı bir ilişki içerisinde. Ceza muhakemesinde somut gerçeğe ulaşıncaya kadar araştırma yapılması, kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin varlığı, delillerin re’sen araştırılması ve tartışılması (eksik soruşturma yapılması), ceza muhakemesinin hiçbir surette varsayıma yer vermemesi nedeniyle mahkumiyet kararının kesin ve yeterli kanıtlara dayandırılması gerekir. Tahmin ve varsayımın mahkumiyete esas olamayacağı Yargıtay kararı ile de kabul edilmiştir⁴. Hakimin maddi olaya ilişkin şüpheliyi yenmesi amacıyla maddi hususlara ilişkin bütün şüphelerin gerçeğe akla ve mantığa uygun bir şekilde ispatlanması gerekmektedir. Vicdani kanaat olabilmesi için şüphenin yenilmesi şart olup, şüpheliyi yenme zorunluluğunun hukuki dayanağını ise “suçsuzluk karinesi” oluşturmaktadır⁵.

Muhakemenin temel amacı, kişinin suç işleyip işlemediğinin, ortaya konulan maddi delillerle, hakimin vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis

³ 1.CD. T.08.12.2005, E.2005/2096, K.2005/4144, YKD. 2006-3-487; 1.CD. T.07.10.1992, E.1992/1914, K.1992/1201, YKD. 1993-1-115; 1.CD. T.01.10.1987, E.1987/2129, K.1987/3319, YKD. 1987-12-1822, (Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.177).

⁴ CGK 30.1.1984 E 1984/3-370 K 1984/43; 8. CD 8.4.2004 E 2001/16151 K 2002/4784, (Gedik, Doğan “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Sayı:3 Temmuz, 2004, s. 3).

⁵ Gedik, s. 3.

edilmesidir. Eğer mahkeme, eylemi sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani bir kanaate varamıyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirmiş bulunduğunu delillere dayanarak vicdani kanaati ile soyleyemiyorsa⁶, sanığın o fiili gerçekleştirmediği kabul edilir⁷. Hukukta bu duruma “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi (in dubio pro reo) denilmektedir. Mahkmiiyetin küçük veya büyük olasılığa değil, her türlü kuşkudan arınmış bir kesinliğe dayanması gerekmektedir⁸. “Ceza davalarında ispat demek hakimi bir vakianın varlığına inandırmak demektir⁹.” Aşikr vakiaların ispatlanmasına gerek duyulmamaktadır. Aşikr olay demek, herkesçe bilinen maruf olaylardır ve yalnızca yerel bir bölge açısından da bir olayın bilinmesi yeterlidir¹⁰.” Yani bir olayın bütün ülke veya dünya çapında bilinmesine gerek yoktur. Bu tür olgularda hakimın günlük yaşamındaki tecrübeleri ile bilebileceği olaylardır.

Olayın ispat edilen kısmı (fiilin subuta eren kesimi) konusunda eleştiri kararla ilgili fikir beyan eden, yargıda bulunan tüm mercilere yöneliktir. Merciler, kararlarına gerekçe oluşturan ve fikirlerine mesnet teşkil eden somut unsurları belirlemek yerine olayın kendileri açısından kabulünü farklı izah etmişlerdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu farklı kabullere rağmen hukuki meselenin fiilin nitelendirilmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir.

Yerel Mahkeme, Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu olayı, “sanığın bebeği beze sarıp evin yanındaki boş arsaya bıraktığı” şeklinde kabul etmişlerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavılığı ve Ceza Genel Kurulu Kararına karşı oy kullanan  ye ise; “sanığın bebeği beze sararak, akabinde poşet içerisine koyarak, nefes almasına imkan tanımayacak biçimde bir nebze boğulma

⁶ Ceza Genel Kurulu Kararında; “len bebeğin yapılan otopsisinde kafatasındaki hematom kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar, hiyoiddeki kırık şeklinde yapılan tespitler ile bebeğin bırakıldığı yere göre canlı olarak bırakılmış olması halinde ağlama seslerinin çevredekiler tarafından duyulması gerektiği ve bebeğin bir poşet içerisinde bulunması gibi hususlar maktul bebeğin sanık tarafından icrai hareketle kasten öldürüldüğü yolunda bir kanaat oluşturmaktadır”, şeklinde açıklama bulunmaktadır. Buradaki kanaati vicdani kanaat dışında anlamak mümkün değildir. Bu şekilde bir kanaate varıldığının bildirilmesi ancak aksi yönde karar verilmesi çelişki olarak görülmektedir.

⁷ Gedik, s. 5.

⁸ nver, Yener “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 2 Yıl: 2006, s. 121.

⁹ Roxin, Claus “İspat Hukukunun Esasları” (ev. Yener ÜNVER), İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, 2005, s. 265.

¹⁰ Roxin, İspat Hukuku, s. 268.

koşulları yaratılarak, insanların kolaylıkla uğrak yeri olmayan evler arasındaki boş arsaya çöplüğün yanına bıraktığını” kabul etmişlerdir.

Merciler arasında fiilin hukuki nitelemesi konusunda farklılıklar olması doğal bir durumdur. Ancak fiilin gerçekleşme şeklini kabul konusundaki farklılıkların anlaşılması zordur. Olayın nasıl kabul edilmesi gerektiği konusunda bir başka çelişki de, bebeğin sanık tarafından poşet içerisinde konulmuş olduğunu kabul etmeyen mercilerin, kararlarında bebeğin poşet içerisinde olması konusuna herhangi bir açıklık getirmemiş olmalarıdır. Sanığın, bebeği sadece beze sararak arsaya bıraktığı şeklindeki beyanına itibar edilmesi, bebeğin sanık dışında bir başka kişi ile de karşılaştığı kabulünü gerektirmektedir. Adli Tıp raporunda belirtilen kafada hematoma ve kırıklar, hiyoid kırığı hususlarının ölümden önce mi sonra mı oluşturulduğunun belirlenememesi karşısında bu delilin sanık aleyhine kullanılamayacağı kararına varan mercilerin, bebeğin vücudundaki bu izlerin nasıl oluşturulmuş olacağı konusunda herhangi bir izah getirmemiş olmalarıdır. Her iki konu bakımından olaya izah getirme konusunda soruşturma ve kovuşturma makamlarının bir araştırmalarının olmadığı merci kararlarından anlaşılmaktadır. Böyle bir araştırmanın yapılmamasının iki ayrı sonucu olmalıdır. Bunlardan biri, bebeğin doğumundan ölümüne kadar anne dışında başkasıyla karşılaşma olanağının olmaması¹¹, diğeri ise, bu konuda herhangi bir şüphe duyulmamış olması ya da makamların böyle bir şüpheye rağmen bunu giderecek gerekli araştırmaları yapmadan hüküm vermeleridir¹².

¹¹ Bu olasılık en makul, kabul edilebilir, olağan akışa uygun, sanık savunmasının büyük kısmı ile örtüşen özellikle tanık beyanıyla desteklenen bir durumdur. Maktülün henüz birkaç saatlik bebek olduğu gerçeği, olayın bu şekilde kabul edilmesinin ceza muhakemesi ispat ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır. Sanığın bebeği arsaya bırakmasından sonra bir başka kişinin, beze sarılı bebeği alarak, Adli Tıp raporunda belirtilen yaraları oluşturması ve poşete sararak aynı yere bırakması, mantık ile de çelişmektedir.

İspat, olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve gerçekleşmiş ise sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin şüpheliyi tamamen kaldırarak ortaya konulmasıdır. Bu olayda sanığın bebeği arsaya bırakması ile bebeğin ölüm anı arasında başka bir nedensel sürecin girmediği konusunda herkes hemfikir. Bu araya başka bir nedensel sürecin girdiği konusunda şüphe aramak ve bu şüpheden de sanığı yararlandırmak mümkün değildir. Böyle bir şüphenin varlığıyla hareket ederek sanığın fiilini, “bebeği beze sararak arsaya bırakmak” şeklinde kabul etmek soruşturma ve kovuşturma mercilerinin kendileriyle çelişmesidir. Çünkü böyle bir kabul durumunda şüpheli kalan kısmın araştırılması gerekirdi. Oysa ne soruşturma ne de kovuşturma makamları böyle bir şüpheye düşmemişler ve araştırma yoluna gitmemişlerdir. Olayı baştan sona okuyan bir makul kişi de böyle bir araştırmanın gerek olmadığı kanaatine varacaktır. Bu varsayım veya karine değildir, akla, bilime, olayın oluşuna ve tüm delillere göre olayın kabulünün bu şekilde olması gerektiğini ortaya koyan durumdur.

¹² Tanığın bebeğin cesedinin kokusunun duyduğu yerden veya daha yakınında yaşayan insanlar var ise o noktaya göre, bebeğin bırakıldığı noktadan sesinin duyulup duyulmayacağı konusu da araştırmaya değer bir veridir. Bu sayede gece soğuk ve açıklık nedeniyle ağlayacak olan

2. Garantörsel İhmali Suç Açısından

Ceza hukuku normları, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Sadece icrai bir hareketle ihlal edilebilecek olan ve belirli bir hareketin yapılmasının istenmediği yasaklayıcı normlarda, yasaklanan hareketin yapılması sonucunda bir hak ihlali gerçekleşmektedir¹³. Örneğin; TCK m. 81’de yer alan öldürmeyi yasaklayan norm bir kimsenin öldürülmesiyle ihlal edilmiş olacaktır. Emredici normlarda ise, belirli bir hareketin yapılması yasaklanmamakta, aksine belirli bir hareketin yapılması emredilmektedir. Bu emredici kurala uyulmaması başka bir ifadeyle yapılması emredilen hareketin yerine getirilmemesi sonucunda haksızlık meydana gelmekte yani kanunda tanımlanan suç, ihmali hareketle işlenmektedir¹⁴.

Emredici norma aykırı davranılmasıyla işlenen ihmali suçlar öğretide gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan veya görünüşte ihmali suçlar olarak iki kategoride değerlendirilmektedir. Gerçek ihmali suçlar; kişinin kanunda tanımlanan icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin de gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerçek olmayan veya görünüşte (ya da garantörsel) ihmali suçlar ise, neticenin önlenmesi bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan fail tarafından kanunda tanımlanan neticenin meydana gelmesinin engellenmemesi şeklinde işlenen suçlardır. Bu nedenle kanunda düzenlenen ve kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun ihmali bir hareketle de işlenmesine garantörsel ihmali suç, denilmektedir¹⁵.

Öğretide neticenin meydana gelmesinin engellenmesi yükümlülüğü “garantörlük” olarak adlandırılmaktadır. Kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu, başka bir anlatımla garanti yükümlülüğü altında bulunan davranışı gerçekleştirilmemesi nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu

bebeğin sesinin duyulup duyulmayacağı ve bebeğin oraya öldürüldükten sonra bırakılıp bırakılmadığı belirlenebilecektir. Bu, ancak olay yerinde ve olay saatinde uygulamalı keşif yapılması ile mümkün olabilecektir. Sabah ezanı saatinde ağlayan bir bebeğin sesinin arsanın yakınındaki ev sakinleri tarafından duyulması halinde, maktül bebeğin sesinin de duyulacağı belirlenip, arsaya sağ olarak bırakılıp bırakılmadığı sonucuna varılabilecektir.

¹³ Kayıhan İçel/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi (2), İstanbul, 2004, 3. Baskı, s. 62.

¹⁴ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 149.

¹⁵ Özgenç, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 219, 224; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 153.

tutulabilmesi için söz konusu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması zorunludur. TCK m. 83’te düzenlenen; “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” ile m. 88’de düzenlenen; “kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi” gerçek olmayan veya görünüşte ihmali suçlardandır¹⁶.

Bir davranışın ihmali mi yoksa icrai mi olduğunun belirlenmesi her zaman kolay olmayan bir konudur. İhmali ve icrai suçların unsurları ve bunlara bağlanan yaptırımların farklılığı nedeniyle bu ayırım önem kazanmaktadır. İcrai ve ihmali davranış ayırımı konusunda “doğal bakış açısı” ve “normatif bakış açısı” olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Doğal bakış açısı görüşü; vücut hareketi ölçütü, enerji kullanımı ölçütü, nedensellik ölçütü, karma (nedensellik ve enerji kullanımı) ölçütü olarak ayrılmaktadır¹⁷.

Vücut hareketi ölçütüne göre; vücudun yapma şeklinde bir aktif davranışta bulunması halinde icrai suçlar oluştururken, ihmali suçlar herhangi bir davranış yapmayarak işlenen suçlardır. İhmali ile icrai davranış ayırımı dış dünyada olmaktadır¹⁸. Enerji kullanma ölçütü, vücut hareketi ölçütünün adını değiştirerek izah etmeye çalışmakta esasen vücut hareketi ölçütüne dayanmaktadır. Nedensellik ölçütüne göre, icrai hareket dış dünyada değişikliğe neden olurken, ihmali davranış ise dış dünyada hiçbir şeyi değiştirmemektedir. Başka bir ifadeyle icrai hareket nedensel süreci başlatıp yönlendirmekte, ihmali davranış ise esasen yürüyen nedensel sürece herhangi bir etkide bulunmamakta, nedensel süreç karşısında belli bir hareket yapılmamaktadır. Hareket olmayınca netice meydana gelmiyorsa hareket icraidir. Hareket mevcut olunca netice meydana gelmiyorsa ihmali bir hareket söz konusudur. Karma teori ise vücut hareketi (enerji kullanma) ölçütü ile nedensellik ölçütünü birlikte kullanmaktadır¹⁹.

Normatif teoriler, icrayı aktif bir eylem, ihmali ise bir değer yargısı nedeniyle ortaya çıkan şey olarak kabul etmektedir. İcrai suçlar doğal olarak belirlenirken, ihmali suçların belirlenmesi için mutlaka normatif bir

¹⁶ Koca/Üzülmöz, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 372; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 154..

¹⁷ Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 70.

¹⁸ Hakeri, İhmal Kavramı, s. 71.

¹⁹ Keyman, Selahattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHF, 4-1-4, 1988, s. 122-173

değerlendirmeye ihtiyaç vardır²⁰. İhmali suçun belirlenmesi açısından iki unsur gereklidir. Birinci unsur, doğacı açıdan baktığımızda yapmama (hareketsizlik) biçiminde tezahür eden bir davranıştır. İkinci unsur da, herhangi bir alana (din, ahlâk, bilim vb.) ait bir normdur ve bu norma dayanarak, süjenin belli bir hareketi yapması istenir²¹. İhmal, pasif olarak yapmama değil, belli bir hareketi (normun emrettiğini) yapmamaktır²². Sosyal mana ölçütü, icrai-ihmalî davranışı dış görünüşüne göre ayırmanın yerine, davranışın yerine getirmek durumunda olduğu sosyal amaca göre belirlenmesi gerektiğini savunur. Annenin hareketine sosyal mana veren an, annenin çocuğuna bir zarar gelmesini engellemediği andır. Ağırlık noktası görüşüne göre, buradaki mesele, davranışın dış görünüşü değil, hukuksal değerlendirme problemidir. Bu değerlendirme, hukuksal ithamın nereye yöneldiği ile ilgilidir. İtham edilebilirliğin ağırlık noktası hangi davranışa yönelmiş ise o davranış belirleyici olacaktır²³.

Davranışın iki anlamı ve iki yönünün bulunması halinde icrai davranış olarak kabulüne öncelik verilmesi gerektiği görüşü mevcuttur. İhmali suç için verilecek cezanın icrai suça nazaran daha hafif olması dikkate alınarak tam tersi görüş de savunulmaktadır. Çünkü böyle bir durumda sanık lehine yorum ilkesinin uygulanması gerekir²⁴. Kanaatimizce ihmalî ve icrai ayırımının ciddi problemler olduğu durumlarda; nedensel süreç, aktif faaliyet, vücut hareketi, sosyal mana, davranışın ağırlık noktası ölçütlerinin birden fazlasının uygulanması ve bunlara göre davranışın niteliğinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

Konuya salt hukuki açıdan bakıldığında, ihmalin, normun emrettiği olumlu hareketin yapılmaması olduğu gözlenir. Normativist teori, sadece normatif unsura önem vermiş, ihmalin doğacı bir gerçekliği bulunmadığı, münhasıran normativist olduğu sonucuna varmıştır. Bu itibarla ihmal, “bir dış gözlemcinin (yargıç) yargısına göre, süjenin, herhangi türden bir norm dolayısıyla kendinden beklenenden farklı olumlu veya olumsuz iradi davranışdır”. Normativist teori, şu gözlemden hareket ederek bu tanıma ulaşmaktadır: İhmal, doğacı anlamda bir hareketsizlik veya yapmama

²⁰ İçel vd. s. 135; Hakeri, İhmal Kavramı, s. 71.

²¹ Keyman, s. 138.

²² Koca/Üzülmez, s. 377; Özgenç, s. 224.

²³ Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Ankara, 2011, s. 262.

²⁴ Hakeri, İhmal Kavramı, s. 90.

ibaret değildir. Hastasına gerekli ilâcı vermeyip de kitap okuyan hemşire, bir şeyi ihmal etmektedir. Yani doğacı anlamda bir icrai hareketin bulunmasına rağmen, hukuki açıdan bir ihmal söz konusudur; zira hemşire, hukuken, zamanında gerekli ilâcı vermek zorundadır. Bu nedenle, hareketsiz kalsa da kitap okusa da bir şey değişmez, her iki halde de ihmal vardır. Bunun gibi, hiç bir şey yapmamak, hareketsiz kalmak da, tek başına, ihmal sayılmaz. Yapmamanın (hareketsizlik) ihmal sayılması, olumlu hareket emri içeren bir norma aykırı olmasına bağlıdır. Sonuç itibariyle, norm ile ilişki içinde bulunmayan bir yapmamanın (hareketsizlik) anlamı veya önemi yoktur. Zira doğal ve toplumsal gerçeklikte, nesnel açıdan ihmal diye nitelenebilecek bir davranış türü yoktur. Bir davranışa ihmal damgasını vuran özellik, bununla, süjeden normatif olarak beklenen hareket arasında bir çatışma olmasıdır²⁵.

Roxin, ihmal ve icrai davranış ayırımı yapılıması konusundaki teorileri kısaca açıkladıktan sonra çelişkili durumlarda icrai davranış olarak kabulüne yakın olunması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bunun için failin aktif bir enerji sarfının o netice açısından mutlak nedensel olduğunun kabul edilmesi ve failin kastının da buna yönelik olması icap eder²⁶. *Brammsen* bu görüşü daha açık bir ifade ile formüle etmektedir. Buna göre; “*Failin bir enerji sarfi ile davranışta bulunmasını aktif (icrai) bir davranış saymak için neticenin gerçekleşmesine yönelik süreci başlatması, devam ettirmesi veya hızlandırması gerekli ve yeterlidir. Bu sonuca ulaşmak için somut olayda gerçekte veya failin düşüncesine göre davranışın, korunan değere saldırı olarak kabule uygun olması gerekir*”²⁷.

İcrai davranışın nedensellik bağına etkisinin önemsiz olduğu durumları ayırmak gereklidir. Burada icrai bir davranış olduğu halde esasen bu icrai davranış ihmalî davranışın öncesini oluşturmakta fakat neticeye etki etmemektedir. Örneğin, bir annenin üç yaşındaki çocuğunu evde yalnız bırakması ve ateşle oynayan çocuğun evde yangın çıkarması ve ölmesi durumunda annenin evi terk etmesi icrai (aktif) bir davranış olduğu halde ölüm neticesi bakımından burada önemli olan ihmalî davranıştır²⁸.

²⁵ Keyman, s. 158.

²⁶ Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck Verlag München, 2003, Rn. 78, s. 654.

²⁷ Brammsen, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, s. 193.

²⁸ BHG NStZ, 1999, 607; Bu olayda Alman Yerel Mahkemesi burada icrai bir davranış ile öldürmeye hükmetmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi burada failin davranışının ağırlık noktasının evi terk etmesi olmadığını bu davranışın esasen sonuç açısından önemsiz olduğunu, annenin, çocuğun yangın çıkarmasını engelleyecek diğer tedbirleri almış olması

Somut olayı incelemeyen önce, öldürmeye elverişli davranışlardan da bahsetmek yerinde olacaktır. Kasten öldürme suçu ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli her türlü araç yardımıyla işlenebilir²⁹. Suçta kullanılan araç önemli değildir, ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli her türlü araç ile bu suç işlenebilir³⁰. Kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunda ise ortaya şu şekilde bir sonuç çıkmaktadır; failin sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik davranışlardan herhangi birini yapmaması şeklinde bu suçu işleyebilir.

Somut olayda sanığın yeni doğan bebeği beze sararak boş arsaya bıraktığını kabul ettiğimizde dahi; sanığın vücut hareketi, nedensellik bağına katkısı, sanığın davranışının ağırlık noktası veya sosyal önemi göz önüne alındığında olayda icra hareketinin bulunduğu kabulü gerekir. Çünkü sanık, neticenin gerçekleşmesine yönelik süreci başlatmış, devam etmesini sağlamış ve en önemlisi neticeyi hızlandırmıştır. Bu sonuca ulaşmak için somut olayda gerçekte veya failin düşüncesine göre davranışın, korunan değere saldırı olarak kabule uygun olması yeterlidir ve olayda bu gerçekleşmiştir. Böyle bir durumda ihmali davranışın, icra hareketinin arkasına çekildiği (önemsiz kaldığı) sonucuna varılmalıdır ve davranış icrai kabul edilmelidir. İcra hareketinin bulunmasına rağmen, tamamen normatif bir bakış açısıyla ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketin ağırlık noktasını ihmali davranışın oluşturduğu bazı istisnai durumlarda suçun ihmali hareketle işlendiği kabul edilmektedir³¹. Ancak olayımızda normatif açıdan da düşünüldüğünde icrai hareket, ihmali hareketin gerisinde kalmamaktadır. Her ne kadar adli tıp raporunda ölüm nedeninin cesetteki çürüme nedeniyle belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmişse de, birkaç dakikadır hayatta olan bebeğin en azından belli bir sıcak ortamda tutulması gereği ve bu ortamdan uzaklaştırılarak boş arsaya bırakılması icrai davranışın ihmalden daha ön plana çıktığı sonucunu göstermektedir. Sanık, sadece nedensel sürece engel olmaktan öte, birkaç dakikadır hayatta olan bir bebeği boş arsaya bırakarak neticenin meydana

halinde evi terk etmesinin önemsiz ve tehlikesiz bir davranış olacağını belirtmiştir”, (Roxin, Strafrecht, s. 657).

²⁹ Özbek V. Özer/Kanbur, M. Nihat/ Doğan Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 107.

³⁰ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 133.

³¹ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erleuterungen, München 2001, & 13 Rn.3.

gelmesi sürecini bizzat başlatmıştır³². Bu nedenle sanığın bebeği sadece beze sararak boş arsaya bırakması ve ölüm neticesini oluşturması icrai bir davranış sayılmalı ve sanık hakkında TCK m. 82/1, d-e uygulanmalıydı.

3. Olası Kast Açısından

Olası kast, failin tipikliğin maddi unsurlarının tamamını bilmesine ve neticeyi muhtemel görmesine rağmen fiili gerçekleştirmesi durumudur. Fail, neticenin gerçekleşmesini bir olasılık olarak görmekte ve bunu kabullenerek fiili gerçekleştirmektedir³³. Sanığın, bebeği beze sararak boş arsaya bırakması ve savunmasında belirttiği gibi başka bir kimsenin bebeği görerek korumaya alacağı şeklindeki bir düşünce tek başına failin olası kastla hareket ettiğini göstermez. . Olası kasttan bahsedebilmek için failin failinin neticeyi meydana getirmesinin muhtemel olması ve failin bu olasılığı göze alarak neticeyi kabullenmesi gerekir. Somut olay açısından düşünüldüğünde bebeğin ölümünü sadece bir olasılığa bağlayacak olan fiil, onu kimsenin uğrak yeri olmayan boş arsaya değil, seyrek de olsa kullanılan bir yolun kenarına bırakmaktır. Böyle bir durumda TCK m. 97’de düzenlenmiş olan terk suçunun oluşması söz konusu olabilecektir. Başkaları tarafından alınması kesin olan bir yere bırakma ve buna rağmen bebeğin kimse tarafından görülmemesi ve ölmesi halinde terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ortaya çıkacaktır. Bu netice bakımından failin en az taksirle hareket ettiğinin kabulü halinde (olayda bu mevcuttur) meydana gelen ölüm neticesinden (terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali) fail sorumlu olacaktır. Sanığın bebeği bıraktığı 2.5.2009 tarihinde o bölgedeki güneşin doğma saatindeki hava sıcaklığı da beze sarılı yeni doğmuş (birkaç dakikadır hayatta) olan bebeğin yaşama şansını muhtemel düzeyde tutmaya yetmeyecektir, ölüm neticesinin meydana gelmesini muhakkak olarak kabul etmek icap eder. Çünkü sanık, yeni doğmuş bir bebeği kimsenin kolaylıkla gelip geçmeyeceği bir yere hem de fazlaca korunaklı olmayacak bir şekilde terketmiştir ve bebeğin ölümünü muhakkak olarak görmek suretiyle bu davranışta bulunmuştur. Sanığın sorumluluğu bebeği doğrudan kast ile öldürme suçundan olmalıdır.

³² Hakeri, “neticenin meydana gelmesini önlemek yerine neticenin meydana gelmesini sağlamak bir icra hareketidir”, şeklinde ifade etmektedir, (Hakeri, İhmal Kavramı, s. 156).

³³ Koca/Üzülmez, s. 163. Özgenç’e göre, kastın bilmek ve istemek gibi iki unsuru değil, sadece bilmek unsuru vardır. Failin bildiği neticeyi istemediğinden bahsetmek çelişki oluşturmaktadır. Böyle bir ayırım kastın, kusurluluk şekli olarak kabulünün bir sonucudur, (Özgenç, s. 239).

4. Töre Saiki Açısından

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (m.82/1-k) töre saikiyle insan öldürmek, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir³⁴. Kasten gerçekleştirilmiş bir öldürme fiilinin töre saikiyle işlenip işlenmediğinin tespiti ise, birtakım unsurların bir arada bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının ne olduğu konusunda gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında kesin bir fikir birliği yoktur. Bununla birlikte töre saikiyle insan öldürme suçundan bahsedebilmek için genel olarak şu unsurların varlığı aranmaktadır³⁵: a) fail, mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır, b) fail, suçu töre saikiyle ve görev bilinciyle işlemelidir, c) mağdurun eylemi hukuka, geleneksel davranış kalıplarına uygun olmasa bile fail açısından bir haksızlık teşkil etmemelidir, d) mağdurun geniş anlamda failin ailesi, aşireti veya mensubu olduğu grupta ilişkisinin bulunması gerekmektedir.

Töre cinayetleri daha çok aşiretlerin varlığını sürdürdüğü yerlerde görülmektedir. Aşiret üyelerinin bir araya gelerek verdiği karara "*aile meclisi kararı*" denir ve aile meclisi kararının suçun unsuru olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Doktrinde bazı yazarlar aile meclisi kararını suçun esaslı unsuru olarak görürken³⁶; bir kısım yazarlar ise, aile meclisi kararının suçun unsuru olduğunu kabul etmemekle beraber töre saikiyle öldürme suçunun genellikle bir şekli olduğuna işaret etmekte ve aile meclisi kararının suçun ayırt edici özelliği olabileceğini savunmaktadır³⁷. Aile meclisi kararını suçun unsuru olarak görmeyen görüşe göre³⁸, sanığın, eylemi töre saikiyle gerçekleştirdiğinin tespiti temel ve yeterli koşuldur³⁹.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Avci, Mustafa, Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:9, Sayı:22, Erzurum, Kış 2005, s.1-26.

³⁵ Otacı, Cengiz; Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçu, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran, 2009, s.34-36; Topaloğlu, Mahir; Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.1, s.137. Ercan, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler, İstanbul, 2009, s.273.

³⁶ Hakeri, bu görüşü savunmaktadır (Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.247) benzer görüşte bkz. İskender, Salih Zeki; Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.98; Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.53.

³⁷ Tezcan vd., s.169; Topaloğlu, s.139, Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ank.2005, s.107.

³⁸ Topaloğlu, s.139.

³⁹ İskender, s.98.

Suçun ortaya çıkabilmesi ancak töre saikinın varlığıyla mümkün olduğundan bu suç özel kastla işlenebilen bir suçtur⁴⁰. Saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan duygu, düşüncedir⁴¹. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir⁴². Saik, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten dürtüdür, iç etkindir⁴³. Anılan hükmün somut olaya uygulanabilmesi için töre saikinın varlığı zorunludur. Zira suçun kanuni tanımında saik, suçun bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁴⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararına konu somut olay, verilen teorik bilgiler ışığında değerlendirildiğinde; yeni doğan bebeğin öldürülmesi olayının töre saikiyle insan öldürme çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Zira dava dosyasında failin (annenin), töre saikiyle ve görev bilinciyle hareket ettiğine dair herhangi bir veri veya açıklama bulunmamaktadır. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere töre saikiyle insan öldürme suçu, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Bu suçun meydana gelebilmesi için töre saikinın varlığı zorunludur.

Yargıtay bu konuda değişik kararlar vermiştir⁴⁵. Yargıtay CGK 11.5.2010 tarih ve 1-56/111 sayılı kararında töre saikinın namus saikini de kapsayan bir üst kavram olduğunu namus saikiyle işlenen bir kısım kasten insan öldürme suçlarının da TCK m.82/1-k maddesi kapsamında cezalandırılmasını gerektiğini belirtmişti. Ancak Yargıtay CGK 14.6.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararında töre saiki ile namus saikinın özdeşleştirilmesinin yasa maddesinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanması anlamına geleceği ve TCK m. 2/3 uyarınca buna imkan olmadığını belirtmiştir⁴⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın zikrettiğimiz son kararı yerindedir⁴⁷.

⁴⁰ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006, s.394; Akbaba, Zeynep Burcu; Töre, Namus ve Töre Saikiyle Adam Öldürme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.75, s.342.

⁴¹ Özgenç, s.274.

⁴² İskender, s.111.

⁴³ Koca/Üzülmez, s.225.

⁴⁴ Akbaba, s.342.

⁴⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.06.2008 tarih ve 586/5044 sayılı ilamı ile onaylı kararında aile meclisi kararını suçun unsuru olarak kabul edip benimsemişti fakat 03.03.2009 tarih ve 6048/1039 sayılı kararında aile meclisi kararı olmaksızın da işlenen suçun töre saikiyle insan öldürme suçu oluşturduğunu kabul ederek dolaylı da olsa aile meclisi kararının suçun zorunlu unsuru olmadığı kanaatine varmıştır (İskender, s.100-101).

⁴⁶ Karar metinleri için bkz. Gökçen Ahmet/Balcı Murat, Kasten Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.231

⁴⁷ 765 sayılı TCK döneminde; “öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile “sekiz yıldan oniki yıla kadar” hapis cezası verilir, şeklinde 453. Maddeyi içermekteydi. Somut olaya bu hükmün uygulanması

Somut olayda failin yaşadığı sosyal çevrede ne aşiret tipi bir yaşam tarzı görülmekte ne de bir aile meclisi kararından söz edilmektedir. Diğer taraftan töre saikiyle insan öldürmeden söz edebilmek için fail, mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır. Töre saikiyle işlenen cinayetlerde faile göre mağdur, kimi zaman ahlaki kurallara aykırı hareket ederek kimi zaman da ailenin namus ve şerefine lekeleyecek bir fiilde bulunarak töre bağlamında bir suça vücut vermiş olur⁴⁸. Somut olayda fail mağdurun töreye aykırı hareket ettiği düşüncesiyle hareket etmiş olduğuna dair en ufak bir bilgi yoktur. Kaldı ki birkaç günlük bir bebeğin töreye aykırılık teşkil edecek bir fiili icra edebilecek fizik gücünün ve algılama yeteneğinin olmadığı da aşikârdır. Şayet kızın ailesi gayri meşru doğan çocuktan dolayı töreye aykırı hareket edildiği, namuslarının kirletildiği düşüncesiyle kızı veya bebeği öldürmüş olsalardı belki o zaman töre saikiyle insan öldürme mevzu bahis olabilirdi.

Sonuç olarak, kanaatimizce, yapılan teorik izahlar ve somut olayla ilgili verilen bilgiler birlikte değerlendirildiğinde, karara konu olayda geçen bebeğin öldürülmesi olayında kasten öldürmenin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturan töre saikiyle insan öldürmeye ilişkin hükmün (m.82/1-k) uygulanması mümkün değildir.

5. Sanığın Kusurluluğu Açısından

Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle kınanması konusundaki yargıdır. Kusur, tamamen fail hakkında yapılan bir yargıdan ibaret olmasına rağmen, failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan bağımsız olarak kusur yargısında bulunulamaz, başka bir ifadeyle fail hakkında bulunulan kusur yargısı failin somut olayda gerçekleştirdiği fiile dayanmaktadır⁴⁹.

TCK'da bulunan kusurluluğu etkileyen nedenler; amirin hukuka aykırı emrini ifa (TCK m. 24/4), meşru savunmada sınırın korku, heyecan veya telaş ile aşılması (TCK m. 27/2), cebir şiddet, korkutma ve tehdit (TCK m. 28), haksız tahrik (TCK m. 29), kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında

söz konusu olabilecekti ve bu durumda yukarıda izah edilen şekilde olayda töre saikinin bulunup bulunmadığı şeklinde bir araştırmaya girmeye gerek kalmayacaktı. Ancak bu halde dahi sanığın (annenin) saikinin "namus kurtarma" olduğunun belirlenmesi gerekir.

⁴⁸ Kaya, Köroğlu; Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:15, 2014, s.5 ve 22.

⁴⁹ Özgenç, s. 366.

hata (TCK m. 30/3), yasak hatası (haksızlık yanılması, TCK m. 30/4), yaş küçüklüğü (TCK m. 31), akıl hastalığı (TCK m. 32), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu etkisinde olma (TCK m. 34) olarak sayılabilir.

Somut olayda sanığın doğum sonrası (lohusa) olmasının kusurluluğuna etkisi araştırılmaldır. TCK m. 34/1’de, “Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez”, hükmü yer almıştır. Lohusa dönemindeki kadının suç işlemesi durumunda bunun TCK m. 34 anlamında kusurluluğu etkileyen geçici nedenler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. TCK m. 34’ün gerekçesinde de doğum sonrası kadının psikolojik durumunun bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁵⁰. Ancak uygulamada savcılığın, mahkemenin ya da Yargıtay’ın bu konuyu araştırma yoluna gittikleri pek görülen bir durum değildir. Oysa doğum sonrası depresyon annenin ve dolaylı olarak çocuğun sağlığını etkileyen önemli problemlerden biridir⁵¹.

Normal aile içi doğumlarda dahi kadının doğum sonrasında psikolojik depresyona girme oranının yüksek olduğu düşünüldüğünde, gayri meşru ilişkisi sonucu meydana gelen hamileliği neticesinde doğumu tek başına gerçekleştiren ve bebeğin babasına ulaşamayan kadının psikolojik durumunun etkilenmesi ve

⁵⁰ “Kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırmaktadır”, TCK m. 34 Gerekçesinden, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, E. T. 11.2.2014).

⁵¹ Hamilelik ve doğum normal sağlıklı kadınlar için bile yorucu bir süreç olduğundan, kadınların lohusalık döneminde psikolojik sorun yaşama riski daha da yükselmektedir. Annede; aşırı yorgunluk, uykusuzluk, bedensel şikayetler, ağlamalar, iştahsızlık ya da aşırı yemek yeme, umutsuzluk, aktivitelerden zevk alamama, suçluluk duyguları ortaya çıkar. Daha ağır durumlarda ise; **kendini suçlama**, ölüm düşünceleri veya girişimleri olabilir. Bu durum **bebek ile ilişkiyi aksatır**. Hatta ağır durumlarda **bebeğe zarar verme** düşünceleri veya davranışları da olabilir.

Doğum sonrası depresyonun nedenleri tam olarak bilinmemekle birlikte; annenin aile içinde yaşadığı **ekonomik zorluklar, sosyal desteğin yetersiz olması, eşle ilgili sorunlar yaşanması, planlanmamış gebelikler, bebeğin bakımı ile ilgili duyulan kaygılar** etkili olmaktadır. Bu belirtilerden bir ya da daha fazla risk etkeni olan kadınların doğumdan sonraki 1 ya da 2. ayda; doğum sonrası depresyon açısından değerlendirilmesi önemlidir. Doğum sonrası depresyon sık görülmesine karşın, çoğu kez tanı konulamamaktadır. Bu durumun başlıca nedenleri **kadının olumsuz duyguları nedeniyle kendini suçlu hissetmesi ya da utanması, sosyal çevre tarafından eleştirilme korkusu** olabilir, (<http://www.psikoloji.com.tr/psikolojik-sorunlar/depresyon/lohusalik-doneminde-depresyona-dikkat-3247.html> E. T. 10.2.2014).

bunun davranışlarını yönlendirme yeteneğini zayıflatması yüksek olasılıktır. Bu nedenle somut olayda lohusa döneminde suç işleyen sanığın psikolojik olarak durumunun incelenmesi ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin rapor ile belirlenmesi gerekir. Bu raporda sanığın, fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğunun belirlenmesi durumunda, TCK m. 34 hükmünün uygulanması ve sanık hakkında kusurluluğunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı⁵² (CMK m. 223/3-a) kararının verilmesi gerekir.

6. Cezanın Belirlenmesi Açısından

Sanığın davranışının icrai olduğunun kabulü halinde cezanın belirlenmesi bakımından bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Ceza Genel Kurulu'nun davranışı ihmali olarak kabul etmesi halinde bu karara yapılacak en önemli eleştiri, cezanın belirlenmesi bakımından özensiz davranılmış olmasıdır. Mercilerin eylemin icrai veya ihmali davranış olarak kabul edilmesi konusundaki tartışmaları esasen her bir merciiin sanığa verilecek cezaya yönelik itirazlarına dayanmaktadır. Cezanın belirlenmesi konusunda kriterleri kullanarak takdir yetkisini yerinde kullanmak yerine suçun unsuru veya nitelikli halleriyle uğraşma ya da olayın kabulünü (sübuta eren-ispatlanmış kısmını) farklı algılama alışkanlığı ceza hukuku uygulamacılarının büyük bir kısmında mevcuttur⁵³. Kararın alınması sürecinde herhangi bir mercii

⁵² TCK m. 34'te "geçici nedenlerden dolayı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez", şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kusurluluğu etkileyen geçici nedenlerin failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini "önemli derecede olmamakla birlikte" azaltmış olması hali kanunda düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilerek cezada indirim yapılması mümkün değildir. Uygulamada geçici nedenler konusuna uzak durulmasının bir nedeni bu maddenin sadece kusurluluğu kaldıran neden olarak düzenlenmiş olmasıdır. Kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran neden olarak (her iki durumu da kapsar şekilde) düzenlenmiş olması halinde bu maddenin uygulanma sıklığının artacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 34'te düzenlenmiş olan geçici nedenlerin olayda bulunması halinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak böyle bir durumda sanık hakkında güvenlik tedbirlerinin de uygulanması gerekecektir. TCK m. 53-60 arasında düzenlenmiş olan güvenlik tedbirleri arasında geçici nedenlerle hakkında ceza tertip edilemeyecek kişilere yönelik güvenlik tedbiri bulunmamaktadır.

⁵³ "Cezanın belirlenmesi konusunda uygulamada dikkat çekici bir nokta hâkimlerin suçun sübutu ile ilgili olarak gösterdikleri gayret ve dikkati cezayı tespit aşamasında göz ardı etmeleridir. Suçun sübutu konusunda mantık, vicdan ve hukuk arasında üçlü saç ayağını dengeleyen hâkimin, cezanın belirlenmesi sırasında terazisini daha hassas bir ayara getirmesi gerekir", (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 362).

cezanın belirlenmesi konusuna temas etmemiştir. Cezanın belirlenmesi konusunda karar merciinin iki ayrı sorunu ele alması gerekirdi; bunlardan biri sanık hakkında TCK m. 83/3'te belirtilen ihmali suç nedeniyle indirim uygulanmasının gerekip gerekmediğidir⁵⁴. Ele alınması gereken diğer mesele, ihmal nedeniyle bir indirim yapılmasına karar verildiğinde, bu kez alt ve üst sınırı belirlenen (basamaklı⁵⁵) bir ceza aralığı söz konusu olduğundan, cezanın alt sınırdan mı yoksa alt sınırdan uzaklaşarak (teşdiden) mı verilmesi gerektiğidir⁵⁶.

Suç işlediği sübute ermiş olan sanığa verilecek cezanın tespiti, bir süreci gerektirir. Alt ve üst sınırları gösterilen bir ceza ise temel ceza bulunur, suçun nitelikli halleri uygulanır. Somut olayın koşulları gerektiriyorsa, diğer artırım ve indirim nedenleri kullanılır, hâkim takdiri indirim nedenini uygulayabilir, cezaların hesabı yapılır⁵⁷. Temel cezayı tespit edecek olan hâkimin elinde TCK 61/1. maddesinde yedi bent halinde tahdidini olarak sayılmış olan kriterler mevcuttur. Hâkim her somut olayda bunları değerlendirerek, ilkelere bağlı kalarak, cezanın belirlenmesi yasak ve mecburiyetlerine uyarak temel cezayı tayin edecektir⁵⁸.

Somut olay bakımından cezanın belirlenmesinde kullanılacak kriter TCK m. 61/1-a'da belirtilmiş olan “suçun işleniş biçimidir”. Her suçun işleniş biçimi diğerlerinden farklı olduğundan, olaya uygun ceza belirlenmesi ve böylece cezanın belirlenmesinde hâkime olanak veren en önemli kriter suçun işleniş biçimi kriteridir. Suçun işleniş biçimi, fiilde gösterilen iradenin realize edilmesiyle ilgili olması, eylemin toplum düzeni açısından tehlikeyi göstermesi bakımından önemli bir unsurdur⁵⁹. Suçun işleniş biçiminden; suçun işlenişinde

⁵⁴ TCK m. 83/3'te “cezada indirim de yapılmayabilir”, düzenlemesi yer almaktadır.

⁵⁵ Basamak ceza, alt ve üst sınırlara göre cezaların belirlendiği, örneğin; TCK m. 83/3'te “ağırlaştırılmış müebbet hapis yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezası” gibi durumları ifade eder, (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 163).

⁵⁶ Sanık hakkında takdiri indirim nedeninin (TCK m. 62) uygulanmış olması konusu, sanığın geçmişi, cezanın sanığın geleceği üzerindeki etkisi, sanığın yargılama sürecindeki davranışları konusunda bilgi bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışında bırakılmıştır.

⁵⁷ İçel vd. s. 151.

⁵⁸ Basamaklı ceza sisteminde temel cezanın belirlenmesi herhangi bir kritere bağlanmadan, tümüyle hâkimin serbest takdirine bırakılırsa, uygulamada birlik ve Yargıtay denetimine olanak sağlanamayacağı gibi, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi, böylece hak ve adalet duygularının zedelenmesi olanağı yaratılmış olur. Bu nedenle kanun koyucu iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesini ölçüsüz bir şekilde hâkimin takdirine bırakmamış, bazı kriterler getirmiştir, (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 163).

⁵⁹ Koca/Üzülmez, s. 563; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 569; İçel vd. s.149;

kanuni tipe uygun hareketleri aşacak şekilde fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren, sonucun daha vahim olmasına neden olan konular anlaşılır. Suçun işlenmesi sırasında failin davranışı, onun kişilik yapısını gösteren bir araz olabilir. Sanığın karakteri bu şekilde ortaya çıkmakta ve eylemin toplum düzeni açısından yarattığı tehlikenin boyutu bu şekilde belirmektedir⁶⁰.

Bir suç tipinde yer alan ve cezanın artırılmasını gerektiren nedenlerin birçoğunun aynı olayda bir arada bulunması veya suçun oluşması için aranan seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi, “suçun işleniş biçimi” kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak konular arasında gösterilebilir⁶¹. Fiilin işlenme şeklinden anlaşılması gereken, **nerede, ne zaman, nasıl, hangi araçlarla** suç işleme planını fiiliyata geçirdiği, yalnız mı yoksa birden fazla kişiyle mi işlediği, **icrai davranışla mı ihmalle mi suçu işlediği** konuları, cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Kanun, bütün bu nedenlerin eylemin şekli içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, ancak çifte değerlendirme yasağının da ihlal edilmemesini belirtmiştir⁶². Failin, **gaddarca hareket edip etmediği**, amacına ulaşmak için çabalaması, **mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliğinden yararlanması**, fırsatları değerlendirmesi cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Kasten yaralamada aşırı vurdumduymazlık⁶³, **öldürmede duygusuzluk**⁶⁴, basit hırsızlıkta şiddet, trafik kazasında süratin ne kadar olduğu⁶⁵, **öldürmede acı çektirme (gaddarlık)** hallerinin mağdur tarafından hissedilmese bile cezanın artırılmasına etkili olup olmayacağı sorusuna, Federal Mahkeme, olumlu cevap vermiştir⁶⁶.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011, s. 615.

⁶⁰ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C.II-III, Beta Yayınları, İstanbul 1992, s. 558.

⁶¹ Yağma suçunun 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (c), (f), (g) ve (h) bentlerine aykırı biçimde, birden fazla kişi tarafından birlikte, geceleyin, var olan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak, suç örgütüne yarar sağlamak amacıyla işlendiği, bu nedenle aynı Kanununun 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, bunların değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi... yasaya aykırıdır”, (6. CD 7.7.2006 t. 2006/623 E. 2006/7370 K.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 880).

⁶² Bruns, Hans Jurgen, *Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis*, (2. neubearb. und erw. Aufl.), Heymans Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1985, s. 175.

⁶³ RG, DR 1943, 737; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 179.

⁶⁴ RG 67, 280; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 179.

⁶⁵ BGH VRS 12, 46; Bruns, s. 176.

⁶⁶ BGH MDR 1968, 895; Bruns, s. 176.

İcrai bir eylem mi, yoksa ihmali bir davranışla mı suçun işlendiği, önemlidir. Ancak Alman Ceza Kanunu m. 13/2’de maddede belirtilen şartlar mevcutsa, ihmali davranış icrai davranışa eşit sayılmaktadır. İhmali davranış ile icrai davranış açısından yine de bir fark ortaya konularak, ihmali davranışın daha az ceza ile karşılanacağı belirtilmektedir. İhmali bir davranışın, her zaman daha az ceza ile karşılanmayacağı da savunulabilir, örneğin; bir annenin çocuğunu emzirmeyerek öldürmesi gibi. Çünkü bu durumda eylem planlı olarak gerçekleştirilmektedir⁶⁷. Suçun işleniş biçimi açısından vahamet olarak değerlendirilebilecek konuların saptanmaması durumunda, cezanın teşdiden uygulanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde, hâkimin, takdirinde zaafiyete düşmesi söz konusu olacaktır. Bu sonuç, “aynı şartlarda işlenen suçlara aynı ceza verilir” şeklindeki ceza adaleti ve eşitliği sağlayan hukuk ilkesine ters düşer. Bu itibarla, suçun işleniş biçimi nedeniyle temel ceza belirlenirken, objektif ve sübjektif ölçülerle eylemin benzerlerinden ayrıldığı noktaları açıklamak, gerekçeler ortaya koyarak cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gitmek gerekir⁶⁸.

Somut olayda sanığın eyleminin icrai davranış olarak kabul edilerek, TCK m. 82/1,d-e gereğince cezalandırılmasına karar vermesi gerektiğini belirtilmişti. Sanığın eyleminin ihmali davranış olarak kabul edilmesi durumunda dahi cezasında ihmali davranış indiriminin yapılmaması gerekir. Şöyle ki; TCK m. 83/3’te “... cezada indirim de yapılmayabilir”, hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme yer verilmesi madde gerekçesinde “kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, suçun icrai davranışla işlenmesine nazaran temel cezada indirim yapılmasına ilişkin olarak mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır⁶⁹”, şeklinde açıklanmıştır. Şüphesiz takdir yetkisi keyfilik olmadığı gibi Anayasa m.141, CMK m.34 ve 230 hükümlerine göre hakimin kararına gerekçe göstermesi gereklidir.

Somut olayda sanığın fiilinin ihmali olarak kabul edilmesi garantör sayılması ve ihmali davranışının icraya eşdeğer sayılmasına dayanmaktadır. Serbest hareketli suçlarda, neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayılması bakımından yeterlidir. Bunun dışında ilave bir şarta gerek yoktur⁷⁰. İcrai davranışa her anlamda

⁶⁷ Bruns, s. 175; Roxin, Strafrecht, s. 200.

⁶⁸ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 1015.

⁶⁹ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc E. T. 11.2.2014.

⁷⁰ Koca/Üzülmez, s. 387.

eşdeğer olan ihmali davranışla ilgili olarak yukarıda açıklanan suçun işleniş biçimi kriterinin uygulanması sanığın suçu **nerede, ne zaman, nasıl işlediği, sanığın gaddarca hareket etmesi, mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliği, sanığın öldürmedeki duygusuzluğu** konuları gerekçe olarak kullanılmalıdır. Bu durumda cezanın belirlenmesiyle ilgili ortaya koyduğumuz iki soruyu bu kriterler ve somut olgular çerçevesinde cevaplamak gerekir. Diğer bir ifadeyle, sanığın fiili ihmal suretiyle öldürme olarak kabul edilse dahi cezasından herhangi bir indirimle gidilmesine gerek yoktur. Mahkeme ihmali suç sebebiyle takdirini cezada indirim yapmak yönünde kullanabilir. Ancak bu durumda indirimin yukarıda açıkladığımız nedenlerle TCK m. 83/3'te belirtilen “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar” ibaresine göre alt sınırdan uzaklaşarak tespiti gerekir. Somut olayda mahkemenin tüm ceza tespitlerini asgari (en alt) sınırdan belirlemiş olması olaydaki mevcut şartlara ve cezanın belirlenmesi kriterlerine uymamaktadır.

Sanığın fiilinin ihmali davranış olarak kabul edilmesi halinde hakkında TCK m. 83/3 yollamasıyla TCK m.82/1/d, e, hükümleri (kasten öldürmenin nitelikli halleri) uygulanabilecek midir? Kanun koyucunun TCK m.83/3'te “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından” bahsetmesi nedeniyle TCK m.82'de belirtilen nitelikli hallerin m.83'e de uygulanması gerekir. Ancak bu durumda şöyle bir sakınca ortaya çıkacaktır: İhmali davranışla kasten öldürmenin yakın akrabalar arasında işlenmesi (TCK m. 82/1-d), durumunda bu aynı zamanda garantörlüğün sebebi (cezalandırmanın temelini teşkil eden) olduğundan bu nitelikli halin ihmali suçlar bakımından uygulanması, cezalandırılma nedeninin aynı durumda nitelikli hal olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle bu şekilde bir uygulamayı önlemeye yönelik kanun değişikliği yapılmalıdır⁷¹.

Kanaatimizce aynı durum TCK m.82/1-e'de kasten öldürmenin çocuk veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan biri aleyhine işlenmesi, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen yakın akrabaların, çocuk veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanların bakımını üstlenen kişilerin, garantör durumda olmaları halinde de ihmali suçun temelini (unsurunu) teşkil eden konu aynı zamanda nitelikli halden dolayı daha fazla cezanın verilmesini gerektiren sebep olmaktadır. Böyle bir uygulama, cezanın belirlenmesinde var olan bir kriterin aynı zamanda suçun unsuru veya nitelikli hali olması durumunda bunun artık cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamayacağı şeklinde

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 134.

ifade edilen “çifte değerlendirme yasağının” (TCK m. 61/3) ihlali olacaktır⁷². Açıklamalarımızı somut olaya uyguladığımızda sanık hakkında ihmali davranışla öldürme suçundan ceza tayin ederken TCK m. 82/1-d hükmünün (çocuğa veya beden bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı kasten öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi) uygulanmaması gerekir. Ancak bu durum, sanık hakkında TCK m. 82/1-e (kasten öldürmenin çocuk hakkında işlenmesi) hükmünün uygulanmasına engel değildir. Çünkü bu hükümde kasten öldürmenin herhangi bir çocuğa karşı gerçekleştirilmesi de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

SONUÇ

Olayın ceza muhakemesi ispat araçları ile sübuta ermiş olan kısmının ne olduğu konusunda merciler arasında farklı görüşler oluşmuştur. Bunun nedeni olarak sanığın fiilini, ihmali ya da icrai sayma konusundaki fikirlerine yaklaştırma eğilimi dikkat çekmektedir. Merciler bunu yaparken, ortaya somut gerekçeler koymak yerine olayı tekrar mahiyetinde ifadeler kullanmayı tercih etmişlerdir. Oysa somut olaydaki vakaların ya da kanun hükmündeki ifadelerin tekrar edilmesi gerekçe sayılamaz. Olayın neden o şekilde kabul edildiğinin izahı gerekir.

Kararda garantörsel ihmali suçlarla ilgili açıklamalar ve doktrine atıflar yapılmış olmasına rağmen icrai ve ihmali davranış ayırımını ortaya koyan görüşlerden bahsedilmemiştir. Halbuki meselenin özü, sanığın davranışının ihmali mi icrai mi olduğunun gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmasıdır. Somut olaya icrai ve ihmali davranış ayırımlarını belirten kriterlerin uygulanması durumunda; sanığın eyleminin “bebeği beze sararak sabah ezanı vaktinde boş arsaya bırakmak” olarak kabulü halinde dahi icrai davranış olarak nitelendirilmesi gerekir.

Sanığın olası kast ile hareket ettiği şeklindeki görüş yerinde değildir. Doğumunun üzerinden henüz birkaç dakika geçmiş olan bebeğin sabah ezanı saatinde kimsenin uğrak yeri olmayan boş arsaya bırakılması halinde ölmesinin muhakkak olarak görülmesi gerekir. Failin doğrudan kast ile hareket ettiği konusunda unsurlara dair bilgisi ve neticeyi isteme hususlarında eksiklik söz konusu değildir. Olayda töre saikiyle öldürmenin olduğu şeklindeki fikir de açıklanan gerekçelerle yerinde değildir.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Yerdelen, Erdal, Çifte Değerlendirme Yasağı, SÜHFD, Y: 20, S:2, 2012, s. 105-138

Uygulamanın şiddetle görmezden geldiği kusurluluğu etkileyen geçici nedenlerden özellikle doğum sonrası kadının (lohusa) psikolojik durumu değerlendirilmelidir. TCK m. 34'ün gerekçesinde açıkça lohusalığın kusurluluğu etkileyebileceği belirtilmiştir. Psikiyatri ile ilgili bilimsel araştırmalar ve yayınlar bu konunun varlığını kabul etmektedir. Somut olayda sanığın bebeğin babasına da ulaşamaması ve çaresizliği düşünüldüğünde bu incelemenin yapılması gereklidir.

Cezanın belirlenmesi bakımından sanığın davranışı icrai sayılarak hakkında TCK m.82/1-e uygulanmalıdır. Sanığın fiilinin ihmali olarak kabulü halinde garantörlük esasını kuran şey, alt soy ilişkisi olduğundan TCK m.82/1-d uygulanmamalıdır. Sanığın fiilinin icrai davranışa eşdeğer sayılmasından öte suçun işleniş şekli ve özellikle suçun nerede, ne zaman, nasıl işlendiği, sanığın gaddarca hareket etmesi, mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliği, sanığın öldürmedeki duygusuzluğu dikkate alınarak ihmali suç nedeniyle herhangi bir indirim uygulanmamalıdır. Mercii mutlak ihmali suç sebebiyle TCK m.83/3'deki indirimi uygulayacak (takdir yetkisini bu şekilde kullanacak) ise bu durumda alt ve üst sınır arasında belirlenmiş olan cezayı alt sınırdan uzaklaşarak (teşdiden) tespit etmelidir. Somut cezanın belirlenmesinde mahkemenin bu tip bir olayda (ihmal suretiyle bir çocuğun öldürülmesi) verilebilecek en asgari cezayı tespit etmiş olması TCK m. 3'te belirtilen orantılılık ilkesine aykırıdır. Çünkü bir ihmali davranışın icrai davranışa eş değer olabileceğini (hatta suçun işlenişi itibariyle daha ağır bir durumu) ortaya koyan somut örnek söz konusudur.

KAYNAKLAR

Akbaba, Zeynep Burcu, "Töre, Namus ve Töre Saikiye Adam Öldürme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.75, s.333-352.

Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Avcı, Mustafa, „Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi“, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:9, Sayı:22, Erzurum, Kış 2005, s.1-26.

Brammsen, Joerg, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, s. 193-213.

Bruns, Hans Jurgen, Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis, (2. neubearb. und erw. Aufl.), Heymans Verlag, Koln, Berlin, Bonn, München 1985.

Centel, Nur /Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Demirbaş,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011.

Ercan, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler, İstanbul 2009.

Gedik, Doğan “Şüpheden Sanık Yararlanıır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Sayı:3 Temmuz, 2004.

Gökçen Ahmet/Balcı Murat, Kasten Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Selami Mahmutoğlu, Fatih/Ünver, Yener, Suç Teorisi (2), 3. Baskı, İstanbul 2004.

İskender, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Kaya, Köroğlu; Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:15, 2014, s.5-22.

Keyman, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFİD, 4-1-4, 1988, s. 122-173

Koca, Mahmut/İlhan, Üzülmöz, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erleuterungen, München 2001.

Otacı, Cengiz, “Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran, 2009, s.34-36.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C.II-III, Beta Yayınları, İstanbul 1992.

Özbek V. Özer/Kanbur, M. Nihat/ Doğan Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Özgenç, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck Verlag München 2003.

Roxin, Claus “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Yener ÜNVER), İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, 2005, s. 265.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Topaloğlu, Mahir; Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.1, s.134-141.

Ünver, Yener “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 2 Yıl: 2006, s. 103-207.

Yerdelen, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, SÜHFD, Y: 20, S:2, 2012, s. 105-138.

Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, E. T. 11.2.2014.

<http://www.psikoloji.com.tr/psikolojik-sorunlar/depresyon/lohusalik-doneminde-depresyona-dikkat-3247.html> E. T. 10.2.2014

VERGİ CEZA HUKUKUNDA TEKERRÜR

Mehmet KÜÇÜKKAYA

ÖZET

Toplumsal hayatı düzenleyen kurallardan bir tanesi de hukuk kurallardır. Diğer kurallardan farklı olarak hukuk kurallarına aykırı hareket etmenin maddi bazı yaptırımları bulunmaktadır. Kamu otoritesi, kişilerin hukuk kurallarına uygun bir biçimde yaşam sürmelerini arzular. Ancak kişiler çeşitli saiklerle hukuk kurallarının himaye etmeyeceği davranışlar sergileyebilmektedir. Bu durumda kamu otoritesinin egemenlik bağlamında sahip olduğu yaptırım gücü devreye girmekte ve kişiler hukuki yaptırımlara maruz kalmaktadırlar. Bu yaptırım konularından biri de Vergi Usul Kanunu'nda belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde hükmedilen idari para cezalarıdır. Pek çok yaptırım ögesinde olduğu gibi Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen idari para cezalarının ihdasında da güdülen temel amaçlardan biri de caydırıcılık ve ıslahdır. Burada belirlenen hedeflere ulaşma konusunda kabul edilen argümanlardan biri de tekerrür konusudur. Mükellef veya vergi sorumlusunun bir vergi kabahati işledikten sonra VUK'ta öngörülen süre ve koşullar içerisinde bu kabahati tekrarlaması halinde cezası belli oranda artırılmaktadır. Bu çalışmada, bir vergi ceza hukuku konusu olarak tekerrür kurumunun geçerlilik şartları ve sonuçları doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak incelenmiş ve bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: tekerrür, tekerrürün şartları, cezanın kesinleşmesi, vergi kabahatleri, tekerrürün sonuçları

REPETITION IN TAX PENALTY LAW

ABSTRACT

One of the rules regulating the social life is also the rule of law. Unlike other rules there are some legal sanctions for acting contrary to the law of property. Public authority, desires of the people to lead a life in accordance with the law rules. However, people can exhibit behavior with various motives that is unacceptable of the law rules. In this case, the public authority has the power to impose sanctions in the context of the sovereignty and propelled the people exposed to legal sanctions. One of these sanctions is administrative fine because of falling foul of the Tax Procedure Law. The main purpose of the administrative fine according to falling foul of the Tax Procedure Law is deterrence and rehabilitation as other many legal sanctions. One way of achieving these objectives is the repetition issue. If the taxpayer or withholder

* Yrd. Doç. Dr., Harran Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Mali Hukuk, mail: mkkaya63@hotmail.com

is commit same tax offense twice within a certain time and requirement according to Tax Procedure Law at a certain rate increases penalties. In this study, validity terms and results of repetition issue is examined as issue of Tax Penalty Law. It is examined taking into account the doctrine and judicial decisions and made some determination and evaluation.

Keywords: *repetition, conditions of repetition, finalization of the penalty, tax culpabilities, results of the repetition*

GİRİŞ

Devlet tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri ve harcamalarının finansmanında en önemli gelir kaynağı vergilerdir. Bu hizmetlerin ve harcamaların zamanında ve gereği gibi yapılabilmesi ise büyük ölçüde vergilerin kanunlarında belirtilen kurallar çerçevesinde ve zamanında tahsiline bağlıdır. Vergi Usul Kanunu'nda, vergileme ilişkisinin sağlıklı bir şekilde işlemesi için, mükellefe ve/veya vergi sorumlusuna uyması gereken bir takım ödevler yüklemektedir. Bu ödevlere uyulmaması halinde vergi yasalarının belirlediği bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu müeyyidelerin temel amacı, vergi kaybına sebebiyet veren veya kamu düzenini bozanları cezalandırıp bunların ıslahını sağlama yanında daha baştan caydırıcı bir etki yaratıp vergiye ilişkin ödevlerin zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Kanunlarda öngörülen bu müeyyidelerin bazı mükellefler için caydırıcı olmadığı veya ıslah edici etki yaratmadığı, vergi ödevlerine uymama eyleminin bu kimselerce mükerreren işlendiği görülmektedir. Bu durumda kanun koyucu bu mükelleflere veya vergi sorumlularına karşı daha ağır müeyyideler uygulama yoluna gidebilmektedir. Vergi hukukunda bu ağırlaştırma karşımıza, suçla mücadele ve suçun önlenmesinde fayda sağlayacak nitelikte bir suç politikası aracı olarak tekerrür müessesesini çıkarmaktadır.

Bu çalışmada, Vergi Usul Kanunu'nda yer alan ve sadece vergi kabahatleri açısından uygulama yeri bulan tekerrür kurumu incelenecektir. Tekerrüre ilişkin genel bir açıklama ile türleri incelendikten sonra vergi hukukundaki tekerrür müessesinin uygulanabilme şartları ve buna bağlanan sonuçların neler olduğu, doktrin ve yargı kararlarının bu şartlara ilişkin yaklaşımları dikkate alınarak konu irdelenecek ve bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. Genel Olarak Tekerrür

Arapça kökenli bir kelime olan tekerrür; “bir daha olma, bir daha vuku bulma, tekrarlanma” anlamına gelmektedir.¹ Hukuki alanda tekerrür olarak ifade edilecek eylemlerin karşılandığı ve buna bazı hukuki sonuçların bağlandığı temel alan ceza hukukudur. Bu bağlamda bir ceza hukuku kavramı olarak tekerrür; bir kişinin daha önce işlemiş olduğu bir suç nedeniyle kesin olarak mahkûm edildikten sonra belirli bir süre içerisinde yeniden suç işleyen kişinin durumudur.² Bu konumdaki kimseye de “mükerrir” denir.³ Tekerrür, gerek ilk defa suç işleyenlerin yeni bir suç işlemesinin önlenmesi, gerekse tehlikeli suçlulara karşı toplumun korunması bakımından önem arz eden bir kurum olup⁴, hukukumuzda cezaları şahsileştirme vasıtalarından biri olarak kabul edilmektedir.⁵

Tekerrür durumunda cezanın ağırlaştırılmasına ilişkin leh ve aleyhte teoriler mevcuttur. Tekerrürü kabul etmeyen teori ilga teorisidir. Bu teoriye göre, ilk suç ile sonradan işlenen suç arasında bir bağ mevcut değildir, bundan dolayı sonraki suça verilecek ceza üzerinde ilk suçun bir etkisi olamaz. Bir kimsenin son suçunun cezası daha önce işlediği suçundan dolayı arttırılacak olursa no bis in idem, yani aynı fiilin iki defa cezalandırılmayacağı kuralına aykırı hareket edilmiş, dolayısıyla ilk suça ikinci defa ceza verilmiş olunacaktır.⁶

Tekerrür halinde ikinci suça ait cezanın arttırılmasını kabul eden teoriler ise; cezanın yetersizliği teorisi, suçun ağırlığı teorisi ve sübjektif teorilerdir.⁷ Cezanın yetersizliği teorisine göre; tekerrür sebebiyle ikinci suçun cezasının arttırılma sebebi nispi yetersizliğinden ibarettir ve bu yetersizlik birinci cezanın hor görüldüğünü açığa vuran yeni suçun işlenmesiyle sabittir. Dolayısıyla cezadan beklenen maddi ve manevi amacın gerçekleşebilmesi için cezanın arttırılması gerekir. Suçun ağırlığı teorisine göre ise, mükerrir tarafından işlenen suç, ilk defa suç işleyen kimsenin fiiline oranla daha ağır sayılmaktan ibarettir; mükerririn suçu daha ağır sayılınca, mükerrire verilecek cezanın arttırılması da normal ve zorunlu olmaktadır. Sübjektif teorisine göre

¹ GÖKCEN, s.129

² ÖZTÜRK/ERDEM, s.418; HAKERİ, s.604

³ BALCI, s.134

⁴ ORGAN/ÇEVİKCAN, s.57

⁵ GÖKCEN, s.129

⁶ OKAY, s.333

⁷ Bak., DOĞRUSÖZ, Tekerrür-I, s.254-255; ORGAN/ÇEVİKCAN, s.56

ise, tekrür halinde suçun ağırlığına tesir eden bir hususun bulunmayıp, failin daha tehlikeli olması veya bir takım sübjektif nitelikler taşıması dolayısıyla cezanın artırılmasını kabul etmektedir. Bu teoriyi savunanlara göre, mükerrir tarafından işlenen suçla, ilk defa suç işleyen kimse tarafından işlen suç arasında hiçbir bakımdan fark yoktur. Bundan dolayı tekrür, suçta tesir eden bir hal, bir ağırlaştırıcı sebep değildir. Kanun koyucu mükerririn cezasını, suçluya ait düşüncelerle artırmaktadır.⁸

2. Tekrür Türleri

Öğretide tekrürün koşulları bakımından sistemler olarak da adlandırılan tekrür türleri; gerçek tekrür-varsayılan (mefruz) tekrür, genel tekrür-özel tekrür, süreli tekrür-süresiz tekrür, milli tekrür-milletlerarası tekrür ve mecburi tekrür-ihiyari tekrür olarak beş temel türden oluşmaktadır. Bunlar aşağıdaki gibidir.⁹

Gerçek Tekrür-Varsayılan (Mefruz) Tekrür; Tekrürün varlığı için önceki suçtan dolayı hükmedilen cezanın çekilmesi, yani infazı şart ise gerçek; yalnızca mahkûmiyetin kesinleşmesi yeterli ise, varsayılan tekrür vardır.

Genel Tekrür-Özel Tekrür; Tekrürün uygulanabilmesi için, işlenen suçların aynı cins olması şart ise yani mahkûmiyete konu olan suçla sonraki suç arasında ayniyet aranıyorsa özel tekrür; buna karşılık iki suç arasında ayniyet aranmıyorsa genel tekrürün varlığından söz edilir.

Süreli Tekrür-Süresiz Tekrür; Tekrürün uygulanabilmesi için, birinci mahkûmiyetten veya cezanın çekilmesinden itibaren belli bir süre içerisinde ikinci suçun işlenmesi şart ise süreli tekrür; buna karşın ilk mahkûmiyet kararından itibaren ne kadar süre geçerse geçsin yeniden suç işlenmesi halinde ikinci suçun cezasının tekrür nedeniyle arttırılacağı sisteme ise süresiz tekrür denir.

Milli Tekrür-Milletlerarası Tekrür; Tekrüre esas olan mahkûmiyet yalnızca ülke mahkemelerinin hükmü ise milli tekrür; başka ülke mahkemelerinin mahkûmiyet hükümleri de esas alınabiliyorsa milletlerarası tekrür söz konusudur.

Mecburi Tekrür-İhtiyari Tekrür; Kanunda yer alan şartlar gerçekleştiğinde tekrür hükümlerinin uygulanması zorunlu ise mecburi

⁸ Bak., DÖNMEZER/ERMEN, s.138-149

⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s.421; BAYRAKLI/BOZDAĞ, s.381

tekerrür; kanunun öngördüğü şartlar gerçekleşmesine rağmen hakime tekerrür hükümlerini uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi verilmiş ise ihtiyari tekerrür söz konusudur.

3. Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür

Vergi ceza hukukunda tekerrür, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Tekerrür" kenar başlıklı 339'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

"Vergi ziyana sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyanda beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyayı cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır." biçimindedir. Mezkur madde bugünkü halini 4369 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle yapılan değişiklikten sonra almış ve 01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Maddenin değişiklikten önceki hali ise;

"Kaçakçılık, ağır kusur, kusur veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası da kesinleşen bir kimse aynı neviden bir fiili cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere kaçakçılık, ağır kusur ve kusurda beş, usulsüzlükte iki yıl zarfında tekrar işlerse kaçakçılıkta yarısı, ağır kusur ve kusurda üçte biri, usulsüzlükte dörtte biri nispetinde arttırılır." şeklindeydi.

4369 Sayılı Kanun gerekçesine göre;¹⁰ 339'uncu maddede yapılan düzenlemedeki temel amaç, 4369 Sayılı Kanun öncesi ana hatlarıyla kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezalarının tek başlık altında, "vergi ziyayı" cezası olarak değiştirilmesine paralel yapılan teknik bir düzenlemedir. Bu belirleme dışında madde gerekçesinde konuya ilişkin olarak başka bir açıklama yapılmamıştır.¹¹

Mezkur maddenin değişiklik öncesi ve sonrası hali incelendiğinde; kaçakçılık, ağır kusur ve kusur ifadelerinin madde metninden çıkarılıp bunların yerine vergi ziyasının getirildiğini, tekerrürün uygulanabilmesi için işlenen ilk fiil ile ikincisinin aynı neviden olması gereğinin maddeden çıkarıldığı görülmektedir. Ayrıca değişiklik öncesinde tekerrür hükmünün

¹⁰ KOCAHANOĞLU, Vergi Kanunları, s.442, "Tasarının 9'uncu maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ceza sisteminde yapılan değişikliklere paralel olarak tekerrür ile ilgili 339'uncu maddesi yeniden düzenlenmektedir. Ceza uygulamasında basitlik sağlamak amacıyla tekerrür halinde kesilen vergi cezalarının artırımında herhangi bir farklılığa gidilmemiştir."

¹¹ KELECİOĞLU, s.40

uygulanabilmesi için maddede belirtilen süreler içinde aynı türden bir kabahat fiilinin işlenmesi gerekirken, değişiklik sonrasında aynı türden bir kabahat cezasının kesilmesi yeterli görülmüştür.

Yukarıda kısaca açıklanan tekerrür türleri dikkate alındığında VUK'da yer alan tekerrür düzenlemesinin; önceki cezanın infazını aramayıp, sadece kesilmesini yeterli görmekle mefruz tekerrürün, tekerrür hükümlerinin uygulanmasında önceki suçla sonraki suçun aynılığını aramak suretiyle özel tekerrürün, tekerrüre esas alınacak önceki suçun belirli zaman diliminde işlenmiş olmasını aramakla süreli tekerrürün,¹² maddede belirtilen şartların ortaya çıkması halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmasının zorunluluk taşıması nedeniyle mecburi tekerrürün, mezkur maddede veya VUK'da yabancı devlet mahkemelerince verilmiş ve/veya kesinleşmiş cezaların dikkate alınacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından milli tekerrürün konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır.¹³

VUK'un ceza hukukuna ilişkin bölümü, vergi ilişkisinden doğan ve vergi suçu ile vergi kabahati oluşturan fiillerle bunlar için öngörülen adli ve idari cezaları düzenlemektedir. Bu haliyle VUK, ceza hükümleri açısından TCK'ya ve Kabahatler Kanunu'na göre özel, diğer vergi kanunlarına göre ise genel ceza kanunu konumundadır. VUK'da tekerrürü düzenleyen 339'uncu madde sadece vergi kabahatlerine ilişkin olduğundan, vergi suçlarına uygulanması olanaklı değildir. VUK'da vergi suçlarına yönelik tekerrüre ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından bu konuda TCK'daki tekerrüre ilişkin hükümler uygulanacaktır.

1.1. Tekerrürün Şartları

VUK'un 339'uncu maddesi uyarınca vergi kabahatlerine tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için maddede belirtilmiş bulunan bazı şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar;

- Vergi ziyanına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı kesilen önceki cezanın kesinleşmiş olması,

¹² DOĞRUSÖZ, (http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=105638 erişim 25 Kasım 2014)

¹³ VUK'un benimsemiş olduğu milli tekerrüre ilişkin olarak ORGAN/ÇEVİKCAN; günümüzde çok uluslu şirketlerin, yerli-yabancı şirket ortaklıklarının yaygınlaştığı bir ekonomi modelinde milletlerarası tekerrürün vergi hukukunda düzenlenmemiş olmasını bir eksiklik olarak görmekte ve başka ülke mahkemelerinin mahkûmiyet hükümlerinin de esas alınarak milletlerarası tekerrürün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bak., ORGAN/ÇEVİKCAN, s.63

- Önceki ceza kesinleştikten sonra aynı kişiye aynı neviden yeni bir vergi cezası kesilmesi,

- İkinci kabahatin belirli bir süre içinde işlenmiş ve cezasının kesilmiş olmasıdır.

3.1.1. Vergi Kabahati Nedeniyle Kesilen Önceki Cezanın Kesinleşmiş Olması

VUK'da düzenlenmiş bulunan tekerrür hükmü, sadece vergi kabahatlerine uygulanabileceğinden öncelikle vergi kabahati teşkil eden bir fiilin işlenmiş olması gerekmektedir. VUK'da düzenlenmiş bulunan vergi kabahatleri ise vergi ziyaı ve usulsüzlük kabahatleridir.

VUK'un 339'uncu maddesinin açık hükmüne göre tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için birinci şart, önceki işlenen kabahatlere ilişkin vergi cezasının, yeni eyleme dair cezai müeyyidenin uygulanması aşamasından önce kesinleşmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için, önceki cezanın kesilmiş olması ve tebliğ edilmesi yeterli değildir.¹⁴ Aynı zamanda bu cezanın kesinleşmiş olması da gerekmektedir. Cezanın kesinleşmiş olmasından maksat, cezanın artık uyuşmazlığa konu edilemez ve tahsil edilebilir hale gelmesidir.¹⁵ Bu cezanın bilfiil infazı, yani vergi cezasının tahsil edilmiş bulunması şart değildir.¹⁶ Tekerrür hükmünün uygulanmasının önceki cezanın kesinleşmiş olmasına bağlanması, kesinleşme tarihinin tespitini önemli hale getirmektedir. Aşağıdaki durumlardan birinin meydana gelmesi halinde cezanın kesinleşmiş olduğu kabul edilir.¹⁷

i- Kesilen cezanın itirazsız ödenmesi; ceza muhatabının kesilen cezayı dava konusu yapmaksızın kendi rızasıyla ödemesi halinde ceza, ödenme tarihinde kesinleşmiş sayılır.

ii- Cezaların dava açma süresi içinde dava konusu edilmemesi; ceza muhatabının kesilen cezaya karşı ceza ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 30 günlük dava açma süresi içinde dava açmaması halinde dava açma süresinin sonunda ceza kesinleşmiş sayılır.

iii- İlk derece mahkemesinin ret kararı üzerine kanun yollarına başvurulmaması; cezaya karşı süresinde dava açılmasına rağmen davanın

¹⁴ ERDEM, s.13

¹⁵ KOCAHANOĞLU, Vergi Suçları s.156-157

¹⁶ ERMAN, s.41

¹⁷ ŞENYÜZ, s.235

reddedilmesi üzerine kanun yollarına gidilmemesi halinde, kanun yollarına gidilme süresi sonunda ceza kesinleşmiş sayılır.

iv- Cezaya karşı süresinde dava açılmış, fakat davanın reddedilmesi üzerine kanun yoluna gidilmişse ve üst mahkeme ret kararı vermişse, bu mahkeme kararının tebliği anında ceza kesinleşmiş sayılır.

v- Cezalarda uzlaşmanın vaki olması; uzlaşmaya başvurulup uzlaşmanın vaki olması halinde, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihte ceza kesinleşmiş sayılır.

vi- Ceza için VUK'un 376'ncı maddesine göre cezalarda indirim talebinde bulunulmuşsa, indirimden arta kalan cezanın ödendiği tarihte ceza kesinleşmiş sayılır.

Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde sonraki cezanın kesildiği sırada daha önce işlenmiş olan bir kabahate ilişkin kesinleşmiş bir ceza yoksa tekrerrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta Danıştay, *"Kaçakçılık sebebi ile tekrerrür cezası kesilebilmesi için aynı fiil nedeniyle daha önce kesilen kaçakçılık cezasının kesinleşmiş olması gerektiği..."*ne hükmetmiştir.¹⁸

Yukarıda da ifade edildiği üzere uzlaşmanın vaki olması durumunda ceza kesinleşmiş sayılmaktadır. Vergi kabahatinin uzlaşmaya konu edilmesi ve uzlaşmanın vaki olması halinde vergi cezasının aynen kabul edilmesi, ceza tutarının azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Vergi cezasının aynen kabul edilmesi durumunda, uzlaşma kapsamında ceza tutarı aynen kesinleştiğinden tekrerrür uygulaması yönünden özellik arz eden bir durum söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte ceza tutarının azaltılması veya sıfırlanması halinde, ceza türü aynı kalmakla birlikte cezanın tutarı değişmektedir. Cezanın uzlaşma kapsamında tutarının azaltılarak kabul edilmesi ve kesinleşmiş olması, sonradan aynı türde kesilecek cezalar için tekrerrür hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.¹⁹ Nitekim Danıştay da bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda, *"uzlaşma hükümlerine göre ödenmesi gereken cezanın nev'inde değişiklik yapmayıp miktarında indirimi sağladığından önceki cezanın kaçakçılık olması nedeniyle,*

¹⁸ Dn. 3.D., 08.11.1993 tarih ve E.1992/2643, K.1993/3305; aynı yönde vermiş olduğu başka bir kararında da "1992 yılı için davacı adına kesilen kaçakçılık cezası henüz kesinleşmediğine ve kesinleşen bir cezanın varlığı da idarece iddia edilmediğine göre 1993 yılı için cezayı gerektiren bir fiilin tekrerrüründen bahsetmenin mümkün olmadığı, bu cezanın terkininin icap ettiği..." Dn. 9.D., 26.12.1997 tarih ve E.1996/6122, K.1997/4455 (ASLANPINAR, s.273)

¹⁹ ERDEM, s.14

olayda tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekir.”²⁰; “uzlaşma halinde ceza türü değişmeyeceğinden, koşullarının bulunması halinde, tekerrür zammı uygulanabileceği”²¹ şeklinde görüşünü ortaya koymuştur. Ancak vergi cezalarının uzlaşma kapsamında tamamen kaldırılması (sıfırlanması) durumunda bu uzlaşmanın konusunu oluşturan ve cezası kaldırılan kabahatin, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi açısından aranan kesinleşmiş ön ceza olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda iki görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, uzlaşma sonucunda vergi cezasının kaldırılması halinde cezanın sadece parasal yönü kaldırılmış olmaktadır. Cezanın parasal sonuçları dışındaki hukuki sonuçları varlığını devam ettirmektedir. Uzlaşma komisyonları, kesilen vergi cezasının kanuna uygun olup olmadığını karara bağlayan ve işlenen kabahati bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir yargı merci olmadığı gibi, kararları da yargı kararı niteliğinde değildir. Uzlaşma, sadece taraflar arasında cezanın parasal tutarına ilişkin anlaşma sağlayan ve vergi cezasının kolay ve ihtilafsız tahsil edilmesine yönelik düzenlemeler yapan bir müessesedir. Bundan dolayı, uzlaşmaya varılan hallerde, uzlaşma tutanağının taraflarca imzalandığı yani uzlaşmanın vaki olduğu tarihte söz konusu vergi cezası da kesinleşmiş olmaktadır.²² Bu nedenle uzlaşma sonucunda kesilen ceza miktarı kaldırılrsa (sıfırlansa) bile yeni bir kabahat işlendiğinde tekerrüre esas alınmalıdır.²³

Diğer görüşe göre, uzlaşma görüşmeleri neticesinde vergi cezasının kaldırılması (sıfırlanması), cezanın şeklen kesinleşme imkanını ortadan kaldırır. Ceza kaldırılınca ortada bir ceza kalmadığından kesinleşmiş cezadan ve buna bağlı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesinden söz etmek olanaksızdır.²⁴ Özellikle tarhiyat öncesi uzlaşmada üzerinde uzlaşılan ceza, henüz tarhiyat öncesindeki aşamada tespit edilen bir husustan ibarettir. Bu itibarla, cezanın tarhiyat öncesinde kaldırılması durumunda ceza kesilmesi işleminden önce bu ceza ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu nedenle kaldırılan cezaya dayanılarak tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.²⁵

²⁰ Dn. 3.D., 10/04/1986 tarih ve E.1986/343, K.1986/2167; Dn. 3.D., 14/02/1989 tarih ve E.1988/1552, K.1989/387:“uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarih itibariyle kesinleşmiş bulunan kaçakçılık cezasını müstelzim fiilin beş yıl içinde tekrarlanması halinde tekerrür cezası kesilebileceği”, (ERDEM, s.14)

²¹ Dn. 3.D., 27/05/1987 tarih ve E.1987/169, K.1987/1389, (ASLANPINAR, s.273)

²² UYSAL/EROĞLU, s.796-797; DOĞRUSÖZ, Tekerrür-II, s.249

²³ ŞENYÜZ, s.235, dp. 315; ORGAN/ÇEVİKCAN, s.60; PALA, s.136

²⁴ IŞIK, s.28; ÖZBALCI, s.905; ÖZYER, s.830

²⁵ ERDEM, s.15; cezanın sıfırlanması durumunda tekerrür hükümlerinin uygulanmaması

Uzlaşma kapsamında cezanın kaldırılması durumunda, cezanın parasal sonuçları dışındaki hukuki sonuçlarının varlığını sürdürdüğü görüşüne biz de katılıyoruz. Ancak tarhiyat sonrası uzlaşmada bir hususun özellik arz ettiği düşüncesindeyiz. O da şudur. Tarhiyat sonrası uzlaşmaya ilişkin VUK'un Ek 1'inci maddesi; *“Mükellef tarafından, ikmalen, re'sen veya idarece yapılacak tarhiyatta, vergi ziyana sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da 369 uncu maddede yazılı yanılmadan kaynaklandığının veya bu Kanunun 116, 117 ve 118 inci maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idare bu bölümde yer alan hükümler çerçevesinde mükellefler ile uzlaşabilir....”* şeklindedir. Şayet ceza muhatabı uzlaşma komisyonuna başvururken, idarece kesilen vergi cezasının nedeni olarak VUK'un 369'uncu maddesinde yer alan bir yanılma hali ya da aynı Kanunun 116, 117 ve 118'inci maddelerinde düzenlenmiş bulunan bir vergi hatasının varlığını iddia eder ve uzlaşma komisyonu da bunun varlığını kabul ederek cezanın kesilmesine yer olmadığına ve cezanın terkinine karar verirse, ortaya çıkan ve vergi kabahatine ilişkin açıklama da içeren bu uzlaşma tutanağının tekerrüre esas alınmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, her ne kadar VUK'da yanılma halinde ceza kesilmeyeceği ya da vergi hatasının türüne bağlı olarak cezanın tamamen terkin edilerek düzeltilebileceği ifade ediliyor olsa da aslında bu durumları sadece cezayı ortadan kaldıran haller yanında kabahatliliği de ortadan kaldıran durumlar olarak kabul etmek gerekir. Bu durumları bir yerde ceza hukukunda yer alan hukuka uygunluk sebeplerine benzetmek mümkündür.

Tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da af nedeniyle cezaların ortadan kaldırılması durumunda bunun tekerrüre etkisinin ne olacağıdır. Af düzenlemesi ile affa uğrayan vergi cezası farklı aşamalarda bulunabilir. Affa uğramış ceza henüz tespit edilmemiş bir kabahat olabileceği gibi, tespit edilip cezası kesilmiş ancak kesinleşmemiş, kesinleşmiş fakat henüz tahsil edilmemiş olabilir. Affın kabul edildiği tarihte, henüz tespit edilmemiş bir kabahate ilişkin ya da tespit edildiği ve kesildiği halde kesinleşmemiş cezaya etkisi, bunların ceza muhatabı üzerinde kesin bir nitelik kazanmadan ortadan kalkması şeklinde olduğundan tekerrüre dayanak olmaması gerekir.²⁶ Kesinleşen fakat henüz

gerektiğine yönelik görüşler için bak., COŞKUN/ÇELİK, s.73

²⁶ ERDEM, s.15

tahsil edilmemiş cezanın affa uğraması halinde ise çıkarılan affın genel af mı özel af mı olduğuna bakmak gerekir. Kesinleşmiş cezanın genel affa uğraması, cezayı ve bütün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırdığından, affa uğrayan ceza tekerrüre esas alınmaz. Özel af ise, cezayı ortadan kaldırıp, kabahatlilik durumunu etkilemediğinden daha sonra işlenecek kabahatin cezası diğer şartlar da bulunduğu takdirde tekerrüre ilişkin hükümlere göre artırılır. Cezanın kısmi affa uğraması halinde ise, cezanın belirli bir kısmı veya oranı ortadan kalktığı için cezanın aftan sonra kalan ve kesinleşen kısmı tekerrür uygulaması açısından dikkate alınacaktır.²⁷

3.1.2. Tekerrüre Konu Olan Önceki ve Sonraki Cezanın Aynı Neviden Olması

Tekerrürden bahsedebilmek için ikinci şart, önceki ceza kesinleştikten sonra aynı kişiye aynı neviden yeni bir vergi cezasının kesilmesidir. Yani önceden kesilen cezanın kesinleşmiş, daha sonra da maddede belirtilen süre içerisinde yeni bir vergi cezasının kesilmiş olması gerekmektedir.

Vergisel kabahatlere tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, cezası önce kesinleşen vergisel kabahat ile cezası sonra kesilen vergisel kabahatin her ikisinin de aynı türden olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun nedeni, VUK'un 339'uncu maddesinde 4369 Sayılı Kanun ile değişmeden önceki halinde cezayı gerektiren ilk fiil ile sonraki fiilin aynı neviden olması gerektiği açıkça belirtilmişken, değişiklikten sonra mezkur maddede bu ifadeye yer verilmemiş olmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere maddede yapılan değişikliğin gerekçesine bakıldığında, yapılan değişikliğin, vergi ziyayı açılması durumunda uygulanan kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezalarının vergi ziyayı cezası başlığı altında birleştirilmiş olmasından sonra maddenin bu düzenlemeye uygun hale getirilmesinden ibaret olduğu anlaşılacakla birlikte, "aynı neviden bir fiil" olma şartının maddeden kaldırılması, vergi ziyayı ile usulsüzlüğün birbirine tekerrür ettirebileceği görüşünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüşü savunanlara, diğer bir ifadeyle vergisel kabahatler açısından genel tekerrürü benimseyenlere göre, vergisel kabahatlerin birbirine tekerrür oluşturması için aynı türden olmalarına gerek yoktur. Bundan dolayı, vergi ziyayı usulsüzlük için, usulsüzlükler de vergi ziyayı için tekerrür uygulamasında dayanak olarak kabul edilebilir.²⁸

²⁷ ERDEM, s.16

²⁸ ŞENYÜZ, s.233-234; BAKAR, s.178; SİLAHŞÖR, s.285

Özel tekerrürü benimseyenlere göre ise, 339'uncu maddede yapılan yasal düzenlemenin önceki ve sonraki halinde de kanun koyucu tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından her iki kabahati ayrı ayrı esaslara ve sürelerle bağlamıştır. Vergi ziyamda beş yıl, %50 artırım; usulsüzlükte iki yıl, %25 artırım şartlarını getirmiştir. Şayet nevi bakımından bir ayırım gözetmemiş olsaydı her ceza açısından ayrı ayrı süre ve oran belirlemez ortak bir düzenleme yapardı. Kanun Koyucunun 4369 Sayılı Kanun ile 339'uncu maddede yaptığı değişikliğin asıl amacı, vergi cezalarında yapılan diğer temel değişikliklere uyumdur.²⁹ Bu itibarla tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, hem önceki hem sonraki cezanın vergi ziyayı veya usulsüzlük cezası türünde olması gerekir. Önceki ve sonraki ceza farklı türden ise örneğin kesilip kesinleşen önceki ceza vergi ziyayı, sonraki ceza usulsüzlük ise sonraki cezaya tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.³⁰ Bizce de mezkur maddede “*aynı neviden bir fiil*” ibaresinin kaldırılmış olması, genel tekerrürün benimsenmiş olduğuna değil, aynı nevideki kabahatin, yani vergi ziyayı veya usulsüzlüğün, aynı neviden bir fiil ile işlenmiş olmasının gerekli olmadığı şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerekir.

Tekerrür hükümlerinin uygulanma şartlarından biri olan önceki ve sonraki cezanın aynı neviden olup olmayacağına ilişkin konu da bile doktrinde fikir birliğinin bulunmaması, tekerrür hükmünü düzenleyen maddenin bu noktada açık hüküm içermemesinden kaynaklanmaktadır. Vergi kanunlarının uygulanmasında tereddüt edilen hususlarda yorumlama yöntemleri elbette önem taşımaktadır. Ancak, özellikle suç ve cezalara ilişkin konularda veya bunların yansımalarında, temel hususların, farklı görüş ve yorumlara yer vermeyecek surette ilgili maddelerde açıkça ortaya konulması zorunluluk taşımaktadır.

Tekerrür nedeniyle ilave vergi cezası kesilebilmesi için; yeni kesilen vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezasını gerektiren fiilin, daha önce kesilmiş ve kesinleşmiş bulunan vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezasının kesilmesine neden olan fiil ile aynı neviden olması gerekli değildir. Aynı nevi fiilden maksat, işlenen fiilin mahiyet ve karakterinin aynı olmasıdır.³¹ Örneğin kesinleşen ilk vergi ziyayı kabahatinin sahte belge kullanma, ikinci kesilen vergi ziyayı kabahatinin ise matraha ait tutarın eksik gösterilmesi fiilleri nedeniyle kesilmiş olması tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel

²⁹ UÇAK, s.95; İNALTONG, s.10

³⁰ IŞIK, s.21; KARAKOÇ, s.497; UYSAL/EROĞLU, s.790; ÖNER, s.155; ÜREL, s.886

³¹ UYSAL/EROĞLU, s.790

değildir. Usulsüzlük cezasında da tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, cezayı gerektiren fiilin VUK'un 352'nci maddesinde belirtilen derece ve fıkralar itibariyle aynı olmasına gerek yoktur.³² Önemli olan, birinci defa kesilen cezanın kesinleşmiş olması ve daha sonra kesilen cezanın da önceki ceza ile aynı neviden olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezası bakımından, aynı nevi cezayı gerektiren kabahat fiilleri birinci ve ikinci eylemde farklı olsa bile tekerrür hükümleri uygulanacaktır.³³

VUK'un 339'uncu maddesinde, tekerrür kapsamına giren kabahatler olarak vergi ziyai ile usulsüzlükten bahsedilmiştir. Vergi ziyai kabahatinin ve kapsamının ne olduğu aynı Kanunun 341'inci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak usulsüzlük cezalarından kastın, sadece genel usulsüzlüğü mü, yoksa bunun yanında özel usulsüzlüğü de mi kapsadığı yazında tartışmalıdır. Uygulamada yaygın olan görüşe göre, tekerrür hükümlerinin kapsamına sadece VUK'un 352'nci maddesinde sayılan birinci ve ikinci usulsüzlüklerin girdiği, özel usulsüzlük fiil ve cezalarının yer almadığı şeklindedir. Bu görüşe göre, özel usulsüzlük cezalarında fiilin yeniden işlenmesi, 353'üncü madde hükmünde özel düzenlemeye bağlanmış olduğundan tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.³⁴ Aksi görüşe göre ise,³⁵ kanun koyucu, tekerrür kapsamına sadece genel usulsüzlüğü almak isteseydi, fiil ayrılığının düzenlendiği 337'nci madde hükmünde olduğu gibi özel bir düzenleme yapabilirdi. Aynı şekilde kanun koyucu, 353'üncü madde hükmünde "tek bir fiilin muhtelif cezayı istilzam etmesi"ni düzenleyen 336'nci madde hükümlerinin özel usulsüzlük cezaları hakkında uygulanamayacağını açıkça belirttiği gibi, 339'uncu maddede de tekerrür hükümlerinin özel usulsüzlük cezalarına uygulanmayacağını belirtebilirdi. Bu sebeple özel usulsüzlüğe konu eylemler bakımından da tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. Öte yandan özel usulsüzlük cezalarının tekrarı halinde ne surette ceza verileceğinin

³² Aksi yöndeki görüşler için bak., ÖZYER, s.834; KELECİOĞLU, s.41

³³ UYSAL/EROĞLU, s.790-791; bak., UÇAK, s.96-97

³⁴ ÖZBALCI, s.910; ŞENYÜZ, s.232; ÖNER, s.155; ÜREL, s.890; UZUNOĞLU, s.31; İŞİK, s.23-24; ORGAN/ÇEVİK, s.59'da; "Tekerrürün düzenlendiği 339. maddede belirtilen vergi ziyai cezaları için 5 yıllık usulsüzlük cezaları için 2 yıllık süreler içinde bu cezaların kesilmesi halinde tekerrürün hüküm ifade edeceği görülmektedir. Vergi ziyai için 5 yıllık, usulsüzlük için 2 yıllık sürelerin neye göre belirlendiği hususu aslında bu tartışmanın çözümünü içermektedir. VUK 374. Ceza Kesmede Zamanaşımı başlıklı maddesinde vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezası için ceza kesme zaman aşımı 5 yıl, usulsüzlük için 2 yıl ceza kesme zaman aşımı süresi belirlemiştir. Dolayısıyla özel usulsüzlüğün ceza kesme zaman aşımı süresi olan 5 yıllık süre tekerrür maddesinde sadece vergi ziyai için öngörüldüğü için, özel usulsüzlük cezası tekerrür kapsamında değildir."

³⁵ TOPALOĞLU, s.108

353'üncü maddede düzenlemiş olması tekrür hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Zira, söz konusu madde hükmünde fiilin tekrürü, kişiye ceza kesilmeden ve cezası kesinleşmeden önce fiilin tekrarlanması halinde uygulanacak bir durumdur. Oysa, 339'uncu maddede düzenlenen tekrür hükümleri, ceza kesilen ve cezası kesinleşen kişilere uygulanacak bir yaptırımdır. Bu itibarla, birbirinden tamamen ayrı mantıkla öngörölmüş kanun hükümlerinin biri diğzerinin uygulanmasına engel olacağını savunmak mümkün değildir.³⁶

VUK'un 336'ncı maddesinde, cezayı gerektiren tek bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük (genel usulsüzlük) birlikte işlenmiş olursa bu kabahatlere ilişkin cezalardan sadece miktar itibariyle en ağır olanı kesilir denilmektedir. Buna göre, 336'ncı madde uygulaması sonucu kesilen ceza vergi ziyayı cezası ise tekrür hükmünün uygulanabilmesi için tekrarlanan fiilin de vergi ziyayı gerektiren bir fiil olması gerekir.³⁷ Miktar itibariyle daha az olan ceza hiç kesilmemiş olacağından tekrür uygulamasında dikkate alınmaz.³⁸

Ceza kişiliğe bağılı olduğundan tekrür hükümlerinin uygulanması için, önceki cezanın aynı vergiden kaynaklanması veya aynı vergi dairesinin yetki alanında işlenmiş olması veya aynı mükellefiyet dolayısıyla kesilmiş bulunması şart değildir.³⁹ Örneğin, Bakırköy Vergi Dairesi'ne kayıtlı olarak beyaz eşya ticareti ile uğraşan mükellefe, bu işi ile ilgili olarak gelir vergisi dolayısıyla kesilen vergi ziyayı cezasının kesinleşmesinden sonra, işini bırakarak, iki yıl sonra tekstil iş dolayısıyla Güngören Vergi Dairesi'nin mükellefi olması ve bu faaliyeti ile ilgili olarak katma değer vergisi nedeniyle vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde bu mükellefe ceza, tekrür hükümleri uygulanarak kesilecektir.

3.1.3. İkinci Kabahatin Belirli Bir Süre İçinde İşlenmiş ve Cezasının Kesilmiş Olması

Tekrür hükümlerinin uygulanabilmesi için bir diğzer şart, vergi kabahati nedeniyle kesilen cezanın kesinleşmesinden sonra belirli bir süre içinde tekrar aynı neviden bir vergi kabahati nedeniyle ceza kesilmesidir.

³⁶ TOPALOĞLU, s.108; BALCI, s.137-138; aynı şekilde tekrürün kapsamına özel usulsüzlüklerin girdiği ile ilgili olarak bak., BAYRAKLI/BOZDAĞ, s.386-387; BAYRAKLI, s.193

³⁷ BİLGİÇ, s.77; COŞKUN/ÇELİK, s.70

³⁸ ÇELİK/KAYA, s.80

³⁹ DOĞRUSÖZ, (http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=105638 erişim 25 Kasım 2014)

VUK'un 339'uncu maddesinde, "...cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyaında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda..." tekerrürün söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Görüleceği üzere vergi hukukumuzda süreli tekerrür benimsenmiştir. Dolayısıyla maddede öngörülen süreler içinde işlenen aynı nevideki kabahatler için tekerrür hükümleri uygulanacak, bu sürelerin geçmesi halinde ise normal ceza verilmekle yetinilecektir.⁴⁰ VUK'da fiilin ve kesilen cezanın ağırlığı dikkate alınarak, vergi ziyaında beş, usulsüzlük kabahatlerinde ise iki yıl olmak üzere iki farklı tekerrür süresi öngörülmüştür.⁴¹

Mezkur maddede tekerrür ile ilgili sürelerin başlangıcı, kabahatin kesinleştiği tarihi takip eden takvim yılının başı olarak düzenlenmiştir. Bu noktada akla gelen soru, kabahatin kesinleştiği tarih ile izleyen yılın başına kadar geçen süre içinde aynı neviden bir kabahatin işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu konuda gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir.

Bir görüşe göre, VUK'un "Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat" başlıklı 3'üncü maddesinin "Vergi Kanunlarının Uygulanması" başlıklı "A" fıkrasının ikinci bendinde; "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.*" hükmü bağlamında, eğer kanun metninin lafzı açık ise öncelikle onun uygulanacağı, lafzın açık olmaması durumunda diğer yorumlama yöntemlerine başvurulabileceği hükme bağlandığından, VUK'un 339'uncu maddesinde geçen "*cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere*" ibaresinin lafzi ifadesinin çok açık olduğu, bundan dolayı bu husus hakkında bu hükmün ruhuna gidilerek yorum yapmanın doğru olmayacağı, bu sebeple tekerrür nedeniyle ceza artırımının uygulanması için, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak gerektiği ifade edilmektedir.⁴² Danıştay da bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda; "...Tekerrür hükümleri uygulanabilmesi için tekerrür hükmüne esas alınacak sonraki eylemin, ilk eylem için kesilen cezanın kesinleşme tarihini takip eden yıl başından sonra gerçekleşmiş olması

⁴⁰ ŞENYÜZ, s.236

⁴¹ BAYRAKLI/BOZDAĞ, s.387

⁴² UÇAK, s.95; her ne kadar suç politikası aracı olarak tekerrürün mantığına, hakkaniyete uygun görülmesi de kanun maddesinin açık hükmü gereği tekerrürün takip eden yıl işlenen vergi kabahatlerine uygulanabileceğine ilişkin olarak bak.,ORGAN/ÇEVİKCAN, s.61; ERDEM, s.20

gerekmektedir. Aynı yıl dönemleri geçici vergi için kesilen vergi ziyayı cezasına tekrerrür hükümleri uygulanmasına hukuken olanak yoktur...’’⁴³ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Bir diğer görüşe göre ise, buradaki ifade, verilen ilk cezanın kesinleşmesinden sonra tekrerrür hükümlerinin uygulanabileceği azami süreyi tespit etmeye yöneliktir.⁴⁴ Geçmesi gereken ve yıllık zaman birimleriyle ifade edilen bu sürenin bitiş tarihini belirlemek için, başlangıcının da takvim yılı itibarıyla belli bir tarihe bağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu beş ve iki yıllık süreler, tekrerrür cezasının uygulama süresinin bittiği tarihi tespit etmek amacıyla taşıdığından, cezanın kesinleştiği tarihten izleyen takvim yılı başına kadar geçecek olan devrede aynı neviden işlenecek kabahat dolayısıyla tekrerrür hükmünün uygulanması gerekmektedir.⁴⁵ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; kanun koyucunun mezkur maddede böyle bir ifade kullanmasının sebebi, kanun sistematığına veya vergi hukukundaki kanun tekniğine uyma kaygısıdır. Mezkur maddeyi sistematik yorum yöntemiyle irdelediğimizde; gerek 213 Sayılı VUK’da, gerekse 6183 Sayılı AATUHK’da yer alan benzer sürelerin bitim tarihlerinin, mezkur maddede ifade edilmiş olduğu gibi metne alındığı görülmektedir.⁴⁶

VUK’un tarh zamanaşımını düzenleyen 114’üncü maddesinde; “*Vergi alacağına doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliği edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.*” şeklindedir. Bu hüküm, vergi idaresinin, örneğin KDV açısından vergi alacağına doğduğu takvim yılı içinde söz konusu KDV’yi tarh ve tebliğ etme yetkisini elinden almış değildir. Ceza kesmede zamanaşımını düzenleyen VUK’un 374’üncü maddesi; “*Aşağıda yazılı süreler geçtikten sonra vergi cezası kesilmez: 1- Vergi ziyayı cezasında, cezanın bağlı olduğu vergi alacağına doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden;...başlayarak beş yıl; 2- Usulsüzlükte, usulsüzlüğün yapıldığı yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak iki yıl;...*” biçimindedir. Burada da vergi idaresinin, vergi ziyayı veya usulsüzlük cezası kesebilmesi için takip eden takvim yılının başlamasını beklemesine gerek yoktur. Bunu tespit ettiği anda yani vergi ziyayı

⁴³ Dn. 4.D., 23.06.2011 tarih ve E: 2010/8825, K: 2011/5756; Dn. 4.D., 22.02.2011 tarih ve E: 2009/6033, K: 2011/867(www.hukukturk.com); Dn. VDDGK., 29.05.2013 tarih ve E: 2011/467, K: 2013/202 (www.kazanci.com)

⁴⁴ UYSAL/ERDĞLU, s.792; TOPALOĞLU, s.109; OKUMUŞ/GÖZE, s.50; COŞKUN/ÇELİK, s.72

⁴⁵ ÖZBALCI, s.906; ÜREL, s.888; KELECİOĞLU, s.41; İNALTONG, s.11; BALCI, s.137

⁴⁶ OKUMUŞ/GÖZE, s.50

açısından, cezanın bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılı içinde de veya usulsüzlüğün yapıldığı takvim yılı içerisinde de ceza kesebilir. Defter ve belgeleri muhafaza ödevini düzenleyen VUK'un 253'üncü maddesinde; *"Bu Kanuna göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttukları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikalari, ilgili buldukları yılı takibeden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar."* Bu hükmünün sadece lafzına bakıldığında mükellef veya vergi sorumlusunun tuttukları defterler ile bu Kanuna göre düzenlenmesi gereken belgelerin ilgili oldukları yılda muhafaza edilmelerine gerek olmadığı, bu yükümlülüğün ancak ertesi yıldan itibaren başladığı gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkacaktır. 6183 Sayılı Kanunun tahsil zamanasını düzenleyen 102'nci maddesinde; *"Amme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından başlayarak 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar..."* hükmünü içermektedir. Burada da alacaklı idarenin alacağını takip ve tahsil edebilmesi için vadeyi izleyen takvim yılının başlamasını bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yukarıdaki maddelere (VUK. 114, 253, 374; AATUHK. 102) bakıldığında, kanun koyucu, ilgili düzenlemelerde hak, yükümlülük, görev ve yetkilerin geçerli ve mümkün olduğu süre aralığını takvim yılı olarak belirlediğinde bu ifade kalıbını *"izleyen/takip eden takvim yılı başından başlayarak"* kullanarak belirleme yoluna gittiği görülmektedir. Bu itibarla sistematik yorumdan ve tekerrür hükmünün getiriliş amacından hareket edildiğinde; mezkur maddeyi, tekerrür hükmünü anlamsız kılacak biçimde yorumlama imkanının bulunmadığı söylenebilir.⁴⁷ Dolayısıyla, cezanın kesinleştiği tarihten aynı takvim yılının sonunu kadar aynı neviden bir kabahatin işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu konuda Danıştay vermiş olduğu bir kararda; *"...uzlaşma tutanağının düzenlendiği 06.02.1985 tarihinde kesinleşmiş bulunan kaçakçılık cezasını müstelzim filin beş yıl içinde tekrarlanması ve yukarıda açıklandığı üzere 1985 Eylül dönemi için kesilen kaçakçılık cezasına karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının Kanuna uygun bulunması nedeniyle davacı şirket hakkında kesilen tekerrür cezasında isabetsizlik görülmemiştir."*⁴⁸ ifadelerine yer vererek aynı yıl içinde kesinleşmiş bulunan cezayla aynı neviden yeni bir ceza kesilmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmasında kanuna aykırılık görmemiştir.

⁴⁷ OKUMUŞ/GÖZE, s.51

⁴⁸ Dn. 3.D., 14.02.1989 tarih ve E: 1988/1552, K: 1989/387 (IŞIK, s.22)

Bu konuda Maliye Bakanlığı gerek 4369 sayılı Kanun değişikliğinden önce Gelirler Genel Müdürlüğünün Burdur Valiliğine gönderdiği 15.11.1995 tarih ve 30/3009-339-11 sayılı yazısında,⁴⁹ gerekse de Kanun değişikliğinden sonra Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Yönetimi Daire Başkanlığı tarafından, aynı İdarenin Uygulama ve Veri Yönetimi Daire Başkanlığına hitaben yazılan 02.12.2008 gün ve B.07.1.GİB.0.02.30/3009-339-15 sayılı yazısında⁵⁰ ve Gelir İdaresi Başkanlığınca çıkarılan 15.08.2011 tarih ve VUK-49/2011-7 sayılı sirkülerde; VUK'un 339'uncu maddesinde yer alan "...cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere..." ibaresinin, tekerrürün uygulanacağı iki veya beş yıllık sürenin sona ereceği tarihin tespiti ile ilgili olduğunu, ilk fiil için kesilen cezanın kesinleştiği tarihten takip eden yılın başına kadar olan süre içinde aynı neviden bir ceza kesilmesini gerektiren fiilin işlenmesi durumunda cezanın artırımlı olarak uygulanması gerektiği şeklinde görüş belirterek idarenin konuya yaklaşımını ortaya koymuştur.

Uygulamada ve doktrinde tereddüt yaratan ve farklı değerlendirilen diğer bir nokta da tekerrür hükümlerinin uygulanacağı ikinci vergisel kabahatin ne zaman işlenmiş olması gerektiğidir. Bunun nedeni, 4369 Sayılı Kanunla VUK'un 339'uncu maddesinde yapılan değişiklikle, madde metninde yer alan ilk suçun cezasının kesinleşmesinden sonra **suçun (fiilin) tekrar işlenmesi** şartının; ilk suçun cezasının kesinleşmesinden sonra **tekrar ceza kesilmesi** şekline dönüştürülmüş olmasıdır.

Aşağıda değinilecek olan Anayasa Mahkemesi kararından önce vergi idaresinin; mezkur maddenin yeni halini sadece lafzından hareketle, yani madde hükmünde öngörülen tekrar ceza kesilmesini esas aldığını, mezkur maddede öngörülen süreler içinde kesilen aynı nevideki ikinci cezayı gerektiren kabahat fiilinin ne zaman işlenmiş olduğu hususunun üzerinde durulmadığı, fiili değil cezayı esas alıp geçmiş vergi dönemine dönerek tekerrür hükümlerini uyguladığı görülmektedir. Örneğin; 2008 yılına ait bir vergi ziyayı cezasının kesinleşmesinden hareketle 2007 yılına ait bir vergiye ilişkin olarak 2010 yılında kesilecek bir vergi ziyayı cezasının tekerrür nedeniyle zamlı kesilmesi yoluna gidilmekteydi. Tekerrür müessesesinin getiriliş amacına ve ruhuna uygun olmayan vergi idaresinin bu uygulaması

⁴⁹ "Şubat/1994 dönemine ait katma değer vergisi beyannamesini kanuni süresinden sonra veren mükellef adına kesilen kaçakçılık cezasının 15.5.1994 tarihinde kesinleşmesinden sonra, Haziran 1994 dönemine ait katma değer vergisi beyannamesinin de kanuni süresinden sonra verilmesi nedeniyle kesilmesi gereken kaçakçılık cezası için tekerrür hükmünün uygulanması gerekecektir."(ÖZYER, s.831)

⁵⁰ UZUNOĞLU, s.29

doktrinde haklı olarak eleştirildiği gibi,⁵¹ açılan davaların da idare aleyhine sonuçlandığı görülmüştür.⁵² Nihayetinde Zonguldak Vergi Mahkemesi bu hususla ilgili olmak üzere, VUK'un 4369 Sayılı Yasa'nın 9'uncu maddesiyle değiştirilen 339'uncu maddesinin, Anayasanın 2'nci ve 38'inci maddelerine aykırı olduğu savıyla konuyu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşımıştır.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda;⁵³ *“Ceza hukukunda “tekerrür” müessesesi, bir ceza mahkumiyetine kesin olarak uğrayan bir kimsenin, yeniden suç işlemesi halinde Ceza Kanunu karşısındaki kişisel durumunu tanımlar.*

Hukuka aykırı bir eylemin tekerrürü halinde verilecek cezanın artırılması, daha önce verilen cezanın ıslah edici olmadığı ve failin suç işleme konusundaki ısrarının daha ağır bir cezayı gerektirdiği düşüncesinden doğmaktadır. Bununla birlikte, failin tekerrür nedeniyle daha ağır bir ceza verilebilmesi, bir başka deyişle failin ıslah olmadığı ve suç işleme konusundaki ısrarının ortaya konulabilmesi için, hukuka aykırı bir eylemi failin birden çok kere gerçekleştirmiş olması tek başına yeterli olmayıp, tekerrüre esas alınan eylemi nedeniyle daha önce cezalandırılmış olmasına rağmen bu tarihten sonra aynı eylemde tekrar bulunmuş olması gerekmektedir.

...hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu tarih itibariyle hakkında daha önce verilen bir ceza bulunmayan kişinin daha sonraki bir tarihte almış olduğu bir cezanın esas alınarak ve tekerrür hükümleri uygulanarak cezasının artırılması hukuk devleti ilkesine uygun bulunmamaktadır. Suçu işlediği tarihte henüz mükerrir olarak kabulü mümkün olmayan kişiye tekerrür hükümlerinin uygulanması, suç ve cezaların yasallığı ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

...tekerrür hükmüne esas alınacak sonraki eylemin her halde ilk eylem için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olması gerektiği tabiidir. Bu nedenle, kural belirsiz ve öngörülemez değildir ve kuralın suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırı olduğundan da söz edilemez.” şeklinde karar vermiştir.

⁵¹ Doktrinde yapılan eleştirilerin temelinde, tekerrür dolayısıyla cezada artırma gidilmesinin mantığı; bir defa cezalandırılmasına rağmen ıslah olmayıp, aynı suçları işlemekte ısrar edenlerin daha ağır bir surette cezalandırılmasıdır. Mükerririn ıslah olup olmadığı ise ancak, cezanın kesinleşmesinden sonra aynı suçu yani fiili tekrarlayıp tekrarlamadığına bakılarak tespit edilebilir. Bak., ÜREL, s.887-888; KELECİOĞLU, s.42-43; ERDEM, s.17; COŞKUN/ÇELİK, s.74; İNALTONG, s.12-13; UÇAK, s.96; DİBO/ATSAN, s.94; GEZER, s.126

⁵² Dn. 4.D., 21.10.2010 tarih ve E: 2008/1493, K: 2010/5203(www.hukukturk.com)

⁵³ AYMK., 20/05/2010 tarih ve E:2009/51, K:2010/73 sayılı kararı, 02/12/2010 tarihli ve 27773 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi yapılan itirazı reddetmiş olmakla birlikte, ret kararının gerekçesindeki saptamalarıyla VUK'un 339'uncu maddesinin uygulamasına önemli bir katkı sağlamıştır. Yüksek Mahkeme ret kararının gerekçesinde öncelikle tekerrür uygulamasının ceza hukuku mantığı ve ilkelerini açıkladıktan sonra, VUK'un 339'uncu maddesinin ancak ceza hukuku mantığı ve ilkeleriyle uyumlu olarak yorumlanıp uygulanabildiği ölçüde Anayasaya uygun olacağını, aksi bir yorum ve uygulamanın ise hukuk devleti ile suç ve cezaların kanuniliği ilkelerine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.⁵⁴ Bu itibarla, vergi hukukundaki tekerrüre ilişkin hükümlerin uygulanmasında, tekerrüre esas alınacak sonraki fiilin (kabahatin) her halde ilk fiil (kabahat) için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olması ve cezasının da mezkur maddede belirtilmiş bulunan iki veya beş yıllık süreler içinde kesilmiş olması gerekmektedir.

İdare, tekerrürden dolayı arttırılarak uygulanacak olan cezayı gerektiren fiilin, daha önce kesilen ve kesinleşen cezaya ilişkin fiilin işlendiği tarihten önce veya sonraki bir tarihte işlenmiş olmasının sonuca etkili olmayacağı yönündeki düşüncesini, müstakar hale gelmiş olan yargı kararları ve nihayetinde yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararından sonra değiştirmiştir. İdare, Anayasa Mahkemesi kararının uygulamaya etkisine açıklık kazandırmak amacıyla çıkarmış olduğu 15.08.2011 tarihli ve VUK-49/2011-7 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri⁵⁵ ile uygulamasına yeniden yön vermiştir. Bu çerçevede çıkarılan Sirkülerde; *"Bu itibarla bundan böyle, bir vergi cezasının tekerrür hükmü sebebiyle arttırımlı uygulanabilmesi için tekerrüre esas alınacak sonraki fiilin her halde daha önce işlenmiş bir fiil için kesilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte işlenmiş olması gerekmektedir."* ifadesine yer verilerek bu konuda yaşanan ihtilaflara son verilmiştir.⁵⁶

⁵⁴ ERDEM, s.17; ORGAN/ÇEVİKCAN ise, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararına, tekerrürü düzenleyen yasa metninin çok açık bir şekilde kesinleşen cezaların tekerrürünü öngördüğünü, fiillerin işleniş tarihlerine değinmediğinden bahisle katılmadıklarını ifade etmektedirler. Bak., ORGAN/ÇEVİKCAN, s.62

⁵⁵ www.gib.gov.tr

⁵⁶ Ayrıca ilgili sirkülerde konunun daha iyi anlaşılması için şu örneklere de yer verilmiştir; "Örnek 1:

Gelir vergisi ve katma değer vergisi mükellefi olan Bay (A), 2009 yılına ilişkin gelir vergisi beyannamesini kanuni süresinde vermemiş, takdir komisyonuna sevk işlemi sonrasında Bay (A)'nın 1.000 TL tutarında vergi ziyasına sebep olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine, vergi dairesince 1.000 TL tutarında kesilen vergi ziyası cezası 01.09.2010 tarihinde vergi/ceza ihbarnamesi ile mükellefe tebliğ edilmiştir. Bay (A) tarafından kanuni süresi içerisinde uzlaşma, dava açma ve cezada indirim haklarının hiç biri kullanılmamış ve söz konusu ceza

1.2. Tekerrürün Sonuçları

VUK'da tekerrüre bağlanmış olan sonuç, tekerrür oluşturan ikinci kabahatin cezasının artırılmasıdır. Bu husus mezkur maddede; "...*tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyai cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yermibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu tekerrür durumunda, vergi ziyai ve usulsüzlük kabahatleri için ağırlıklarına göre farklı artırım oranları öngörmüştür. Ancak, tekerrürün tüm şartlarının gerçekleşmesi halinde cezanın artırılması vergi idaresinin takdirine bırakılmamış, artırım zorunlu tutulmuştur.⁵⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere usulsüzlük cezalarında, tekerrür nedeniyle ceza, %25 oranında artırılır. Ancak, aynı neviden usulsüzlüğün aynı takvim yılı içinde birden fazla işlenmesi ve usulsüzlüğün re'sen takdiri gerektirdiği durumlar özellik arz etmektedir. VUK'un 337'inci maddesine göre, genel usulsüzlük kabahatinin aynı takvim yılı içinde aynı neviden birden fazla işlenmesi halinde birden fazlasının her biri için, birincisine ait cezanın dörtte biri kesilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise aynı nevi usulsüzlükten kastın, fiillerin 352'nci maddede gösterilen derece ve fıkralar itibarıyla yekdiğerine mutabakatıdır şeklinde açıklanmıştır. Böyle bir durumda tekerrür hükümleri tam cezaya mı yoksa azaltılarak kesilen cezaya mı uygulanacaktır? Burada tekerrür nedeniyle artırıma tabi tutulacak ceza, azaltılmış ceza

01.10.2010 tarihinde kesinleşmiştir.

Bay (A) Eylül/2010 dönemine ait katma değer vergisi beyannamesini de süresinde vermemiş ve takdir komisyonuna sevk işlemi sonrasında 2.000 TL tutarında vergi ziyana sebep olduğu tespit edilmiştir. 01.11.2010 tarihinde Bay (A)'ya bir kez daha vergi ziyai cezası kesilmiştir. Buna göre, işlenen ilk fiile ilişkin vergi ziyai cezası kesinleşmiş olduğundan, kesinleşmeden sonra işlenen ikinci fiilden dolayı 01.11.2010 tarihinde Bay (A)'ya kesilen ceza, tekerrür hükmü nedeniyle % 50 artırımlı olarak ve 3.000 TL tutarında uygulanacaktır.

Örnek 2:

Gelir vergisi mükellefi olan Bay (A), 2009 yılına ilişkin gelir vergisi beyannamesini kanuni süresinde vermemiş, takdir komisyonuna sevk işlemi sonrasında Bay (A)'nın 1.000 TL tutarında vergi ziyana sebep olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine, vergi dairesince 1.000 TL tutarında kesilen vergi ziyai cezası 01.09.2010 tarihinde vergi/ceza ihbarnamesi ile mükellefe tebliğ edilmiştir. Bay (A) tarafından kanuni süresi içerisinde uzlaşma, dava açma ve cezada indirim haklarının hiç biri kullanılmamış ve söz konusu ceza 01.10.2010 tarihinde kesinleşmiştir.

Bay (A)'nın 2008 yılına ilişkin gelir vergisi beyannamesini süresinde vermesine rağmen matrahı düşük gösterdiği için verginin 500 TL eksik tahakkuk ettirilmesine ve bu suretle vergi ziyana neden olduğu, vergi incelemesi sonucu 02.05.2011 tarihinde tespit edilmiştir. Buna göre, daha evvel kesinleşmiş bir ceza bulunsa da, kesinleşmiş bu ceza daha sonra işlenmiş bir fiil nedeniyle kesilmiş olduğundan 2011 yılında kesilecek ceza, artırıma gidilmeksizin uygulanacaktır."

⁵⁷ BAYRAKLI/BOZDAĞ, s.388

olacaktır. Diğer bir ifadeyle tekerrür hükümleri, azaltılarak kesilen ceza üzerine uygulanacaktır.⁵⁸ Zira tekerrürün artırımı olarak uygulandığı vergi ziyayı veya usulsüzlük cezalarında dikkate alınan ceza, kesilen ikinci ceza (ikinci cezanın miktarı) olmaktadır.

VUK'nun 352'nci maddesinin birinci fıkrasında, “...*Usulsüzlük fiili re'sen takdiri gerektirirse, bağlı cetvelde yazılı cezalar iki kat olarak kesilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapıldığında re'sen takdiri gerektiren usulsüzlük cezalarında tekerrür nedeniyle yapılacak ceza artırımı, cezanın iki katı üzerinden hesaplanmalıdır. Çünkü belirtilen durumda cezanın aslı (kanuni tutar), normal usulsüzlük cezasının iki katıdır.⁵⁹ Vergi idaresinin uygulaması da re'sen takdiri gerektiren usulsüzlük cezalarında, tekerrür nedeniyle yapılacak artırımın, cezanın iki katı üzerinden hesaplanması şeklindedir.⁶⁰

Aynı yaklaşım, vergi ziyasına 359'uncu maddede yazılı kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle sebebiyet verilmesi halinde kesilecek üç kat vergi ziyayı cezası (VUK. m. 344,f. 2) veya vergi incelemesine başlanılmadan veya takdir komisyonuna sevk edilmeden önce, kanuni süresi geçtikten sonra verilen vergi beyannameleri için kesilen yüzde elli oranındaki vergi ziyayı cezaları (VUK. m. 344,f. 3) için de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle bu durumlarda tekerrür nedeniyle zamlı kesilen cezaya esas alınacak vergi ziyayı cezası, üç kat veya yüzde elli olarak uygulanacak ceza olacaktır. Çünkü belirtilen durumlarda cezanın aslı (kanuni tutar), bir kat olarak kesilmesi gereken vergi ziyayı cezasının üç katı veya yüzde ellilik oran olmaktadır.

Tekerrür hükümlerinin uygulanması sonucunda artırılacak ceza tutarının tespiti bakımından, mezkur maddede herhangi bir sınıra yer verilmemiş olması özellikle vergi ziyayı cezası bakımından bir takım adaletsiz uygulamalara neden olabilmekte ve bu durum yazında haklı olarak eleştiri konusu olmaktadır. Örneğin, hakkında kesinleşmiş 100 TL vergi ziyayı cezası bulunan bir mükellefin, daha sonra 200.000 TL vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren bir durumunun ortaya çıkması halinde, ikinci ceza (tekerrüre ilişkin diğer şartların da varlığı halinde) %50 oranında artırılarak 300.000 TL olarak uygulanacaktır. Bu durum, tekerrür müessesesinin güttüğü mükellefin ıslah

⁵⁸ ŞENYÜZ, s.240

⁵⁹ UYSAL/EROĞLU, s.794

⁶⁰ ÖZBALCI, s.912; ancak Dn.4.D., 20.04.1971 tarih ve E: 1969/1590, K:1971/2183 sayılı kararında, vergi idaresinin bu uygulamasını uygun bulmamış, hesaplamanın, cezanın normal tutarı üzerinden yapılması gerektiği şeklinde hüküm vermiştir.(ÖZBALCI, s.913)

olmasını sağlama amacını da aşacak biçimde haksız bir uygulamaya sebep olabilmektedir.⁶¹ Bu noktada ortaya çıkabilecek adaletsiz uygulamaları ortadan kaldıracak bir kanuni düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Uygulamada tekerrür nedeniyle zamlı kesilen vergi cezalarına ilişkin vergi/ceza ihbarnamelerinin “Yapılan Tarhiyatın/Kesilen Cezanın Nedeni” kısmında, sadece “Vergi Usul Kanunu’nun 339. maddesi uygulanmıştır.” ifadesine yer verilmeyle yetinildiği, tekerrür hükmünün uygulanmasına neden olan dayanak cezanın türü ile kesilme ve kesinleşme tarihlerine ilişkin herhangi bir bilgiye yer verilmediği görülmektedir.⁶²

Tekerrür uygulaması cezai niteliğinden dolayı asıl cezanın artırılması şeklinde tali bir görünüme bürünse de asıl cezanın tabi olduğu tüm esas ve usul kurallarına bağlıdır. Vergi idaresinin tekerrür kapsamında cezayı artırdığı işlemde, tekerrürün hukuki nedenini açıkça ortaya koyması ceza muhatabının kendisini savunabilmesi için bir ön koşuldur. Bu itibarla, ceza muhatabının tekerrür uygulamasının gerekliliğini ve geçerliliğini anlayabilmesi ve gerektiğinde buna karşı itiraz edebilmesi için tekerrüre esas alınan cezayı bilmesi ve bunu idari işlemde görmesi gerekir. Çünkü, bu işlemin varlığı-yokluğu, bu ilk cezanın kesinleşip-kesinleşmediği, ilk ceza ile ikinci cezanın türü, iki ceza kesme işlemi arasında geçen sürenin tekerrüre uygun olup olmadığı gibi hususlara ceza muhatabı itiraz edebilecektir. Bu bakımdan, tekerrür hükmünün uygulanmasına dayanak teşkil eden ilk cezanın açıkça ceza kesme işleminde belirtilmiş olması gerekir.⁶³ Nitekim Danıştay bu konu ile ilgili olarak verdiği bir kararda⁶⁴; “*gerek inceleme raporundan gerekse dosyadaki diğer belgelerden, söz konusu cezanın kesilmesini gerektirecek fiilin varlığı yolunda yani kaçakçılık cezasını gerektirecek fiilin 5 yıl içinde tekrarlandığına dair her hangi bir tespite veya iddiaya rastlanılmaması nedeniyle, yükümlü adına kaçakçılıktan ayrı olarak tekerrür cezası da kesilmesinde isabet görülmemiştir.*” şeklinde karar vermiştir. Dolayısıyla, tekerrür hükümleri uygulanmak üzere ceza kesilmesi gerektiğinde, ceza kesilen adına tebliğ olunacak vergi/ceza ihbarnamesinin “Yapılan Tarhiyatın/Kesilen Cezanın Nedeni” kısmında; cezanın VUK’un 339’uncu maddesi

⁶¹ PALA, s.139; IŞIK, s.28-29; DOĞRUSÖZ, Tekerrür-II, s.251; UZUNOĞLU, s.35; UÇAK, s.96; aksi görüşte olan ORGAN/ÇEVİKCAN ise, cezaya bir sınır getirilecek olmasının tekerrür müessesesinin caydırıcılığı ve ıslah edici unsurlarını zedeleyeceğini ifade etmektedirler. Bak., ORGAN/ÇEVİKCAN, s.60-61

⁶² OKUMUŞ/GÖZE, s.52

⁶³ ERDEM, s.13

⁶⁴ Dn. 4. D., 25.01.1989 tarih ve E: 1998/399, K: 1989/388(ERDEM, s.13)

uyarınca artırılmış olduğu hususunun ve tekrür hükmünün işletilmesine neden olan cezanın türü ile kesilme ve kesinleşme tarihlerinin belirtilmiş olması gerekir.⁶⁵ Böylelikle cezadaki artırımın varlık ve geçerlilik sebepleri hakkında bilgilendirilen ceza muhatabı, izleyeceği yolu belirleme imkanına sahip olabilecektir.

SONUÇ

VUK'un 339'uncu maddesinde düzenlenmiş olan tekrür kurumu, vergi kabahatlerinin tekrardan kaçınılmasını sağlanması veya kabahatleri belli şartlar dahilinde tekrarlayanların farklı şekilde cezalandırılmasını sağlayan bir suç politikası aracıdır. Çalışmamızda tekrürün geçerlilik şartları, bunlara bağlanan sonuçlar ile uygulamada tereddüt oluşturan ve tartışmalara neden olan konular ele alınmış ve bu konular hakkındaki görüşlerimize yer verilmiştir.

Cezanın tekrür nedeniyle artırımı olarak uygulanabilmesi için, tekrüre esas alınacak sonraki fiilin her halde ilk fiil için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte işlenmiş olması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir. Mezkur maddenin lafzından hareketle sadece lafzi yorumla ilk fiil için kesilen cezanın kesinleştiği tarihten, izleyen yılın başına kadar olan süre içinde aynı neviden bir ceza kesilmesi durumunda cezanın artırımı olarak uygulanmayacağı anlamı çıkıyorsa da, kanun koyucunun mezkur maddede böyle bir ifade kullanma sebebinin, yasa sistematığına veya vergi hukukundaki yasa yapma tekniğine uyma kaygısından kaynaklandığını bundan dolayı bu süre aralığında tekrarlanan aynı nevideki kabahatlere tekrür hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Vergi kanunlarının uygulanmasında tereddüt edilen hususlarda yorumlama yöntemleri elbette önem taşımaktadır. Ancak, özellikle suç ve cezalara ilişkin konularda veya bunların yansımalarında, temel hususların, farklı görüş ve yorumlara yer vermeyecek surette ilgili maddelerde açıkça ortaya konulması zorunluluk taşımaktadır. Bu bağlamda özel usulsüzlüklerin tekrür hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağına; cezaların hangi hallerde kesinleşmiş sayılacağına ve tekrürün amacını aşan ve bazen haksızlıklara neden olabilen artırılacak ceza tutarına hiçbir sınır çizilmemiş olmasına ilişkin belirsizlikleri ve yorum farklılıklarını ortadan kaldıracak yasal düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

⁶⁵ OKUMUŞ/GÖZE, s.52

KAYNAKÇA

- ASLANPINAR, Y.Burak, Vergi Suç ve Cezalarında Tekerrür-I, Yaklaşım, Sayı:193, Ocak 2009, s. 271-273
- BAKAR, Feride, Vergi Kabahatlerinde ve Vergi Suçlarında Tekerrürün İncelenmesi, Vergi Sorunları, Sayı:261, Haziran 2010, s. 175-185
- BALCI, Süleyman Hayri, Vergi Suç ve Cezalarında Tekerrür, Vergi Dünyası, Sayı:235, Mart 2001, s. 134-139
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin/
- BOZDAĞ, Ahmet, Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi, C.X, S II, 2008, s. 375-395
- BAYRAKLI, H. Hüseyin, Vergi Suç ve Kabahatleri, Celepler Matbaacılık, 2. Baskı, Afyonkarahisar-2011
- BİLGİÇ, Rıza, Tekerrür Hükümünü Uygulamak Vergi Dairesinin mi Denetim Elemanının mı Birincil Görevidir? Özellikli Bir Durum, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı:582, Ağustos 2013, s. 77-80
- COŞKUN, Mahmut/
- ÇELİK, Volkan, Tekerrür: Uygulama, Eleştiri ve Öneriler, Vergi Raporu, Sayı:138, Mart 2011, s. 68-76
- ÇELİK, İshak/KAYA, Celal, Vergi Hukukunda Tekerrür ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Vergi Raporu, Sayı:125, Şubat 2010, s. 78-85
- DİBO, Mete / ATSAN, Emre, Vergi Ziyayı ve Usulsüzlük Suçlarında Tekerrüre İlişkin Karşılaşılan Sorunlar, Vergi Dünyası, Sayı:389, Ocak 2014, s. 90-98
- DOĞRUSÖZ, A. Bumin, İdari vergi yaptırımlarında Tekerrür, Referans Gazetesi, (http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=105638 erişim 25 Kasım 2014)
- DOĞRUSÖZ, M. Ezhan, Vergi Ceza Hukuku'nda Tekerrür-I, Yaklaşım Dergisi, Yıl:13, Sayı:155, Kasım 2005, s.253-259

- DOĞRUSÖZ, M. Ezhan, Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür-II, Yaklaşım, Sayı:156, Aralık 2005, s.248-252
- ERDEM, Tahir, Vergi Cezalarında Tekerrür Uygulaması, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Sayı:282, Ekim 2011, s. 6-22
- ERMAN, Sahir, Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul-1988
- GEZER, Güngör, Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür Uygulaması İle İlgili Özellik Arz Eden Durumlar, Vergi Sorunları, Sayı: 302, Kasım 2013, s. 124-129
- GÖKCEN, Ahmet, Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Eylül 2003
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara-2013
- IŞIK, Ekrem, Vergi Usul Kanunu'nda Tekerrür, Vergi Sorunları, Sayı:245, Şubat 2009, s.17-30
- İNALTONG, Ceyhan, Vergi Suçlarının ve Vergi Cezalarının Tekerrüründe Ceza Uygulaması, Vergi Dünyası, Sayı:353, Ocak 2011, s. 4-14
- KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007
- KELECİOĞLU, M. Aykut, Vergi Usul Kanunu'nun Tekerrür Hükmü Uygulamasında İkinci Suç Kavramı, Vergi Sorunları, Sayı:167, Ağustos 2002, s.39-44
- KOCAHANOĞLU, Osman Selim, Gerekçeli Açıklamalı Vergi Kanunları, Temel Yayınları, İstanbul-1998
- KOCAHANOĞLU, Osman Selim, Vergi Suçları ve Cezalarından Kurtulma Yolları, 2. Baskı, Yayı Matbaacılık, İstanbul-1983
- OKAY, Sadık, Tekerrürün Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergileri, Cilt 9, Sayı: 1-2, 1952, s.331-346 (<http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/details.php?recid=1195&access=details&lng=0>, erişim 9 Aralık 2014)

OKUMUŞ, Semi/

GÖZE, Mustafa Kemal, Vergi Cezalarında Tekerrür Uygulamasından ve Yorum Farklarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Vergi Sorunları, Sayı:278, Kasım 2011, s.47-54

ORGAN, İbrahim/

ÇEVİKCAN, Fatih, Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür ve Aksayan Yönleri, Vergi Raporu, Sayı: 141, Haziran 2011, s.54-66

ÖNER, Erdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara-2014

ÖZBALCI, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara-2012

ÖZTÜRK, Bahri/

ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara-2011

ÖZYER, M. Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 4. Baskı, İstanbul-2008

PALA, Orhan, Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Tekerrür Müessesesinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Vergi Dünyası, Sayı:341, Ocak 2010, s. 133-141

SİLAHŞÖR, Mert, Vergi Hukukunda Tekerrür Kurumu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2013/2, s. 279-288

ŞENYÜZ, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa-2011

TOPALOĞLU, Fatih, Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Tekerrür Müessesesinin Uygulanması ve Tartışmalı Hususlar, Vergi Dünyası, Sayı:347, Temmuz 2010, s.105-111

TÖRALP, Funda, Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Vergi Sorunları, Sayı:246, Mart 2009, s. 221-233

UÇAK, Mesut, Vergi Usul Kanununda Yer Alan Tekerrür Müessesesi Anayasa Mahkemesi Kararı Doğrultusunda Yapılan İdari Düzenlemelerle Çözüldü Mü?, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 560, Ekim 2011, s. 92-100

UYSAL, Ali/EROĞLU, Nurettin, Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, Sözkese Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara-2009

UZUNOĞLU, Nihat, VUK'nda Yer Alan Tekerrür Hükmünün Uygulanma Zamanı ve Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi-I, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Sayı:86, Şubat 2011, s. 25-36

ÜREL, Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2007

www.gib.gov.tr

www.hukukturk.com

www.kazanci.com

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK VERGİ SİSTEMLERİNDE ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

Ayşe Elif YILDIRIM*

ÖZET

Avrupa Birliği bünyesinde, üye devletlerin vergi sistemlerinin uyumlaştırılması iç pazarın işleyişi açısından önemli olduğundan, Özel Tüketim Vergisi alanında ikincil mevzuat kabul edilmiştir. Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum sağlanması amacıyla, Türk vergi sistemi 2002 yılında Özel Tüketim Vergisi ile tanışmıştır. Ancak, her ne kadar Türkiye üyelik için başvurarak, kendi mevzuatını Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmişse de, Özel Tüketim Vergisi sistemi Avrupa Birliği sistemi ile tam uyum içerisinde değildir. Öte yandan, Avrupa Birliği düzeyinde de, üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki vergilendirme alanında hedeflenen uyum tam olarak sağlanamamıştır, üye devletlerin vergi sistemleri arası farklılıklar gözlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa Birliği, İç Pazar, Özel Tüketim Vergisi, Avrupa Birliği Vergilendirme Politikası, Avrupa Birliği Katılım Süreci.*

EXCISE DUTIES UNDER EUROPEAN AND TURKISH TAX SYSTEMS

ABSTRACT

Harmonization of taxation systems of member states is important for the functioning of the internal market, thus secondary legislation on excise duties has been adopted by the European Union. In order to comply with the European Union acquis, excise duties have been introduced to Turkish tax system in 2002. However, even though Turkey put itself under the obligation to harmonize its legislation with the European Union by applying for membership, the excise duty system is not fully in compliance with the European Union system. On the other hand, at the level of European Union as well the harmonization that was targeted in the taxation area between member states' legal systems has not been fully reached and there are still differences between their tax systems.

Keywords: *European Union, Internal Market, Excise Duties, European Union Taxation Policies, European Union Accession Process.*

* Av., Catolica Global School of Law (LL.M.), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Öğrencisi), a.e.yildirim88@gmail.com

Giriş

Avrupa Birliği (ya da bu makale içerisinde zaman zaman kısaltıldığı gibi “**Birlik**”) başından beri ekonomik amaçları olan, daha sonra Lizbon Sözleşmesi¹ ile kabul edildiği şekilde tüzel kişiliği de haiz, her ne kadar bu husus tartışılmalı da olsa, politik bir kurum olma yolunda ilerleyen bir oluşumdur. Ancak Avrupa Birliği’nin ana gayesi ekonomik entegrasyondur ve bunun güçlendirilmesi için oluşturulan ve sürekli geliştirilen “İç Pazar”² kurumu Avrupa Birliği’nin en önemli olgusudur.

İç pazar kavramı Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma’nın³ (“**ABİA**”) 26. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre iç pazar, malların, insanların, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı, dolaşımı engelleyecek hiçbir iç bariyerin ve sınırlamaların bulunmadığı bir alandır⁴. Bu alan üye devletlerin sınırları içinde oluşturulmuştur. Üye devletler ise 2014 yılı itibariyle 28 tanedir: Almanya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan (bu makale kapsamında ilgili devletlerden herhangi bir tanesinden bahsedildiğinde “**Üye Devlet**”, bütün hepsinden bahsedildiğinde “**Üye Devletler**” olarak anılacaktır).

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere iç pazar, bir takım serbestilerin tanıdığı bir alandır. ABİA’nın 26. maddesine göre iç pazar özellikle dört faktörün

¹ Avrupa Birliği nezdinde yapılan anayasalaşma çabalarının sonuç vermemesi üzerine, bu çalışmaların bir nihayete ulaşması için Nice Antlaşması’nda reformlar yapmak üzere 2006 yılında çalışmalara başlanmış ve sonuç olarak Nice Antlaşması’nda ve dolayısıyla Avrupa Birliği’nin niteliğinde büyük değişiklikler yapan Lizbon Antlaşması hazırlanmıştır. Lizbon Antlaşması Üye Devletler arasında 2007’de imzalanmış olup, İrlanda’da referandumuna takıldığı için ancak 2009’da yürürlüğe girebilmiştir.

² İngilizce olarak: *Internal Market*

³ *Treaty on Functioning of the European Union*, eski adıyla Avrupa Topluluğu Antlaşması olan bu sözleşme Lizbon Antlaşması ile bugünkü ismini almıştır.

⁴ Ekonomik anlamda ortak pazar (Avrupa Birliği nezdinde de önceleri Ortak Pazar (*common market*) terimi kullanırken, şimdi İç Pazar (*internal market*) terimini kullanmaya başlamıştır), ekonomik entegrasyon sürecinin aşamalarından bir tanesidir ve taraflar arasında mal ve üretim faktörlerinin dolaşımının sağlandığı tek bir pazar kurma amacını taşır. Bunu gerçekleştirmek için ise, ortak pazarın tarafları arasında mal ticaretine uygulanan engelleri kaldırır, üçüncü ülkelere karşı ortak dış ticaret politikası uygular ve taraflar arasında belli bazı üretim faktörlerinin serbest dolaşımı sağlar. Avrupa Birliği, ekonomik entegrasyon sürecinin bu safhasını büyük ölçüde tamamlamıştır. Ekonomik entegrasyon sürecinin açıklaması için bkz: **Belgin Akçay ve İlke Göçmen**, Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar, s. 329-332

serbest dolaşımını sağlayarak güçlendirilir: **(i)** malların serbest dolaşımı; **(ii)** kişilerin serbest dolaşımı; **(iii)** hizmetlerin serbest dolaşımı ve **(iv)** sermayenin serbest dolaşımı⁵. İç pazarın amacı, oluşturulan bu serbestiler sayesinde bir üye devlette üretilen ürünlerin ya da sağlanan hizmetlerin diğer üye devletlerin pazarlarında da hiçbir engelle karşılaşmadan sunulabilmesidir. Lizbon Antlaşması çeşitli hükümlerinde bu gayeye erişmek için gerekli tekniklerden bahseder.

İç pazarın oluşumu için gerekli olan tekniklerden bir tanesi de üye devletlerin vergi sistemlerinin uyumlaştırılmasıdır. Üye devletlerin vergi sistemlerinde bulunan farklılıklar özellikle ticareti etkilemekte ve ekonomik hayatı sekteye uğratabilmektedir. Bu durumun farkında olan Avrupa Birliği, ABİA'nın 110 ila 113. maddelerinde bu hususu düzenlenmiştir. Bu vesileyle Avrupa Birliği düzeyinde serbestilerin daha verimli kullanılması gayesini de akılda tutarak çeşitli vergi sistemi uygulamalarının ikincil mevzuatla⁶ da uyumlaştırılmasına gidilmiş ve Birlik seviyesinde düzenlemeler yapılmıştır. Uyumlaştırma amacıyla düzenleme yapılan alanlardan birisi de Özel Tüketim Vergisi⁷'dir. ABİA'nın 113. maddesi,

“Konsey, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, Avrupa Parlamentosu'na ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, iç pazarın kurulması ve işleyişinin sağlanması ve rekabetin bozulmasından kaçınılması için gerekli olduğu ölçüde, muamele vergileri, **özel tüketim vergileri** ve diğer dolaylı vergilere ilişkin mevzuatın uyumlaştırılmasına yönelik hükümler kabul eder.”⁸

⁵ İngilizce olarak: *(i) Free Movement of Goods; (ii) Free Movement of Persons; (iii) Free Movement of Services; ve (iv) Free Movement of Capital*

⁶ Lizbon Sözleşmesi ile normlar hiyerarşisi kabul edilmiş ve Avrupa Birliği nezdinde çıkarılan kanunların bir hiyerarşie tabi olacağı belirtilmiştir. Buna göre, birincil mevzuat ve ikincil mevzuat şeklinde ayırım yapılmış ve Kurucu Antlaşmaların birincil mevzuat olduğu ve bu Kurucu Antlaşmalar'a istinaden çıkarılan tüzük (*regulation*) ve yönergelerin (*directive*) ise ikincil mevzuat olduğu kabul edilmiştir. Doğal olarak, ikincil mevzuat birincil mevzuatın, normlar hiyerarşisi açısından, altında yer alır.

⁷ İngilizce olarak: *Special Consumption Tax* ya da *Excise Duty*

⁸ Çeviri Avrupa Birliği Bakanlığı'nın yayınladığı çeviri metninden alınmıştır. (<http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>) Söz konusu maddenin İngilizce metni şu şekildedir: “The Council shall, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, adopt provisions for the harmonisation of legislation concerning turnover taxes, **excise duties** and other forms of indirect taxation to the extent that such harmonisation is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market and to avoid distortion of competition.” (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

diyerek, özel tüketim vergilerinin Avrupa Birliği'nin yasama yetkisine girdiğini kabul etmiştir⁹.

Türkiye'nin Avrupa Birliği serüveni ise Ankara Antlaşması olarak bilinen, Aralık 1964'te Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan ortaklık antlaşması ile başlamıştır. 1995 yılında Avrupa Birliği ile Türkiye arasında Gümrük Birliği Antlaşması imzalanmıştır. Avrupa Konseyi Türkiye'ye aday ülke statüsünü Aralık 1999'da vermiş, katılım müzakereleri ise Ekim 2005'te başlamıştır. Türkiye bu katılım müzakereleri çerçevesinde kendi mevzuatını Avrupa Birliği mevzuatına uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmiştir. Mevzuat uyumlaştırma yükümlülüğü altında bulunan alanlardan bir tanesi de vergilendirme alanıdır.

Bu makalede öncelikle Özel Tüketim Vergisi kavramı incelenecek, daha sonra sırasıyla Avrupa Birliği ve Türk mevzuatında bu konunun nasıl düzenlendiği açıklanacaktır. Son olarak bu iki sistemin karşılaştırması yapılacak ve katılım müzakereleri sürecinde bu alana ilişkin katedilen ilerlemelerden bahsedilecektir.

A. ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ KAVRAMI

Vergi, devlet ve kamu kuruluşlarının, kamu harcamalarını karşılamak üzere kişilerden zorla (hukuki ve siyasi olarak) aldığı para olarak tanımlanabilir. Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak toplanmaktadır. 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde de vergi, anayasal bir ödev olarak düzenlenmiştir¹⁰.

Vergiler, devletlerin en önemli gelir kaynağı olup kamu harcamalarını finanse etmek için kullanılır. Bu kamu harcamaları, yol, okul, baraj yapımı olabileceği gibi, yasama, yürütme faaliyetleri uygulanırken yapılan harcamalar da olabilir.

⁹ Burada "paylaşılan yetki (*shared competence*)" söz konusudur. Dolayısıyla, hem Üye Devletler hem de Birlik söz konusu alan hakkında bağlayıcı düzenlemeler yapabilmektedirler. Üye Devletler, Birlik'in yetkisini kullanmadığı alanlarda düzenleme yapma yetkisine sahiptirler. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz: **Paul Craig**, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, s. 167-173

¹⁰ "VI. Vergi ödevi

MADDE 73.– Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."

Vergi, yukarıda belirtildiği gibi kamu giderlerinin finansmanı için toplanmakla beraber, gelirin yeniden dağılımı ve ekonomik istikrarın sağlanması, iktisadi büyümenin ve kalkınmanın gerçekleştirilmesi ya da çok daha spesifik, örneğin iç ticaretin gelişmesi gibi amaçlarla da toplanır¹¹.

Verginin ne için harcanacağı alındığı sırada belli değildir. Ancak, alınan her verginin konusu bellidir. Kanunda, ne üzerinden vergi alınacağı, gelir vergisi, damga vergisi vs. gibi, açık ve net bir şekilde belirtilmiştir.

Sonuç olarak vergi, Prof. Dr. Ateş Oktar tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

“Vergi, kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak için gereken kaynakları oluşturmak ve bazı ekonomik ve sosyal amaçları gerçekleştirmek üzere, egemen kamu otoritesi tarafından kişilerden kamu gücüne dayanılarak alınan paydır”¹².

Özel Tüketim Vergisi ise, sadece belirli mal gruplarının vergilendirildiği, tek aşamalı, az sayıda yükümlüsü olan, yönetimi kolay bir vergi olarak tanımlanmaktadır¹³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bu vergi türü, genel tüketim vergileri ve katma değer vergilerinden farklı olarak sadece belli mallar için uygulanmaktadır. Ancak Özel Tüketim Vergisini detaylıca açıklamadan önce, Özel Tüketim Vergisinin vergi hukuku teorisi içinde nerede yer aldığına bakmak gerekir:

1. VERGİLERİN SINIFLANDIRILMASI

Vergilerin sınıflandırılmasında çeşitli ayrımlar söz konusudur. Biz burada Türk vergi sistemini de baz alarak iki ayrım türünü açıklayacağız: Konularına göre yapılan ayrım, yani Gelir/Harcama/Servet üzerinden alınan vergiler ayrımı ile Dolaylı/Dolaysız vergiler ayrımı:

(i) Vergilerin Konularına Göre Yapılan Ayrım: Gelir/Harcama/Servet Üzerinden Alınan Vergiler Ayrımı

(ii) Gelir üzerinden alınan vergiler: Gelir üzerinden alınan vergiler Türk vergi sisteminde iki tanedir: Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi.

Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içerisinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olarak, 6 Ocak 1961 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinde tanımlanmıştır. Yine

¹¹ Daha fazla bilgi için bkz.: Ateş Oktar, Vergi Hukuku, s. 14-18

¹² *Ibid*, s. 4

¹³ Kemal Oktar; Özel Tüketim Vergisi, s. 9

aynı maddeye göre, gerçek kişilerin gelirleri vergiye tabidir. Aynı kanunun 2. maddesine göre ise, ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ve diğer kazanç ve iratlar, gelirin unsurlarını oluşturur.

Kurumlar vergisinin konusunu ise kurumların elde ettiği kazançlar oluşturur. 21 Haziran 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesine göre ise, kurumlar vergisi mükellefleri, yani “kurumlar”, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarıdır. Yine aynı madde 2. fıkrasında, kurum kazançlarının gelirlerinin unsurlarının Gelir Vergisi Kanunu’nda sayılan unsurlardan oluştuğunu hükme bağlamıştır.

(iii) Harcamalar üzerinden alınan vergiler: Harcamalar üzerinden alınan vergilere örnek olarak şunlar verilebilir: Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi, özel iletişim vergisi, şans oyunları vergisi, damga vergisi, gümrük vergisi.

Bu başlık altında bahsedilen Özel Tüketim Vergisi bu makalenin konusu olduğundan burada üzerinde durulmayacaktır; ancak bu vergi türlerinin en bilineni olan katma değer vergisinden kısaca bahsetmek gerekir.

Katma değer vergisi, tüm mal ve hizmetleri vergi konusu içine alan ve üretim aşamasından son tüketime kadar her ekonomik aşamayı kapsayan ve her ekonomik aşamada yeniden hesaplanan bir vergi türü olarak tanımlanabilir¹⁴. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere katma değer vergisi çok aşamalı bir vergi türüdür. Katma değer vergisi, günümüzde en yaygın vergi türü konumundadır. 2 Kasım 1984 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 1. maddesi hangi işlemlerin katma değer vergisine tabi olacağını sıralamıştır. Buna göre:

“Türkiye’de yapılan aşağıdaki işlemler katma değer vergisine tabidir:

1. Ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler,

2. Her türlü mal ve hizmet ithalatı,

3. Diğer faaliyetlerden doğan teslim ve hizmetler:

a) Posta, telefon, telgraf, teleks ve bunlara benzer hizmetler ile radyo ve televizyon hizmetleri,

¹⁴ Doğan Şenyüz; Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Türk Vergi Sistemi Dersleri, s. 229

b) (Değişik: 14/3/2007-5602/10 md.) Her türlü şans ve talih oyunlarının tertiplenmesi ve oynanması,

c) Profesyonel sanatçıların yer aldığı gösteriler ve konserler ile profesyonel sporcuların katıldığı sportif faaliyetler, maçlar, yarışlar ve yarışmalar tertiplenmesi, gösterilmesi,

d) (Değişik : 16/6/2009-5904/8 md.) Müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar ile 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimi,

e) Boru hattı ile hampetrol, gaz ve bunların ürünlerinin taşınmaları,

f) Gelir Vergisi Kanununun 70 inci maddesinde belirtilen mal ve hakların kiralanması işlemleri,

g) Genel ve katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine, belediyeler ve köyler ile bunların teşkil ettikleri birliklere, üniversitelere, dernek ve vakıflara, her türlü mesleki kuruluşlara ait veya tabi olan veyahut bunlar tarafından kurulan veya işletilen müesseseler ile döner sermayeli kuruluşların veya bunlara ait veya tabi diğer müesseselerin ticari, sınai, zirai ve mesleki nitelikteki teslim ve hizmetleri,

h) Rekabet eşitsizliğini gidermek maksadıyla isteğe bağlı mükellefiyetler suretiyle vergilendirilecek teslim ve hizmetler.”

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri bu maddede sayılan işlemlerin Türkiye’de gerçekleşmesi gerektiğidir, her ne kadar bu maddede bahsedilen bir işlemlerden biri gerçekleşmiş de olsa, eğer işlem Türkiye sınırları içerisinde vukuu bulmadıysa, Türkiye Devleti vergilendirme yapamaz. Örneğin, İsviçre’de gerçekleştirilen bir posta gönderisinden Türkiye Devleti vergi isteyemez.

Özel Tüketim Vergisinin konusunu ise aşığıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan, kanunda belirtilen bir grup mal oluşturur ve hizmetler bu kapsama girmez. Katma değer vergisinden farklı olarak Özel Tüketim Vergisi bir defaya mahsus tahsil edilir. Yani tek aşamalıdır.

(iv) **Servet üzerinden alınan vergiler:** Servet üzerinden alınan vergiler ise: Veraset ve intikal vergisi, emlak vergisi ve motorlu taşıtlar vergisi olarak sıralanabilir.

Veraset ve intikal vergisi, bir kişinin ölümü ile malvarlığının mirasçılara geçmesi halinde ya da sağlararası ivazsız mal intikali olması halinde alınan bir vergi türüdür¹⁵.

11 Ağustos 1970 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu’nun 1. ve 12. maddelerine göre, emlak vergisinin konusunu Türkiye içeresinde bulunan binalar, araziler ve arsalar oluşturur.

Motorlu taşıtlar vergisinin konusunu ise, 23 Şubat 1963 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu’na göre, Karayolları Trafik Kanununa göre trafik şube veya bürolarına kayıt ve tescil edilmiş bulunan motorlu kara taşıtları ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne kayıt ve tescil edilmiş olan uçak ve helikopterler oluşturur.

(a) Dolaylı/Dolaysız Vergi Ayrımı

(i) *Dolaylı Vergi:* Esas olarak harcamalar üzerinden alınan vergilere dolaylı vergi denmektedir. Bir malın, eşyanın veya değerin bir kişiden başkasına devri ya da hizmetlerin satışı sırasında oluşan vergi türüne dolaylı vergi denmektedir. Bu tip vergilerde kanuni mükellef ile fiili mükellef farklı kişilerdir, çünkü vergi yansıtılır. Vergiyi ödeyen kanuni mükellefler, ticari hayatın akışında ödedikleri vergiyi tutar olarak alıcıya veya tedarikçiye yansıtırlar.

(ii) *Dolaysız Vergi:* Esas olarak, gelir ve servet üzerinden alınan vergilerdir. Dolaysız vergiler mükellefin şahsi durumunu dikkate alır bu yüzden vergi adaletini sağlamada daha etkilidirler. Örneğin, ödeme gücüne göre bir takım indirimler yapılabilmektedir. Dolaysız vergilerin mükellefleri önceden belirlidir, yukarıda belirtildiği gibi kanun mükellefleri sayma yoluna dahi gitmiştir. Aynı zamanda bu tip vergilerin ödeme zamanları da belirlidir, önceden tespit edilebilirliği vardır. Örneğin, her ay tahakkuk edilir.

Avrupa Birliği Hukuku göz önüne alındığında, dolaylı vergiler, satış üzerinden alınan vergiler, doğrudan vergiler ise gelir üzerinden alınan vergiler olarak tanımlanmıştır¹⁶. Bu tanımın Türk vergi sistemindeki ayrımla paralel olduğu söylenebilir.

¹⁵ *Ibid*, s. 336

¹⁶ Paul Craig ve Grainne De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials, Fifth Edition*, s. 631

2. BİR HARCAMA ÜZERİNDEN ALINAN VERGİ TÜRÜ OLARAK ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

Özel Tüketim Vergisi, genel tüketim vergisinden daha eski olup, geçmiş Antik Mısır'a kadar dayanır. Roma döneminde, kölelerin satışına koyulan vergiler Özel Tüketim Vergisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Lüks mallardan alınan özel tüketim vergileri de geçmişten günümüze süregelen bir durumdur.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Özel Tüketim Vergisinin harcamalar üzerinden alınan ve dolaylı bir vergi türü olduğunu söyleyebiliriz. Gümrük vergilerinden farklı olarak, yerel ya da ithal edilmiş belirli ürünler üzerinde uygulanan bir vergi türüdür, yine aynı şekilde katma değer vergisinden farklı olarak sadece belirli mallar üzerinde uygulanmaktadır, yani katma değer vergisi gibi genel bir tüketim vergisi türü değildir. Özel Tüketim Vergisi, özellikle tüketimi kısılmak istenen mallar üzerinde uygulanır.

Her ülkenin sisteminde Özel Tüketim Vergisi farklılık göstermekle birlikte, OECD¹⁷ özel tüketim vergilerinin genel özelliklerini şu şekilde sıralamıştır¹⁸:

(i) Özel tüketim vergileri genellikle, bazı durumlarda ürünün değeri de hesaba katılarak, ürünlerin ağırlık, hacim, güç ya da miktarları referans alınarak hesaplanır.

(ii) Özel tüketim vergileri normalde ürünler dolaşıma girmeden ödenebilir duruma gelmezler. Mülkiyet devirleri mallar kontrollü bir depolama çevresinde bulunurken ya da kayıtlı işletmeciler arasında herhangi bir vergilendirme olmadan gerçekleşir.

(iii) Vergilendirme sistemi, ana üç ürün grubunun (ki bu OECD ülkelerinin hepsinde ortak olarak görüldüğü üzere alkollü içkiler, petrol yağları ve tütün ürünleridir) üretimi ya da toptan satışından aktif olan küçük bir miktar vergi mükellefi tarafından nitelendirilir.

Türk vergi sistemine göre ise, Özel Tüketim Vergisinin özelliklerini aşağıdaki gibi sıralanabilir¹⁹:

¹⁷ OECD, açık adıyla, *The Organisation for Economic Co-operation and Development* (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü), Dünya üzerindeki insanların ekonomik ve sosyal düzeylerini geliştirmek amacıyla politikalar üreten, 1961'de kurulmuş olan uluslararası bir örgüttür. Merkezi Paris, Fransa'dadır. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 34 üyesi vardır. Resmî sitesi: www.oecd.org (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

¹⁸ OECD, *Consumption Tax Trends 2012: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Administration Issues*, OECD Publishing, s. 11

¹⁹ Daha fazla bilgi için bkz: *Ibid* dipnot 10, s. 9-11

(i) Özel Tüketim Vergisi, kapsamına giren malların, imalat, ithalat veya ilk iktisap aşamasında bir kez alınır. Bundan sonra el değiştirme sırasında bir kez daha vergilendirme söz konusu değildir.

(ii) Belirli malların imalat veya ithalatı safhasında alındığından, mükellef sayısı oldukça düşüktür.

(iii) Özel Tüketim Vergisi kapsamına giren malların sayısı oldukça sınırlıdır ve kanunda listeler halinde sıralanmıştır.

(iv) Özel Tüketim Vergisi kapsamına giren malların tanımlamasında herhangi bir belirsizlik, yorum farkı yoktur. Bu malların tanımlamaları uluslararası standartlara göre belirlenmiştir.

(v) Özel tüketim vergilerinden elde edilen hâsılatın, genel bütçe vergi gelirleri içerisindeki yeri oldukça yüksektir. Aşağıdaki tabloda özel tüketim vergilerinden elde edilen gelirlerin Türkiye Merkezi Bütçe Gelirleri (2006-2013) içerisindeki yüzdeleri yıllara oranla görülebilir²⁰:

	<u>2006</u>	<u>2007</u>	<u>2008</u>	<u>2009</u>	<u>2010</u>	<u>2011</u>	<u>2012</u>	<u>2013</u>
Özel Tüketim Vergisi	21,3	20,5	20,0	20,2	22,5	21,6	21,6	21,9
Petrol ve Doğalgaz	11,8	11,6	11,4	11,8	12,5	11,3	10,8	11,6
Ürünleri								
Motorlu Taşıtlar	2,4	2,3	1,8	1,6	2,4	2,9	2,5	2,7
Alkollü İçkiler	1,1	1,0	0,9	1,0	1,1	1,3	1,4	1,3
Tütün Mamulleri	5,1	5,1	5,2	5,4	5,8	5,3	6,0	5,5
Kolalı Gazozlar	0,3	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
Dayanıklı Tüketim ve	0,6	0,5	0,5	0,4	0,6	0,7	0,7	0,7
Diğer Mallar								

Kaynak: T.C. Maliye Bakanlığı, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü

(vi) Bakanlar Kurulu vergi oranlarını veya tutarlarını değiştirerek, bu vergi kapsamına giren sektörlerle ilgili maliye politikaları uygulayabilmektedir. 12 Haziran 2002 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun çeşitli maddeleri Bakanlar Kurulu’nu vergi oranlarında ya da miktarlarında değişiklik yapmak üzere yetkilendirmektedir.

²⁰ Söz konusu tablo ve daha fazlası için bkz: <http://www.bumko.gov.tr/TR,4534/merkezi-yonetim-butce-gelirleri-2006-2013.html> (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

B. AVRUPA BİRLİĞİ VERGİ SİSTEMİ KAPSAMINDA ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

1. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VERGİ POLİTİKASI

Neredeyse 60 yıllık bir geçmişe sahip olan Avrupa Birliği'nin amacı, yukarıda da bahsedildiği gibi çeşitli serbestilerin tanıdığı bir ortak pazar oluşturularak bir ekonomik ve siyasi birlik yaratmaktır. Ortak pazarın tanıdığı olanaklardan faydalanarak, Avrupa Birliği ekonomisini Dünya üzerindeki rekabet gücü en yüksek, uyumlu ve sürdürülebilir bir ekonomiye dönüştürmek hedeflenmektedir. Ortak pazar içerisinde bu uyumun sağlanması ise ancak üye devletler arasındaki vergi politikaları farklılıklarının ortadan kaldırılması ile mümkün olacaktır. Çünkü farklı vergi uygulamaları, ticareti ve şirketler arası ilişkileri etkileyebilmektedir.

Her ne kadar yukarıda bahsedilen hususlar Avrupa Birliği'nin hedefleri de olsa, Avrupa Birliği nezdinde vergi politikası kapsamında her yönüyle uyumlaştırılmış, yeknesak bir vergi politikası bulunmamaktadır. Bunun nedenlerinin başında, vergilendirme kurumunun devletlerin ulusal egemenliği ile oldukça yakından alakalı bir durum olması, ekonomi politikasının en önemli yapı taşlarından biri olması gelmektedir. Dolayısıyla üye devletler, bu alanda politika belirleme yetkisini uluslararası ya da uluslararası bir yapıya devretmekten çekinmektedirler.

Buna rağmen Avrupa Birliği vergilendirme konusunda yetkilendirilmiştir ve bu yetkilerin sınırları ABİA'nın 110 ila 113. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

(a) ABİA md. 110

ABİA'nın 110. maddesinin metni şu şekildedir:

“Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin ürünlerine, kendi benzer ürünlerine doğrudan veya dolaylı olarak uyguladığından daha yüksek herhangi bir iç vergiyi doğrudan veya dolaylı olarak koyamaz.

Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin ürünlerine, diğer ürünlere dolaylı koruma sağlayacak nitelikte bir iç vergi koyamaz”²¹.

²¹ Çeviride geçen “doğrudan vergi” terimi bu makale içerisinde “dolaysız vergi” olarak kullanılmıştır. Çeviri hakkında bilgi için bkz: dipnot 8. Söz konusu maddenin İngilizce metni şu şekildedir:

“No Member State shall impose, directly or indirectly, on the products of other Member States any internal taxation of any kind in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products.

Bu madde ABİA 28 ila 30. maddelerinde düzenlenen malların serbest dolaşımı ile ilgili maddeleri tamamlamak amacıyla konulmuştur. ABİA 28 ve 30. maddeler, malların serbest dolaşımına engel oluşturan gümrük tarifelerini ya da benzer etki doğuran, eş değerde olan vergilerini ortadan kaldırmak amacını taşır. ABİA, her ne isim altında alınmış olursa olsun, bir üye devletin malların sırf sınırdan geçmesi nedeniyle aldığı ödeneklerin yasak olduğuna hükmetmiştir. Ancak, bu maddeler, mallar sınırı geçtikten sonra oluşabilecek doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcı üye devlet vergilendirme politikalarına karşı mal sahiplerini korumamaktadır. ABİA 110. madde kapsamında üye devletler, yerel ya da ithal edilmiş ürünlere karşı mutlak şekilde aynı vergilendirme politikasını yürütmek durumundadır. Bu kapsamda, üye devlet pazarında benzer²² yerli ve ithal edilmiş ürünler farklı şekilde vergilendirilemez ve yine aynı şekilde üye devlet kendi yerli ürünlerine koruma sağlayacak şekilde bir iç vergilendirme yapamaz.

(b) ABİA md. 113

ABİA md. 113, Konsey'e vergi politikasının uyumlaştırılması noktasında yasama yetkisi vermektedir. Bu maddede dikkat çeken husus, Konsey'e sadece muamele vergileri, özel tüketim vergileri ve diğer dolaylı vergiler açısından yasama yetkisi verilmiş olmasıdır. Yani dolaysız vergiler açısından herhangi bir yetki devri bu madde içerisinde yer almamaktadır. Ancak ABİA'nın 115. maddesinde iç pazarın kurulmasına ve işleyişine doğrudan etkisi olan hususlarda Konsey'in yasal ve idari düzenlemeleri yaklaştırması için yetkilendirildiği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmelidir ki, düzenlemelerin tam uyumuna değil, yaklaştırılmasına izin verilmektedir, yani üye devletler yine dolaysız vergiler konusunda sorumluluk ve yetkiye sahiptir, Konsey ancak ikincil bir rol oynayabilir. Zaten günümüzde, dolaylı vergiler konusunda daha fazla düzenleme var iken, dolaysız vergilendirme konusunda yoğun çalışmalar yoktur.

Furthermore, no Member State shall impose on the products of other Member States any internal taxation of such a nature as to afford indirect protection to other products."

²² "benzer ürün (*similar product*)" ifadesi muğlak bir ifade olup, içinin doldurulması Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarına bırakılmıştır. Söz konusu bu durum Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan oldukça ilginç kararlar çıkmasına vesile olabilmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği Adalet Divanı, muz ile diğer bütün meyvelerin benzer ürün olmadığına kanaat getirmiştir (*Commission vs. Italy*). Bu konu hakkında daha fazla bkz: *Ibid.* dipnot 16, s. 628. Bu ifade, Türkiye'nin de tarafı olduğu, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (*General Agreement on Tariffs and Trade*, "GATT")nın metni içerisinde yer almakta olup Dünya Ticaret Örgütü'nün bünyesinde kurulan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması tarafından yorumlanmaktadır ve yine Uyuşmazlık Çözüm Panellerinin üzerinde fazlaca tartıştığı bir terimdir.

Katma değer vergisi mevzuatı ve yine makale içerisinde de tartışılacak olan Özel Tüketim Vergisine ilişkin ikincil mevzuat, bu maddeye dayanılarak çıkarılmıştır.

Sonuç olarak, Avrupa Birliği vergi politikasını şekillendirirken şunlara dikkat etmektedir²³:

(i) Üye devletler, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu olmak koşuluyla kendi vergilendirme sistemlerini seçmekte özgürdürler ve bütün vergi sistemlerinin uyumlaştırılması gibi bir zorunluluk olmadığı Avrupa Komisyonu tarafından belirtilmiştir. Vergi sorunlarının çözümünde Avrupa Birliği, eğer üye devlet kendi içinde bir çözüm sunamıyorsa, devreye girmelidir.

(ii) Avrupa Birliği, özellikle iç pazarda aktif olan kişilerin ve işletmelerin sınır-ötesi işlem yaparken karşılaştığı vergi engellerini ortadan kaldırmak için çalışmalı ve buna ilaveten, zararlı vergisel rekabetin önlenmesine, üye devletlerin vergi idarelerinin birlikte çalışmasını sağlayarak sahteciliğin önlenmesi sağlamalıdır.

2. Avrupa Birliği Müktesebatına Göre Uygulanan Özel Tüketim Vergileri

Yukarıda da bahsedildiği gibi, Avrupa Birliği içerisinde vergi alanında uyumlaştırma çabaları özellikle dolaylı vergiler üzerinde yoğunlaştırılmıştır. Avrupa Birliği müktesebatı içerisinde dolaylı vergi türleri olan katma değer vergileri ve özel tüketim vergilerine ilişkin ikincil mevzuat bulunmaktadır.

Özel tüketim vergilerinin uyumlaştırılmasına yönelik bir dizi yönerge 1 Ocak 1993'te kurulmuş olan iç pazara hazırlık amacıyla kabul edilmiştir. Avrupa Birliği'nde Özel Tüketim Vergisinin üç ana mal kategorisine uygulanacağı kabul edilmiştir. Bunlar, alkol ve alkollü içecekler; tütün mamulleri ve enerji ürünleridir. Aşağıda her mal kategorisine ilişkin mevzuat ayrı başlıklar altında incelenecektir. Ancak öncelikle ürün kategorilerine ilişkin kabul edilen genel hükümlere bakmak gerekir.

(a) Genel Hükümler

Genel hükümler aşağıda ayrı ayrı incelenecek olan ürün kategorilerine uygulanacak esasları içerir. Genel hükümler 2008/118/EC²⁴ numaralı Yönerge

²³ Bu konu hakkında bkz: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/tax_policy/index_en.htm (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

²⁴ Council Directive 2008/118/EC of 16 December 2008 concerning the general arrangements for excise duty and repealing Directive 92/12/EEC, söz konusu Yönerge 1 Nisan 2010

ile düzenlenmiştir. Bu yönerge özellikle verginin ne zaman ödenebilir hale geleceği, ürünlerin üretimi, depolanması ve iç pazar içindeki hareketleri ile ilgili hükümler getirmektedir. Normal şartlarda yönergelerin, bütün Avrupa Birliği bölgesi için uygulanması gerekirken, 2008/118/EC sayılı Yönerge'nin, Kanarya Adaları²⁵, Fransa'nın denizaşırı bölümleri²⁶, Åland Adaları²⁷ ve Manş Adaları²⁸'na uygulanmayacağı kabul edilmiştir (2008/118/EC sayılı Yönerge md. 5/2).

Bu Yönergeye göre, sayılan ürünlerin **(i)** Avrupa Birliği içerisinde üretimi, uygulanabildiği hallerde, elden çıkması; ve **(ii)** Avrupa Birliği içerisine ithal edilmesi hallerinde Özel Tüketim Vergisine tabi olacaklardır (2008/118/EC sayılı Yönerge md. 2).

Ayrıca Yönerge, üye devletlerin, Avrupa Birliği sınırları içerisinde malların üye devletler arasındaki sınırdan geçmesine engel oluşturmaması şartıyla, sayılan ürün kategorileri dışındaki ürünlere ve ürün kategorilerine bağlı olan hizmetler de dahil olmak üzere, hizmet alımlarına, muamele vergisi olarak nitelendirilmemesi şartıyla vergi koyulabileceğini kabul etmiştir (2008/118/EC sayılı Yönerge md. 1/3).

Özel Tüketim Vergisi, söz konusu ürünlerin üye devletlerin herhangi birinde tüketime sunulması anında ödenebilir duruma gelir.

(b) Alkol ve Alkollü İçecekler

Alkol ve alkollü içecekler ürün kategorisi, Avrupa Birliği müktesebatında 92/83/EEC²⁹ ve 92/84/EEC³⁰ sayılı yönergeler ile düzenlenmiştir. Bu yönergelerden ilki alkol ve alkollü içecekler üzerinden alınacak özel tüketim vergilerinin yapısını uyumlaştırırken, ikinci yönerge, bu ürün kategorisinden alınacak özel tüketim vergilerinin minimum oranlarını belirler.

tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Kanarya Adaları, Fas'ın batısında Atlas Okyanusu'nda yer alan İspanya'ya bağlı takımadalardır.

²⁶ Guadeloupe, Fransız Ginesi, Martinique, Réunion ve Mayotte Adası

²⁷ Finlandiya'nın güneybatısında yer alan, resmi dili İsveççe olan ancak Finlandiya'ya bağlı özerk bir bölgedir.

²⁸ Manş Denizi'nde yer alan Normandiya sahillerine yakın Birleşik Krallık'a bağlı takımadalardır.

²⁹ Council Directive 92/83/EEC of 19 October 1992 on the harmonisation of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages

³⁰ Council Directive 92/84/EEC on the approximation of excise duty on alcohol and alcoholic beverages

92/83/EEC sayılı Yönerge’de alkol ve alkollü içeceklerin neler olduğu sayılmıştır. Buna göre; **(i)** Bira (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 1-6) ; **(ii)** Şarap (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 7-10); **(iii)** Bira ve şarap dışındaki mayalı içkiler (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 11-15); **(iv)** Ara Ürünler (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 16-18); ve **(v)** Etil alkol (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 19-26) dür.

(i) Bira: 92/83/EEC sayılı Yönerge’nin 2. maddesine göre bira, Kombine Nomenklatürün³¹ 2203 kodunda yer alan bir ürünü veya Kombine Nomenklatürün 2206 sayılı kodunda yer alan alkolsüz içkilerle karışım halinde olan biraları kapsamakta, her iki durumda da saf alkol yoğunluğu % 0,5 vol.’ü geçmektedir. 92/83/EEC sayılı Yönerge’nin 3. maddesine göre, bira üzerinden alınacak özel tüketim vergileri ya hektolitre başına Plato derecesi oranını ya da hektolitre başına alkol derecesi oranını referans almalıdır ve bu yönergeye uygun olacak şekilde alınacak vergilerin oranı 92/84/EEC sayılı Yönerge’de belirtilecek olan minimum oranların altına düşmemelidir, ancak 92/83/EEC sayılı Yönerge’nin 5. maddesi alkol oranı % 2,8 vol.’ü geçmeyen, saf alkol yoğunluklu bira için, minimum oranın altına düşebilecek vergi oranlarının üye devletler tarafından uygulanabileceğini kabul etmiştir.

(ii) Şarap: Burada yönerge ikili bir ayrıma gitmiş ve köpüksüz şarap ve köpüklü şarap için farklı tanımlar yapmıştır; ancak bu ikisinden alınacak vergilerde farklılık olmak zorunda olmadığını belirtmiştir (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 9/2). **Köpüksüz şaraplar** (*still wine*), bu maddenin 2. paragrafında tanımlanan köpüklü şarabın dışında, Kombine Nomenklatürün 2204 ve 2205 kodlarında yer alan bütün ürünleri kapsamaktadır; nihai ürünlerdeki alkolün tamamen mayadan oluşmuş olması şartıyla, % 1,2 ile % 15 vol. arasındaki saf alkol yoğunluğuna sahip ürünler veya saf alkölü hiçbir şekilde zenginleştirilmeden imal edilecekler ve nihai ürünlerde bulunan alkölü tamamen mayadan oluşması koşuluyla % 15 ile % 18 vol. arasında yoğunluk derecesine sahip ürünler olarak tanımlanırken; **köpüklü şaraplar** (*sparkling wine*); Kombine Nomenklatürün 2204 10, 2204 21 10, 2204 29 10 ve 2205 sayılı kodlarında yer alan; karbondioksite bağlı olarak içinde 3 veya daha fazla bar eriği basınçlı veya sürgü veya düğümle tutturulan mantar

³¹ Kombine Nomenklatürü her sene Avrupa Komisyonu tarafından güncellenen bir mal listesidir. Gümrükte mallar, genellikle bu listeye göre kategorize edilir. İthal edilen ya da ihraç edilen mallar, nomenklatürün altında yer alan alt başlıklara göre beyan edilirler. Daha fazla bilgi için:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_duties/tariff_aspects/combined_nomenclature/index_en.htm (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

tıpalı şişelere doldurulmuş, nihai ürünlerdeki alkol tamamen mayadan oluşan bütün ürünleri kapsamaması koşuluyla % 1,2 ile % 15 vol. arasında saf alkol yoğunluğuna sahip ürünleri kapsamaktadır. Şarap üzerinden alınacak vergilerde referans, son ürünün hektolitreye sayısı olmalıdır ve bu yönergeye uygun olacak şekilde alınacak vergilerin oranı 92/84/EEC sayılı Yönerge'de belirtilecek olan minimum oranların altına düşmemelidir, ancak 92/83/EEC sayılı Yönerge'nin 9. maddesi alkol oranı % 8,5 vol.'ü geçmeyen, köpüklü veya köpüksüz şaraplar için, minimum oranın altına düşebilecek vergi oranlarının üye devletler tarafından uygulanabileceğini kabul etmiştir.

(iii) Bira ve şarap dışındaki mayalı içkiler: Burada da aynı şarapta olduğu gibi köpüksüz mayalı içkiler ve köpüklü mayalı içkiler olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş ve her terim ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bu iki ürün kategorisi farklı oranlarda vergilendirilebileceği gibi aynı oranlarda da vergilendirilebilir. (92/83/EEC sayılı Yönerge md. 13/2). **Diğer köpüksüz mayalı içkiler** (*other still fermented beverages*), madde 8'de belirtilmeyip Kombine Nomenklatürün 2204 ve 2205 kodlarında yer alan bütün ürünleri, bu maddenin 2. paragrafında açıklandığı şekilde diğer köpüklü mayalı içkiler haricindeki, Kombine Nomenklatürün 2206 kodunda yer alan ve söz konusu Yönerge'nin 2. maddesinde yer alan, % 1 ile % 10 arasında vol.'le ölçülen saf alkol yoğunluğuna sahip veya içindeki alkolün tamamen maya kaynaklı olması kaydıyla, % 10 ile % 15 vol. arasında saf alkol yoğunluğuna sahip ürünleri kapsamaktadır. **Diğer köpüklü mayalı içkiler** (*other sparkling fermented beverages*) ise söz konusu Yönerge'nin 8. maddesinde belirtilmeyen, Kombine Nomenklatürün 2204 10, 2204 21 10, 2204 29 10 ve 2205 kodlarında yer alan ürünlerle beraber, 2206 00 91 kodunda yer alan; ve mantar tıpalı şişelerde ve 3 veya daha fazla bar eriği karbondioksit basıncına sahip olan; % 1,2 ile % 13 vol. arasında saf alkol yoğunluğuna sahip veya alkolü tamamen maya kaynaklı olması şartıyla, % 1,2 ile % 13 vol. arasında saf alkol yoğunluğuna sahip tüm ürünleri kapsamaktadır. Bira ve şarap dışındaki mayalı içkiler üzerinden alınacak vergilerde referans, son ürünün hektolitreye sayısı olmalıdır ve bu yönergeye uygun olacak şekilde alınacak vergilerin oranı 92/84/EEC sayılı Yönerge'de belirtilecek olan minimum oranların altına düşmemelidir; ancak 92/83/EEC sayılı Yönerge'nin 13. maddesi alkol oranı % 8,5 vol.'ü geçmeyen, diğer köpüklü veya köpüksüz mayalı içkiler için, minimum oranın altına düşebilecek vergi oranlarının üye devletler tarafından uygulanabileceğini kabul etmiştir.

(iv) **Ara ürünler:** Ara ürünler, saf alkol yoğunluğu % 1,2 ile % 22 vol. arasında olan ve bu Yönerge'nin 2. maddesinde tanımlanan bira, 8. maddesinde tanımlanan şarap ve 12. maddesinde tanımlanan bira ve şarap dışındaki mayalı içkiler tanımlarına girmeyen ve Kombine Nomenklatürün 2204, 2205 ve 2206 kodlarında belirtilen bütün ürünleri kapsamaktadır. Ara ürünler üzerinden alınacak vergilerde referans, son ürünün hektolitres sayısını olmalıdır ve bu ürünler üzerinden alınacak vergilerin minimum oranları 92/84/EEC sayılı Yönerge'nin ilgili maddelerinde belirtilenlerin altına düşemez; bu oranların üye devletlerin köpüksüz şarap ve diğer köpüksüz mayalı içkiler maddelerindeki ürünlere uyguladıkları oranların altına da kesinlikle düşmemelidir.

(v) **Etil alkol:** Etil alkol terimi, Kombine Nomenklatürün 2207 ve 2208 kodlarında yer alan, bu ürünlerin Kombine Nomenklatürün diğer bölümlerinde yer alan bir ürünü oluşturan ürünler olsa dahi, % 1,2 vol.'ü aşan saf alkol yoğunluğuna sahip bütün ürünler; % 22 vol.'ü aşan saf alkol yoğunluğuna sahip, Kombine Nomenklatürün 2204, 2205 ve 2206 kodlarındaki ürünler; ve sıvı veya başka türlü ürünleri kapsayan ispirotolu içkileri kapsamaktadır. Etil alkol üzerinden alınacak vergi 20°C'de saf alkolün hektolitresinden sabitlenecek ve saf alkolün hektolitres sayısını referans alınarak hesaplanacaktır. Bu ürünler üzerinden alınacak vergilerin minimum oranları 92/84/EEC sayılı Yönerge'nin ilgili maddelerinde belirtilenlerin altına düşemez; ancak 92/83/EEC sayılı Yönerge'nin 22. maddesi alkol oranını % 10'u geçmeyen ve Kombine Nomenklatüründe 2208 koduyla yer alan, etil alkoller için, minimum oranın altına düşebilecek vergi oranlarının üye devletler tarafından uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Yukarıda Özel Tüketim Vergisinin genellikle kötü alışkanlıkları ortadan kaldırmasına yardımcı olması açısından getirildiğini belirtilmişti, bunu göz önünde tutan Avrupa Birliği, 92/83/EEC sayılı Yönerge'nin 27. maddesinde Özel Tüketim Vergisinden muaf tutulabilecek durumları saymıştır. Örneğin alkol, ilaç üretiminde kullanılacaksa Özel Tüketim Vergisinden muaf tutulabilir.

Buraya kadar 92/83/EEC sayılı Yönerge'de alkol ve alkollü içki ürün kategorisinin altında Özel Tüketim Vergisine tabi tutulan ürünler incelenmekte, 92/84/EEC sayılı Yönerge'de ise buraya kadar sayılan ürünlere uygulanacak minimum Özel Tüketim Vergisi tutarlarını hükme bağlanmaktadır. Buna göre minimum vergi oranları şu şekildedir:

Ürün kategorileri	Minimum Oranlar	Birim
Bira-I	0,748 Avro	hl başına Plato derecesi
Bira-II	1,87 Avro	hl başına alkol derecesi
Şarap	0 Avro	hl başına (ürün bazında)
Bira ve Şarap Dışında Kalan Diğer Mayalı İçkiler	0 Avro	hl başına (ürün bazında)
Ara Ürünler	45 Avro	hl başına (ürün bazında)
Etil Alkol	550 Avro	hl başına (saf alkol bazında)

92/84/EEC sayılı Yönerge'nin 8. maddesi Konsey'e her iki yılda bir bu oranların gözden geçirilmesi gerektiğini ve gerekirse Komisyon'dan alınacak bir rapora dayanarak ve Avrupa Parlamentosu'na danışarak bu oranları değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Ancak şimdiye kadar oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Belirtildiği gibi bu oranlar, minimum oranlar olup, üye ülkeler bu oranların üstünde olmak şartıyla diledikleri gibi Özel Tüketim Vergisi oranları belirleyebilmektedirler. Ancak bu husus ülkeler arasında farklılaşmalara yol açabilmektedir. Bu durum Avrupa Komisyonu'nun da ilgisini çekmiş ve yukarıdaki paragrafta değinilen Yönerge'nin 8. maddesine dayanılarak çıkarılan raporda oran farklılıklarının Konsey'de tartışılması gerektiği belirtilmiştir³².

Aşağıda bazı Avrupa Birliği ülkelerinin³³ 2012³⁴ yılında bira için hektolitre başına alkol derecesi cinsinden uyguladığı Özel Tüketim Vergisi oranları gözükmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi, ülkeler arası farklar büyüktür, bunun nedenlerinden bir tanesi de ülkelerin uyguladığı farklı sosyal politikalarıdır; örneğin İskandinav ülkelerinde alkolizmin büyük bir sosyal sorun olması dolayısıyla alkol üzerinden alınan vergi oranları nispeten daha yüksektir:

³² *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the rates of excise duty applied on alcohol and alcoholic beverages (presented pursuant to Article 8 of Council Directive 92/84/EEC on the approximation of excise duty on alcohol and alcoholic beverages)*, COM(2004) 223 final, Brüksel, 26 Mayıs 2004

³³ Bütün Üye Devletler hakkında bilgi verilmemesinin sebebi kaynak belgede bütün Üye Devletler hakkında bilgilerin yer almamasıdır.

³⁴ Bu tabloda ve aynı kaynaktan alınan tabloların 2012 tarihli olmasının sebebi, OECD'nin en son bu yılın istatistiklerini yayınlamış olmasıdır.

Üye Devlet	Hektolitre Başına Alkol Derecesi Cinsinden Alınan Vergi Oranı (Bira)	
	Resmi Para Birimine Göre	Avro Cinsinden ³⁵
Avusturya	5,00	5,00
Belçika	4,28	4,28
Çek Cumhuriyeti	32,00	1,25
Danimarka	50,90	6,84
Estonya	5,43	5,43
Finlandiya	29,90	29,90
Fransa	2,75	2,75
Almanya	1,97	1,97
Yunanistan	6,50	6,50
Macaristan	1470,00	5,11
İrlanda	15,71	15,71
İtalya	5,88	5,88
Lüksemburg	1,98	1,98
Polonya	19,48	4,57
Slovakya	3,59	3,59
Slovenya	10,00	10,00
İsveç	166,00	18,91
Birleşik Krallık	18,57	23,01

Kaynak: OECD

(c) Tütün Mamulleri

Tütün Mamulleri ürün kategorisi Avrupa Birliği müktesebatında 2011/64/EU³⁶ sayılı Yönerge ile düzenlenmiştir. Söz konusu Yönerge'nin 2. maddesine göre tütün mamulleri şunlardır: **(i)** sigaralar (2011/64/EU sayılı Yönerge md. 7-12); **(ii)** puro ve sigarillolar (2011/64/EU sayılı Yönerge md. 13-14); ve **(iii)** sarılan sigaralar için ince kıyılmış tütün ve diğer içilebilir tütünler de dâhil olmak üzere; içilebilir tütünler (2011/64/EU sayılı Yönerge md. 13-14).

³⁵ Avro Cinsinden para birimleri 1 Temmuz 2012 tarihindeki kurlara göre hesaplanmıştır. Kullanılan kur hesaplama aracı: www.oanda.com (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

³⁶ Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 on the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco

(i) **Sigaralar:** 2011/64/EU sayılı Yönerge'ye göre, sigara terimi, olduğu gibi içilebilen ve bu Yönerge'nin 4(1). maddesinde tanımlanan puro ve sigarillo olarak tanımlanmayan tütün ruloları; basit sanayi-dışı yollarla sigara kağıdı tüpleri içerisine konulabilen tütün ruloları; ve basit sanayi-dışı yollarla sigara kağıtlarının içerisine sarılabilen tütün ruloları olarak tanımlanmıştır. Birlik içerisinde üretilen ya da Birlik içerisine ithal edilen sigaralar, gümrük vergileri de dahil edilerek³⁷, *ad valorem*³⁸ esasına göre maksimum toptan satış fiyatı üzerinden ve ayrıca birim ürün başına spesifik bir Özel Tüketim Vergisine tabi tutulurlar. Bütün bu vergilerin toplamı (KDV hariç), tüketim için piyasaya sunulan sigaraların ağırlıklı ortalama toptan satış fiyatının en az %60'ını oluşturmalıdır. Bu Özel Tüketim Vergisi, ağırlıklı ortalama toptan satış fiyatına bakılmaksızın 1000 birim ürün için 90 Avro'dan az olamaz³⁹.

(ii) **Puro ve Sigarillolar:** Puro ve sigarillolar, dış cephesi doğal tütün ile kaplanmış tütün ruloları ve damarları ayrılmış harman ile işlenmiş ve dış cephesi, yeniden yapılandırılmış normal bir puronun renginde tütün ile tamamen, filtrenin olması durumunda filtre de dahil ama uçlu purolarda uç kısım hariç, kaplanmış, ağırlığı 2,3 gramdan az ve 10 gramdan fazla olmayan tütün ruloları olarak tanımlanmıştır. Bu tip tütün mamullerine üye devletler, her ürünün maksimum toptan satış fiyatı üzerinden hesaplanan *ad valorem* vergi; veya kilogram ya da birim ürün üzerinden hesaplanan spesifik vergi ya da az önce sayılan iki tür verginin karışımını, yani *ad valorem* vergi ve spesifik verginin karışımını uygulayabilirler. Bütün özel tüketim vergilerinin toplamı, bütün vergileri de kapsayan toptan satış fiyatının % 5'inden ya da 1000 birim ürün veya kilogram başına 12 Avro'dan az olamaz.

(iii) **İçilebilir Tütünler:** 2011/64/EU sayılı Yönerge içilebilir tütünleri, bloklar halinde kesilmiş ya da ayrılmış, bükülmüş ya da bastırılmış, daha fazla sanayi sürecine gereksinim duymadan içilebilen tütün; veya madde 3'te tanımlanan sigaralar ve madde 4/1'de tanımlanan puro ve sigarillo kategorilerinin altına düşmeyen ama içilebilir tütün ürünlerini kapsar. Aynı

³⁷ Ancak bu husus Üye Devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Üye Devletler dilerlerse gümrük vergilerini dahil etmemeyi de tercih edebilirler. (2011/64/EU sayılı Yönerge md. 7/1)

³⁸ Vergi borcunun ödenme şekline göre vergiler spesifik ve *ad valorem* vergi olarak ikiye ayrılır. Spesifik vergiler, vergi borcunun ağırlık, hacim, uzunluk gibi ölçüler üzerinden hesaplanarak belirlendiği vergilerdir. Matrah değerleri üzerinden hesaplanan vergiler ise *ad valorem* vergiler olarak tanımlanabilir.

³⁹ Söz konusu hüküm 1 Ocak 2014'ten itibaren yürürlüğe konmuştur, 31 Aralık 2013 tarihinden önce bu oranlar ağırlıklı ortalama toptan satış fiyatının %57'si ve 1000 birim sigara başına 64 Avro idi.

puro ve sigarillolarda olduğu gibi, içilebilir tütünler açısından da üye devletler, her ürünün maksimum toptan satış fiyatı üzerinden hesaplanan *ad valorem* vergi; veya kilogram ya da birim ürün üzerinden hesaplanan spesifik vergi ya da az önce sayılan iki tür verginin karışımını, yani *ad valorem* vergi ve spesifik verginin karışımını uygulayabilirler. Ancak minimum oranlar belirlenirken bir ayırım yapılmış ve sarılan sigaralar için ince kıyılmış tütünler açısından, bütün özel tüketim vergilerinin toplamı, tüketim için sunulan sarılan sigaralar için ince kıyılmış tütünün ağırlıklı ortalama toptan satış fiyatının %43'ünden ya da kilogram başına 47 Avro'dan az olamaz denmiştir⁴⁰. Diğer içilebilir tütünler için ise, bütün özel tüketim vergilerinin toplamı, bütün vergileri de kapsayan toptan satış fiyatının % 20'sinden ya da kilogram başına 22 Avro'dan az olamaz denmiştir.

Aşağıdaki tabloda bazı Avrupa Birliği ülkelerinin sigaralara 2012 yılında uyguladığı vergi oranları görülmektedir:

Üye Devlet	1000 Birim Ürün Sigara üzerinden alınan vergi oranı		Değer üzerinden alınan vergi	Katma Değer Vergisi
	Resmi Para Birimine Göre	Avro Cinsinden ⁴¹	(Toptan Satış Fiyatının %si)	%
Avusturya	35,00	35,00	42,00	20,00
Belçika	15,93	15,93	52,41	21,00
Çek Cum.	1120,00	43,79	28,00	20,00
Danimarka	636,60	85,61	13,61	25,00
Estonya	42,18	42,18	34,72	20,00
Finlandiya	22,50	22,50	52,00	23,00
Fransa	27,66	27,66	64,25	19,60

⁴⁰ Sarılan sigaralar için ince kıyılmış tütünlere uygulanacak minimum vergi oranları, diğer tütün mamulleri kategorisine giren ürünlerden farklı olarak, 2011/64/EU sayılı Yönerge'nin 14. maddesinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Burada yazılan oranlar 2013-2015 yılları arasında uygulaması kabul edilmiş oranlardır.

⁴¹ Avro Cinsinden para birimleri 1 Temmuz 2012 tarihindeki kurlara göre hesaplanmıştır. Kullanılan kur hesaplama aracı: www.oanda.com (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

Almanya	92,60	92,60	21,87	19,00
Yunanistan	19,66	19,66	52,45	23,00
Macaristan	10550,00	36,69	28,40	27,00
İrlanda	192,44	192,44	18,03	23,00
İtalya	9,08	9,08	58,50	21,00
Lüksemburg	16,89	16,89	47,84	15,00
Hollanda	135,66	135,66	8,59	19,00
Polonya	170,97	40,19	31,41	23,00
Portekiz	78,37	78,37	20,00	23,00
Slovakya	58,00	58,00	23,00	20,00
Slovenya	21,15	21,15	45,31	20,00
İspanya	12,70	12,70	57,00	18,00
İsveç	1270,00	144,67	1,00	25,00
Bir. Krallık	154,95	192,04	16,50	18,00

Kaynak: OECD

Bu tablodan, 1000 birim ürün üzerinden alınan vergi azaldıkça, değer üzerinden alınan verginin yükseldiği görülebilir. Ancak yine de üye devletler arası vergilendirmede büyük farklar göze çarpmaktadır.

(d) Enerji Ürünleri

Çevrenin korunması saikiyle karbon gazı emisyonuna ilişkin vergiler, taşıt araçları vergileri, vergi teşvikleri gibi çalışmalar Avrupa Birliği nezdinde 1990 yılından beri yapılmaktadır. 2003 yılında kabul edilen 2003/96/EC⁴² sayılı Yönerge ile sadece mineral yağlar değil, kömür, doğalgaz, elektrik gibi enerji ürünleri de Özel Tüketim Vergisi kapsamına sokulmuştur. Kabul edilen bu metinde amaçlanan, üye ülkeler arasında enerji ürünlerine uygulanan farklı vergi oranlarının rekabeti bozucu etkisinin azaltılması; madeni yağlar ve Birlik vergilendirme mevzuatına tabi olmayan diğer enerji ürünleri arasındaki rekabetin bozulmasının önlenmesi; ithal enerjiye olan bağımlılığın azaltılması ve karbon gazı emisyonlarının azaltılmasının sağlanması amacıyla enerjinin

⁴² Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity

daha verimli kullanılmasının teşvik edilmesi⁴³; ve emisyonların azaltılmasına yönelik olarak üye devletlerin belirli işletmelere vergi avantajları sağlamasına izin verilmesidir. Ancak 2011 yılında iklim değişikliği politikalarının değişmesi ile bu yönerge üzerinde çalışmalar tekrar başlamış ve yönergeye ilişkin, Komisyon'dan gelen öneriler doğrultusunda bir değişiklik tasarısı hazırlanmıştır, ancak bu tasarı henüz resmîyet kazanmamıştır⁴⁴. Hâlbuki 2003/96/EC sayılı Yönerge'nin 7/1. maddesi, 1 Ocak 2012'den geç olmamak şartıyla minimum vergi oranlarının tekrar hesaplanması gerektiğini ve 2013'ten itibaren bu yeni vergi oranlarının yürürlüğe girmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bu henüz kabul edilme aşamasında bulunan değişiklik tasarısında amaçlanan bütün enerji tüketicileri için, enerji kaynaklarına bağımlı olmaksızın, 2003/96/EC sayılı Yönerge'de sayılan enerji kaynakları açısından eşit şartlar yaratmak, yenilenebilir enerji kaynaklarının vergilendirilmesi ile alakalı yeni bir çerçeve oluşturmak ve karbondioksit kullanımının vergilendirmesinin⁴⁵, karbon fiyatlarıyla, bu iki aracın birbiriyle kesişmesinden kaçınarak, dengelenmesi olarak sayılmıştır⁴⁶.

2003/96/EC sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde yönerge kapsamına giren enerji ürünleri sıralanmıştır. Bunlar motor yakıtları, sanayi ve ticaret amaçlı kullanılan yakıtlar, ısınma yakıtı ve elektriktir. Yine bu söz konusu Yönerge'nin 4. maddesine göre, üye devletler, sayılan enerji ürünlerini vergilendirirken Yönerge'de sayılan minimum oranlar altına düşemezler. Söz konusu minimum oranlar Yönerge tarafından şu şekilde belirlenmiştir:

(i) Motor yakıtları:

Tür	2003/96/EC sayılı Yönerge'ye Göre	
	Birim	Özel Tüketim Vergisi (Avro)
Benzin	1000 lt başına	421

⁴³ Bu amaç, Birleşmiş Milletler seviyesinde imzalanan Kyoto Protokolü'nün getirdiği yükümlülüklerle örtüşür.

⁴⁴ Söz konusu tasarı metni için bkz:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/com_2011_169_cod_en.pdf (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

⁴⁵ Tasarıda yeni bir vergilendirme türü olarak karbondioksit vergilendirilmesi sunulmuştur.

⁴⁶ *Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity*, COM(2011) 169/3, Brüksel, 2011

K.suz benzin	1000 lt başına	359
Dizel	1000 lt başına	330
Gaz yağı	1000 lt başına	330
LPG	1000 lt başına	125
Doğalgaz	Gigajul başına	2,6

(ii) Sanayi ve ticari amaçlı kullanılan yakıtlar:

2003/96/EC sayılı Yönerge'ye Göre

Tür	Birim	Özel Tüketim Vergisi (Avro)
Dizel yakıtı	1000 lt başına	21
Gaz yağı	1000 lt başına	21
LPG	1000 lt başına	41
Doğalgaz	Gigajul başına	0,3

(iii) Isınma yakıtları ve elektrik:

2003/96/EC sayılı Yönerge'ye Göre

Tür	Birim	Özel Tüketim Vergisi – Ticari Kullanım (Avro)	Özel Tüketim Vergisi-Ticari Amaçlı Olmayan Kullanım (Avro)
Dizel	1000 lt başına	21	21
Ağır yakıt	1000 kg başına	15	15
Gaz yağı	1000 lt başına	0	0
LPG	1000 kg başına	0	0
Doğalgaz	Gigajul başına	0,15	0,3
Kömür ve Kok Kömürü	Gigajul başına	0,15	0,3
Elektrik	MWh	0,5	1,0

Aşağıdaki tabloda bazı Avrupa Birliği ülkelerinin ticari olmayan dizel kullanımı için 2012 yılında uyguladığı vergi oranları görülmektedir:

Avrupa Birliği ve Türk Vergi Sistemlerinde Özel Tüketim Vergisi

Üye Devlet	Litre başına alınan vergi oranı		Katma Değer Vergisi
	Resmi Para Birimine Göre	Avro Cinsinden ⁴⁷	%
Avusturya	0,437	0,437	20,00
Belçika	0,430	0,430	21,00
Çek Cum.	10,95	0,428	20,00
Danimarka	2,911	0,391	25,00
Estonya	0,393	0,393	20,00
Finlandiya	0,365	0,365	23,00
Fransa	0,439	0,439	19,60
Almanya	0,470	0,470	19,00
Yunanistan	0,412	0,412	23,00
Macaristan	113,56	0,464	27,00
İrlanda	0,454	0,454	23,00
İtalya	0,508	0,508	21,00
Lüksemburg	0,320	0,320	15,00
Hollanda	0,430	0,430	19,00
Polonya	1,288	0,302	23,00
Portekiz	0,364	0,364	23,00
Slovakya	0,368	0,368	20,00
Slovenya	0,427	0,427	20,00
İspanya	0,350	0,350	18,00
İsveç	4,314	0,491	25,00
Bir. Krallık	0,580	0,718	18,00

Kaynak: OECD

⁴⁷ Avro Cinsinden para birimleri 1 Temmuz 2012 tarihindeki kurlara göre hesaplanmıştır. Kullanılan kur hesaplama aracı: www.oanda.com (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

C. TÜRK VERGİ SİSTEMİ KAPSAMINDA ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

Türk vergi sisteminde Özel Tüketim Vergisi türü, yeni bir vergi türüdür. Özel Tüketim Vergisinden önce dağıtık şekilde uygulanan vergiler mevcuttu. Özel Tüketim Vergisine geçişin nedenlerinden biri, işte bu dolaylı vergiler sisteminin sadeleştirilmesidir. 12 Haziran 2002 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun kabulü ile 16 adet vergi, resim, harç, fon ve pay, Özel Tüketim Vergisi altında toplanmıştır⁴⁸. Bir diğer neden ise Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlama yükümlülüğünün ortaya çıkmasıdır⁴⁹.

Söz konusu Özel Tüketim Vergisi Kanunu’na göre verginin konusunu listeler halinde sayılmış dört farklı ürün kategorisi oluşturur. Hizmetler, Özel Tüketim Vergisinin konusuna girmez. Aynı şekilde, listelerde sayılmayan mallar Özel Tüketim Vergisinin konusuna girmez. Bu mallar; petrol ve petrol ürünleri (I Sayılı Liste); motorlu taşıtlar (II Sayılı Liste); tütün mamulleri ile alkollü içkiler ve kolalı gazozlar (III Sayılı Liste); ve lüks mallar, beyaz eşya ve elektronik ürünler (IV Sayılı Liste)’dir. Bu mallar sadece bir defaya mahsus olmak üzere Özel Tüketim Vergisine tabi tutulurlar.

(a) Petrol ve petrol ürünleri (I Sayılı Liste)

Kanuna ek, I Sayılı Listede yer alan bu ürünler (A) Cetveli ve (B) Cetveli şeklinde ikiye ayrılmıştır. (A) cetvelinde; petrol ürünleri (benzin çeşitleri, motorin, fuel oil, doğalgaz, motorin gibi) yer alırken, (B) cetvelinde; solvent ve benzeri ürünler (benzol, toluol vernikler, heptan, eter gibi) yer almaktadır. Bu mallarda verginin konusunu oluşturan olay, ithalatçılar veya imalatçıları tarafından teslimleri aşamasıdır. I Sayılı Listede, her ürün için vergi oranları ayrıntılı bir biçimde belirtilmiştir.

(b) Motorlu Taşıtlar (II Sayılı Liste)

Kanuna ek II Sayılı Listede sayılan motorlu taşıtlar, otobüs, minibüs, midibüs, özel amaçlı motorlu taşıtlar, motosikletler, mopedler, uçak ve helikopterler (yangınla mücadelede kullanılan özel yapıdaki helikopterler hariç), gemiler, yatlar gibi ürünlerdir. Motorlu taşıtlarda verginin konusunu oluşturan olay, ilk iktisap olarak belirlenmiştir. Ancak burada ikili bir ayırım yapılmıştır: Kayıt ve tescile tabi motorlu araçlar ve kayıt ve tescile tabi olmayan motorlu araçlar.

⁴⁸ İlhan Küsmenoğlu, Cumhuriyet Dönemi Vergi Tarihi (II. Kitap) 1980’den 2010’a, s. 1129

⁴⁹ Mualla Öncel; Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, Vergi Hukuku, s. 426

Kayıt ve tescile tabi motorlu araçlar ilk iktisapları aşamasında verginin konusuna girerler. Kayıt ve tescile tabi olmayan motorlu araçlar (örneğin; golf arabaları, çim biçme makineleri vs.) ise ithal ediliyorsa ithali, imal ediliyorsa imalatçıları tarafından teslimi sırasında vergilendirmeye konu olur.

İktisap edilen motorlu aracın yerli ya da yabancı ülkede üretilmiş olmasının Özel Tüketim Vergisi açısından önemi yoktur. II Sayılı Listede vergi oranları ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır.

(c) Tütün Mamulleri ile Alkollü İçecekler ve Kolalı Gazozlar (III Sayılı Liste)

III Sayılı Listede aynı petrol ve petrol ürünleri ürün kategorisinde olduğu gibi liste ikiye ayrılmıştır. (A) cetvelinde; kolalı gazozlar ve alkollü içkiler (bira, şarap vs.) gibi ürünler yer alırken (B) cetvelinde; tütün ürünleri (sigara, puro vs.) yer alır. Bu ürünlerin vergiye konu olabilmesi için ithalatçı ve imalatçıları tarafından teslim edilmesi gerekir. III Sayılı Listede vergi oranları ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır.

(d) Lüks Mallar, Beyaz Eşya ve Elektronik Ürünler (IV Sayılı Liste)

Listede, parfüm, saç spreyi, güneş kremi, saç boyası, havyar, mutfak eşyaları, inci, elmas, kıymetli taşlar, traş losyonları, ateşli silahlar, buzdolabı, çamaşır makinesi, klimalar, televizyon, kitaplar, süreli ve süresiz yayınlar vb. mallara yer verilmiştir. Bu mallar ithal edilmesi anında ithalat aşaması, ithal edilmeyip yurt içinde üretilmeleri halinde imalatçıları tarafından teslim aşamasında vergi konusuna girerler. IV Sayılı Listede vergi oranları ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Lüks mallardan eskiden oldukça yüksek katma değer vergisi alınırken (%26 ila %40 arası), Bakanlar Kurulu kararıyla genel katma değer vergisi %18 oranına tabi tutulmuş ve kalan oran Özel Tüketim Vergisine katılarak vergi yükünün değişmemesi sağlanmıştır.

D. Avrupa Birliği ve Türk Vergi Sistemleri'nin Karşılaştırması

Avrupa Birliği'ne katılım müzakereleri kapsamında, uyumlaştırılması gereken mevzuat 33 adet fasıl olarak sıralanmıştır. Türkiye bu fasıllar şeklinde ayarlanmış programı izleyerek Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecine devam etmektedir. Söz konusu fasıllar arasında "Vergilendirme" faslı 16. fasıl olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu fasıl 30 Haziran 2009 yılında Çek Cumhuriyeti Dönem Başkanlığı'nda müzakerelere açılmıştır. Fasılın kapanış kriterleri ise şu şekilde belirlenmiştir:

(i) Türkiye, Katma Değer Vergisi ve Özel Tüketim Vergisi alanlarının uyumlaştırılmasına hedefleyen ayrıntılı bir takvim sunmalıdır.

2009 tarihli Eylem Planı'nı uygulamalı ve alkollü içkiler, ithal tütün ve ithal sigaralardaki ayrımcı vergilendirme uygulamalarını tamamen ortadan kaldırmalıdır.

(ii) Türkiye, ulusal vergi mevzuatını uygulama, vergileri toplama ve mükellefleri kontrol etme bakımından yeterli idari kapasite ile merkezde ve vergi daireleri seviyesinde gerekli altyapıya sahip olduğunu göstermelidir. Özellikle, “Merkezi İrtibat Bürosu” ve “Özel Tüketim Vergisi İrtibat Bürosu”nun kurulması, yeterli personelle donatılması ve üyelikle birlikte işletilebilir olması için gerekli bütün düzenlemeleri yapmış olmalıdır.

(iii) Türkiye, bilgi işlem bağlantı sistemlerine ilişkin kapsamlı ve uyumlu bir stratejiyi Komisyona sunmalıdır; başta Katma Değer Vergisi Bilgi Değişim Sistemi ile Özel Tüketim Vergisine Tabi Mallar Hareket Kontrol Sistemi olmak üzere, tüm bilgi işlem bağlantı sistemlerinde yeterli seviyede ilerleme kaydetmelidir.

Yukarıda kısaca değinildiği gibi Özel Tüketim Vergisi kurumunun getiriliş nedenlerinden bir tanesi Avrupa Birliği'ne uyumdur. Ancak, Avrupa Birliği mevzuatı ile Türk vergi sistemi içerisinde alınan Özel Tüketim Vergisi farklılıklar göstermektedir. Burada öncelikle temel farklar incelenecek daha sonra önemli resmi katılım belgelerinde Özel Tüketim Vergisi hakkında yapılan açıklamalara değinilecektir.

(a) *Özel Tüketim Vergisi Açısından Avrupa Birliği Müktesebatı ile Türk Vergi Sistemi Arasındaki Temel Farklar*

Bu farklılıkları verginin konusu açısından ve verginin oranı açısından şeklinde iki başlık altında inceleyebiliriz:

(i) ***Verginin konusu açısından:*** Avrupa Birliği müktesebatında Özel Tüketim Vergisine tabi olan ürünler üç kategori altında toplanmıştır: alkol ve alkollü içkiler; tütün mamulleri; enerji ürünleri. Türkiye’de ise Özel Tüketim Vergisi çok daha geniş kapsamlıdır. Avrupa Birliği’nden farklı olarak ülkemizde alkolsüz içecekler olan kolalı gazozlar; motorlu kara, hava, deniz taşıtları; ve lüks tüketim maddeleri olarak değerlendirilen mallar vergi sistemimiz altında Özel Tüketim Vergisine tabi tutulmaktadır.

Avrupa Birliği’nde Özel Tüketim Vergisinin amacı zararlı bir takım maddelere vergi koyarak fiyatı artırmak, dolayısıyla bu ürünlere olan talebi azaltmak ve bu sayede halk sağlığını korumak iken, ülkemizde daha çok gelir unsuru ön plana çıkmıştır. Lüks tüketim malları özellikle burada dikkat

çekmektedir. Oldukça ilgi çekici olan, lüks tüketim malları adı altında kitaplar ya da bugün ihtiyaç maddeleri olarak sayılabilecek traş losyonu vb. malların bile Özel Tüketim Vergisine tabii tutulmasıdır. Aynı şekilde motorlu taşıtlardan alınan yüksek vergiler de gelir unsurunun ön plana çıktığı görülmektedir. Bu açıdan Türk vergi sistemi ve Avrupa Birliği vergi sistemi birbirinden ayrılmaktadır ve bir uyumsuzluktan söz edilebilir.

(ii) Verginin oranı açısından: Avrupa Birliği'nde Özel Tüketim Vergisinin yapısı, verginin konusu olan ürün kategorileri açısından bir uyumlaştırma söz konusu olmasına rağmen, vergi oranları açısından bir uyumlaştırma sağlanamamıştır. Bunun nedenini yukarıda kısaca açıklamıştık, ayrıca verilen tablolarda da üye devletlerin uyguladığı vergi oranları arasındaki farklılıklar görülebilir. Avrupa Birliği mevzuatı minimum vergi oranları belirlemekle yetinmiştir. Ancak Türk mevzuatında bazı minimum oranlar fazlasıyla sağlanırken, alkol oranı aynı olmasına rağmen bazı ürünlere daha az vergi uygulanabilmektedir. Burada özellikle yerel içkilere daha az vergi uygulandığı ve ayrımcı bir politika izlendiği gözlemlenmektedir. Bu husus, ABİA md. 110'a da aykırılık oluşturmaktadır.

(b) Resmi Belgelerde Yer Alan Özel Tüketim Vergisi'ne İlişkin Bilgiler

Burada öncelikle Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan 2014 İlerleme Raporu⁵⁰ incelenecek daha sonra Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yayınlanan Ulusal Eylem Planı⁵¹ kapsamında bu alanda yapılması planlanan çalışmalar açıklanacaktır.

(i) 2014 İlerleme Raporu: Avrupa Birliği Komisyonu tarafından her yıl yayınlanan ilerleme raporları genel olarak Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki ilişkileri incelemek, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımı için gerekli politik ve ekonomik kriterlerinin analizini yapmak ve Türk hukuk sisteminin Avrupa Birliği müktesebatına olan uyumunu incelemektir. 2014 yılına ilişkin İlerleme Raporu ise ekim ayında yayınlanmıştır. Bu raporda vergilendirmeye ilişkin bir bölümde bulunmaktadır.

2014 İlerleme Raporu'nda, Türk vergi sistemi ile Avrupa Birliği müktesebatı arasında bazı alanlarda, sınırlı da olsa, uyumlaşma sağlanmışken,

⁵⁰ *Commission Staff Working Document, Turkey 2014 Progress Report, Communication From the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the The Committee of the Regions, Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-2015*, Brüksel, 8 Ekim 2014, COM (2014) 700 final

⁵¹ Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı, I. Aşama, Kasım 2014-Haziran 2015, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı, söz konusu belgeye şu linkten ulaşılabilir: <http://www.ab.gov.tr/files/ulusaleylemplani1asama.pdf> (Son erişim tarihi: 5 Aralık 2014)

bazı alanlarda farklılaşma artmıştır. Özellikle Özel Tüketim Vergisi alanındaki ayrımcı politikaların elimine edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tütün ürünleri açısından, Avrupa Birliği mevzuatı ile Türk mevzuatı arasındaki farklılıklar, özellikle minimum spesifik Özel Tüketim Vergisi ve minimum toplam Özel Tüketim Vergisi açısından devam etmektedir. Ancak, Türkiye, Tütün Fonu⁵²'na aktarılan ve ithal edilen işlenmemiş tütün üzerinden alınan özel vergiyi 1500 Amerikan Doları'ndan 1200 Amerikan Doları'na düşürerek⁵³ bu alanda olumlu adımlar atmaya başlamıştır. Avrupa Birliği, bu fon aktarımının, ayrımcılık yarattığı gerekçesiyle, tamamen ortadan kalkmasını istemektedir.

Alkollü içecekler üzerinden alınan vergilere bakıldığında, ithal edilen içkiler ile benzer yerli içkiler arasındaki vergilendirme oranı farkı artmıştır. Bu Avrupa Birliği tarafından olumsuz karşılanmıştır.

Enerji ürünlerine gelince, mineral yağlar ve motor yağları üzerinde uygulanan spesifik vergileme yerine *ad valorem* esasına göre alınan vergi getirmiş ve yine Avrupa Birliği müktesabatı ile bir farklılaşma yaratılmıştır.

(ii) Ulusal Eylem Planı: Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yayımlanan Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda vergilendirme faslı için planlanan uyumlaştırma çalışmaları aktarılmıştır. Buna göre Özel Tüketim Vergisi alanında ikincil mevzuat açısından uyumlaştırma çalışmaları planlanmıştır.

Alkollü içecekler üzerinden alınan Özel Tüketim Vergisinin yapısının ve maktu vergi tutarlarına ilişkin 92/83/EEC ve 92/84/EEC sayılı Yönergelere uyum sağlanması için Özel Tüketim Vergisi oranlarında değişiklik yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı çıkarılması amaçlanmıştır. Bu düzenlemenin, faslın kapanış kriterleri arasında yer alan ve ayrımcı vergi uygulamalarının ortadan kaldırılması amacına hizmet edecektir. Bu düzenleme henüz hazırlık aşamasındadır ve Maliye Bakanlığı bu düzenlemeyi yapmakla sorumlu tutulmuştur.

⁵² Türkiye'de tütün üretimi eskiden TEKEL ismi verilen bir devlet teşekkülü aracılığıyla yürütülmekteydi. 1986 yılında TEKEL ortadan kaldırılmış ve yeni bir düzenlemeyle Tütün Fonu ismi verilen bir oluşum getirilmiştir. Buna göre Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen bir listeye giren yabancı tütün ürünlerinden ve yurt içinde harmanlanmış ve imal edilmiş sigaraların bünyesine giren yabancı tütünün ithali sırasında belirli bir miktar para Tütün Fonu'na aktarılır. Bu fon, kamu gelirleri içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. 2010 yılı itibarıyla 2009/15685 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile bir çok ürün üzerinden kaldırılmış olmakla birlikte, yukarıda özellikleri belirtilen yabancı tütün ithali üzerinden hala bir miktar fona aktarmak üzere vergi talep edilmektedir.

⁵³ 31 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2013/5761 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Bir diğer uyumlaştırma çalışması ise işlenmiş tütün üzerinden alınan Özel Tüketim Vergisinin yapısı ve maktu vergi tutarlarının uyumlaştırılmasına ilişkin 2002/10/EC ve 2011/64/EU sayılı Yönergelere uyumun sağlanması için yine Özel Tüketim Vergisi oranlarında değişiklik yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmasıdır. Bu düzenlemenin amacı yine bir önceki planlanan çalışmada olduğu gibi, faslın kapanış kriterleri arasında yer alan ve ayrımcı vergi uygulamalarının ortadan kaldırılmasıdır. Bu düzenleme henüz hazırlık aşamasındadır ve yine Maliye Bakanlığı bu düzenlemeyi yapmakla sorumlu tutulmuştur.

Özel tüketim vergilerine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının 2015 I. dönemde yayınlanması beklenmektedir.

Sonuç

Avrupa Birliği, dört temel serbestlik olan malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı etrafında bir iç pazar kurmuştur ve bu iç pazarın işleyişini mükemmelleştirmek için uyumlaştırma çalışmaları yapmakta ve ikincil mevzuat çıkarmaktadır. Bunlardan bir kısmı da vergilendirmeye ilişkindir. Vergi uyumlaştırmasının amacı; mal ve hizmetlere serbest hareket imkânı sağlanması ve Avrupa Birliği içinde serbest piyasa ilişkilerinin kurulmasıdır.

Özel tüketim vergileri ise yerel mallara kolayca uygulanabilmesi kolaylığı bulunduğundan, Gümrük Birliği'nin sağlanabilmesi için, Avrupa Birliği düzeyinde uyumlaştırılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bunun dışında, ekonomik kriterler haricinde, Özel Tüketim Vergisinin evre, enerji politikaları gibi politikaların aracı olarak kullanılması da söz konusudur. Bu politikalar Avrupa Birliği düzeyinde de güdüldüğu için, yine vergilerin uyumlaştırılması durumu ortaya çıkmaktadır.

Ancak Birlik düzeyinde vergiler açısından hedeflenen uyumlaştırmanın oldukça gerisinde kalınmıştır. Üye devletler arasında vergi oranları açısından büyük farklılıklar söz konusudur.

Türkiye'nin Özel Tüketim Vergisi alanında ilk uyum alışması Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nu çıkarmak olmuştur. Bu kanun ile dağınık ve karmaşık yapıda bulunan özel tüketim vergileri hem bir nebze Avrupa Birliği ile uyumlaştırılmış, hem de tek bir çatı altına toplanmıştır. Ancak Avrupa Birliği ve Türk mevzuatı karşılaştırıldığında vergi sistemlerinin uyumu konusunda sıkıntılar bulunmaktadır. Başta Özel Tüketim Vergisine konu olan

ürünler farklıdır, Türk vergi sisteminde ürünler kapsamlıdır. Kolalı içecekler, motorlu taşıtlar Özel Tüketim Vergisine tabii tutulmuştur. Lüks tüketim mallarına konulan vergiler de Avrupa Birliği mevzuatında bulunmamaktadır.

Vergi oranları açısından da farklılıklar söz konusudur. Türkiye'nin ayrıca oranlar açısından ayrımcı politikaları söz konusudur. Bu ayrımcı politikaların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Zaten, Ulusal Eylem Planı içerisinde de bu politikaların kaldırılmasının planladığı görülmektedir. Türkiye'nin bu eylem planına sadık kalması gerekmektedir.

Özel tüketim vergileri Avrupa Birliği'nde daha çok çevrenin korunması, sağlık gibi sosyal fayda amaçlıdır. Ancak Türkiye'de daha çok geliri vergilendirme aracı olarak kullanılmaktadır, bunu talebi yüksek olan ihtiyaç mallarına konulan vergilerden anlayabiliriz. Bu açıdan, Türkiye'de bir fikri reform yaşanması gerekmektedir.

Ancak bir yandan da unutulmamalıdır ki, özel tüketim vergileri kamu bütçesi içerisinde önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla uyum çalışmaları yapılırken, kamu bütçesini sarsmamaya özen gösterilmesi gerekmekte, Özel Tüketim Vergisi kalemlerinin ortadan kaldırılması ile bütçe içerisinde oluşabilecek açıklar göz önünde bulundurularak çalışmalara devam edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçay, Belgin ve Göçmen, İlke:** Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Şubat 2014
- Bilici, Nurettin:** Bütçe-Maliye Politikalarına Türkiye'nin Uyumunu, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar (Editörler: Belgin Akçay ve Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik), Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Mayıs 2012
- Can, Hacı:** Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2008
- Craig, Paul:** The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform, Oxford University Press, 1. Baskı, United States, 2010
- Craig, Paul ve De Burca, Grainne:** EU Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 5. Baskı, United States, 2011
- Güneş, Ahmet M.:** Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, Kasım 2013
- İktisadi Kalkınma Vakfı:** Vergilendirme Politikası, Sorularla AB Politikaları ve Türkiye Serisi, Seri No:7, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, Yayın No: 246, İstanbul, Haziran 2011
- Karluk, S. Rıdvan:** Avrupa Birliği: Kuruluşu, Gelişmesi, Genişlemesi, Kurumları, Beta Yayınları, 11. Baskı, İstanbul, Şubat 2014
- Kızılot, Şükrü ve Taş, Metin:** Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Eylül 2011
- Kukuş, Bayram Ali:** Türkiye'de Özel Tüketim Vergisi ve Avrupa Birliği Özel Tüketim Vergisi İle Uyumlaştırılması (Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Isparta, 2010
- Küsmenoğlu, İlhan:** Cumhuriyet Dönemi Vergi Tarihi (II. Kitap) 1980'den 2010'a, Oluş Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2010

- OECD:** Consumption Tax Trends 2012: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Administration Issues, OECD Publishing, 2012
- Oktar, Ateş:** Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, İstanbul, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Eylül 2012
- Oktar, Kemal:** Özel Tüketim Vergisi, Savaş Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, Temmuz 2008
- Oral, Hasan:** Avrupa Birliği'nde Özel Tüketim Vergilerinin Uyumlaştırılması ve Türkiye (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet ve Çağan, Nami:** Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş, 20. Bası, Ankara 2011
- Şenyüz, Doğan; Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan:** Türk Vergi Sistemi Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 6. Baskı, Bursa, Eylül 2011
- Terra, Ben J.M. ve Wattel, Peter J.:** European Tax Law: Fifth Edition, Kluwer Law International, 5. Baskı, The Netherlands, 2008
- TÜSİAD** Dolaylı ve Dolaysız Vergilerin Türk Mali Sistemi İçerisindeki Yeri: Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Sonuçları, TÜSİAD Yayınları No: TÜSİAD-T/2012-10/532, İstanbul, Ekim 2012
- Yıldız, Habib:** Avrupa Birliği Vergi Politikası ve Vergi Uyumlaştırma Çalışmaları, EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006), s. 549-569

Avrupa Birliği mevzuatına, Komisyon raporlarına <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html> adresinden ulaşılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı'nın resmi websitesi: <http://www.abgs.gov.tr>

ELEKTRİK ÜRETİM VE DAĞITIM TESİSLERİNİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNE

Cem Çağatay ORAK*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, son dönemde verdiği kararlar ile elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin denetiminin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınması yoluyla yapılmasına imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararlarının gerekçesi incelendiğinde, daha çok yasama yetkisinin devredilemezliği prensibi üzerinde durulduğu görülmektedir. Ne var ki, kolluk ve kamu hizmeti düzleminde denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine yönelik tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararları, elektrik piyasasını düzenleyen mevzuat ve sektör uygulamaları dikkate alındığında yeniden şekillenmiştir. Bu çalışma, esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararlarının, anayasa hukuku ve idare hukukunun genel ilke ve prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bununla beraber, konunun eklemlendiği zemin dikkate alındığında, denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin olarak teori ve uygulamadaki yaklaşım ve gelişmeler de inceleme kapsamına dâhil edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yasama yetkisinin devredilemezliği, elektrik piyasası, denetim, kamu hizmeti, kolluk.*

CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS IN RELATION TO THE SUPERVISION OF ELECTRICITY GENERATION AND DISTRIBUTION FACILITIES

ABSTRACT

Constitutional Court recently annulled certain statutory provisions which enable private legal entities to supervise electricity generation and distribution facilities by virtue of service contracts to be concluded by and between relevant governmental authority and the private legal entities. The reasoning of the Constitutional Court Decisions rather focused on non-delegation of legislative powers. However, legal discussions on whether supervisory services can be performed by private legal entities under the established rules of public service notion and law enforcement services reemerged due to the said annulment decisions of the Constitutional Court, electricity

* Dr., Ankara Barosu Avukatı, c.orak@cakmak.av.tr

market legislation and market practices. This article mainly intends to examine the annulment decisions of the Constitutional Court from the perspective of well-known constitutional law and administrative law principles. Additionally, given the mainstay of the discussions, considerations in theory and practice concerning the provision of supervisory services by private legal entities are also included in the scope of the article.

Keywords : *Non-delegation of legislative powers, electricity market, supervision, public service, law enforcement services.*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, son dönemde verdiği kararlar ile elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin denetiminin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınması yoluyla yapılmasına imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararlarındaki denetim ölçütlerini, yasama yetkisinin devredilemezliği, belirlilik ve eşitlik ilkeleri temelinde yoğunlaştırmış ve iptal kararlarını vermiştir. Bu çalışma, esas itibarıyla söz konusu iptal gerekçelerini anayasa hukuku ve idare hukuku ilke ve prensipleri çerçevesinde eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bununla beraber, söz konusu iptal kararları ile, kamu hizmeti ve idari kolluk ekseninde özel hukuk kişilerinin hizmet sunumuna ilişkin bazı klasik tartışmalar da yeniden gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, özellikle zorunlu denetim hizmetlerinin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınmak suretiyle gördürülüp gördürülemeyeceği hususu da teori ve uygulama ışığında aşağıda ayrıca irdelenmektedir.

I. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

1. Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2012 tarih ve E. 2011/27 – K. 2012/101 sayılı Kararı¹ (kısaca “Birinci AYM Kararı”)

29.12.2010 tarih ve 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6(C) maddesinin son fıkrasının “(...) veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK

¹ 06.10.2012 tarih ve 28433 sayılı Resmi Gazete (“RG”).

tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar; Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” bölümünün, Anayasa’nın 2, 7 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin kullandığı iptal gerekçeleri ana hatlarıyla aşağıdaki şekildedir:

“(...)Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirtilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa’nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır”.

2. Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2012 tarih ve E. 2012/6 – K. 2012/131 sayılı Kararı (kısaca “İkinci AYM Kararı”)

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.02.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin “...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümünün Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle söz konusu hükmü iptal etmiştir². 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri ana hatlarıyla aşağıdaki şekildedir:

“(…)DSİ, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (l) bendi uyarınca, su yapıları ile etüd ve proje işlerini kendisi yapabildiği gibi aynı zamanda ücreti karşılığında da yaptırma imkânına sahiptir. Ancak DSİ, su yapıları ile ilgili olarak yapının projeye uygun olup olmadığı, fenni icaplara uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda tek yetkili kurum iken 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve başvurunun konusunu oluşturan (f) bendiyle elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin yetkilendirilecek denetim şirketlerine de yaptırılabilmesi kurala bağlanmıştır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların ise ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” denilmiştir.

² 13.02.2013 tarih ve 28558 sayılı RG.

Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 128. maddesinde ise “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denilmiştir.

Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idarenin kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

Elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim itiraz konusu kuralda bu inceleme ve denetlemenin DSİ tarafından yapılacağı veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılacağı belirtilmiştir.

Denetim şirketlerine yaptırılacak denetimde, bu şirketlerin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının DSİ yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada DSİ'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, itiraz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir(...)"

3. Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarih ve E. 2012/102 – K. 2012/207 sayılı Kararı³ (kısaca "Üçüncü AYM Kararı")

04.07.2012 günlü 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen, 20.02.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafının beşinci cümlesinde yer alan "... veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle ..." ibaresi ile son cümlesinin ve 6353 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değiştirilen, 10.05.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 6/C maddesinin altıncı fıkrasının "...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile

³ 02.04.2013 tarih ve 28606 sayılı (mükerrer) RG.

ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümünün iptali talebiyle dava açılmıştır.

6353 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

*“4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık bu denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle **veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle** yaptırabilir. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır. **Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”***

Anayasa Mahkemesi iptal istemini aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

“... veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle ...” ibaresi:

(...)Dava dilekçesinde, asli ve sürekli görevler kapsamında bulunan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi görevinin Bakanlık tarafından yetkilendirilecek şirketlerden hizmet satın alınması yoluyla gördürülecek olmasının Anayasa’nın 128. maddesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

4628 sayılı Kanun’un 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, elektrik dağıtım faaliyetinde bulunabilecek tüzel kişiler düzenlenmiştir. 5398 sayılı Kanun’un 21. maddesiyle anılan bende eklenen sekizinci

paragrafla, özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna (EPDK) verilmiştir. 6353 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle söz konusu sekizinci paragrafta yapılan değişiklikle, Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi yetkisi ve görevi EPDK'dan alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilmiştir.

Dava konusu ibareyi de içeren beşinci cümleyle, Bakanlığın, denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle veya yetkilendireceği denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle yaptırabilmesine olanak tanınmıştır. Denetim yetkisi Bakanlıkta olmakla birlikte denetim sonucu düzenlenen raporların EPDK'ya gönderilmesi ve rapor sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemlerin EPDK tarafından karara bağlanması öngörülmektedir.

Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, Bakanlığın, elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine, hizmet satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının EPDK'ya bildirilmesi ve denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemlerin Kurul tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK'da

kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir(...)"

“Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” ibaresi:

“(…)Dava dilekçesinde, hiçbir ölçü getirilmeden, çerçeve çizilmeden, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olan denetim görevine ilişkin denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecek olmasının Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, kanun ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Kanun ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde kanun ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır.

Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine işaret etmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, dağıtım şirketlerini denetmekle yetkilendirilecek şirketlerin Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketler olacaklarında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlığın bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından, şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Konunun genel çerçevesi, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir(...)"

6353 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen, 5346 Sayılı Kanun'un 6/C maddesinin altıncı fıkrasının "...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile

ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümü:

“(…)Dava dilekçesinde, EPDK tarafından yapılacak denetim, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğundan bu görevin kamu görevlisi niteliğinde olmayan kişiler eliyle yerine getirilmesinin Anayasayla bağdaşmadığı, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesine imkân verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, öte yandan EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinin niteliğinin ve statüsünün kanunda açık ve net olarak gösterilmediği gibi yetkilendirmenin niteliği ve kurallarının da belirtilmediği, kaldı ki kuralın önceki halinde yer alan aynı ibarelerin Anayasa Mahkemesinin 05.07.2012 günlü, E.2011/27, K.2012/101 sayılı kararı ile iptal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 7 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın da yer aldığı fıkra, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin, lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimini düzenlemektedir. İptali istenen kuralda ise söz konusu inceleme ve denetimin EPDK tarafından denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesine ve denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Maddi ve hukuki olguları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetim sonucu kanunlarda öngörülen icrai kararların memurlar veya diğer kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Dava konusu kuralla, EPDK'nın, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan

diğer tesislerin denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yapılabileceği belirtilmekle birlikte, denetim üzerine söz konusu Kanun'da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum tereddütlere ve belirsizliğe yol açacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması hâlinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Kuralın, Anayasa'nın 7. ve 128. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir(...)"

II. 6446 sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki Durum

30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun⁴ 15. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda atıf yapılan kararlarındaki iptal gerekçeleri dikkate alınarak aşağıdaki biçimde düzenlenmiştir:

“Denetim”

MADDE 15 – (1) 11 inci maddenin onuncu fıkrası uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı olmak üzere, dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetimi Kurum tarafından yapılır. Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi ise Bakanlık

⁴ Bu Kanun ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun birçok maddesi yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiştir.

⁵ Değişik, 10.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanun'un 138. maddesi. Bu maddenin ikinci paragrafı da 6552 Sayılı Kanun'un 144. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

tarafından yapılır⁶. Bakanlık, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabilir veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabilir. Bakanlığın ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarından bu konuya ilişkin olarak yapacağı talepler süresinde karşılanır. Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.

(3) Bakanlık ve Kurum bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık ve Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabilir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir”.

Ayrıca, 11.09.2014 tarih ve 29116 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6552 sayılı Kanun’un 88. maddesiyle 6200 Sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki madde eklenmiştir:

“EK MADDE 6 - 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen

⁶ Avrupa Birliği’nin Türkiye’ye ilişkin 2013 yılı ilerleme raporunda, EPDK’nın elektrik dağıtım şirketlerini izleme ve denetleme görevinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’na devredilmesi, AB müktesebatına aykırı bulunmuştur. Bkz. 16.10.2013 tarihli Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu, *Türkçe Versiyon*, s. 37. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf (erişim tarihi: 27.10.2013)

yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ'ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır.

Denetim şirketi, su yapısının projesini veya revize projesini onaylamak, projesine ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, imalatta kullanılan malzemelerin ve imalatın projesine, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak, neticelerini belgelendirmek, yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgeler ile DSİ tarafından yapılan kabul işlemine esas olan belgeleri DSİ'ye vermek mecburiyetindedir.

DSİ tarafından denetim şirketine izin belgesi ile yetki verildiği hâlde, su yapılarının denetimini DSİ kriterlerinin, standartların, ilgili mevzuat hükümlerinin gerektirdiği şekilde yerine getirmeyen yetkili denetim şirketlerine; DSİ tarafından ilk seferinde denetlenen hidroelektrik tesislerinde, kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası; baraj, gölet, sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarında, yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Bu fiilin ikinci tekrarında ceza iki katı olarak uygulanır ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Fiilin üçüncü tekrarında ise ceza üç katı olarak uygulanır ve su yapıları yetkili denetim şirketinin izin belgesi DSİ tarafından iptal edilir. İzin belgesi iptal edilen yetkili denetim şirketinin yönetici ve ortakları bir yıl süreyle başka bir yetkili denetim şirketi kuramazlar, kurulmuş olan şirketlerde görev alamaz ve/veya ortak olamazlar.

Su yapılarının mevzuata ve onaylı projesine aykırı yapılması hâlinde, bu durumun düzeltilmesi için yetkili denetim şirketinin DSİ'ye yazılı bildirimini üzerine DSİ tarafından yatırımcıya en fazla 30 gün eksiklikleri düzeltme

müddeti verilir. Mevzuata ve projeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde verilen sürenin sonunda veya acil hâllerde derhâl DSİ işi kısmen veya tamamen durdurur.

Su yapılarını denetlemek üzere yetkilendirilmiş şirketlere uygulanacak idari yaptırımlar DSİ tarafından yerine getirilir.

Denetim şirketi ile denetim şirketinde görev alan denetim elemanları, su yapısının projesine, fen ve sanat kurallarına ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan kabul tarihinden itibaren on beş yıl süreyle yatırımcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek su ile ilgili köprü, menfez gibi yapılarda hidrolik yönden DSİ'nin uygun görüşü alınır.

Denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usuller ile denetim yapacak personelin nitelikleri, denetleme usulleri ve diğer şartlar, DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarına ilişkin kararlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarında ihlalin tespiti ve cezanın kesilmesi usulleri ile ceza uygulamasında kullanılacak tutanakların şekli, dağıtımı ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak DSİ tarafından hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir.”

III. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Gerekçelerinin Anayasa ve İdare Hukuku İlke ve Prensipleri Bakımından Değerlendirilmesi

1. Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Geleneksel olarak, yasama organının vatandaşlar karşısında asli hesap veren konumunda olması bu ilkenin ana motivasyonunu oluşturmaktadır⁷. İdarenin uygulayacağı

⁷ Stone, G./Seidman, L./Sunstein, C./Tushnet, M. ; s. 364.

kuralı kendisinin koymasının hukukla sınırlanma amacı ile oluşturduğu çelişki⁸ de söz konusu ilkenin yerindeliliğini perçinlemektedir. Şekli yasallık anlayışının bir ürünü olan bu prensibe yasanın tekelciliği adı verilmektedir⁹.

Anayasa'nın 7. maddesi ile esas olarak korunmak istenen hususun Cumhuriyetin demokratik karakteri olduğunu savunan Erdoğan'a göre, Anayasa'nın 7. maddesinde hükme bağlanan "yasama yetkisinin devredilemezliği" konusundaki kural, ancak Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilen yetkilerin devredilmesi halinde çiğnenmiş olur¹⁰. Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ne verilen görev ve yetkilerden biri de kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmaktır.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Anayasa Mahkemesi ve öğretideki büyük çoğunluk, doğrudan adını koymasa da, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesini, sözü edilen 87. maddedeki kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak biçimindeki yetkinin devredilmesi olarak algılamaktadırlar¹¹. Bir başka deyişle, yaygın olan görüşe göre, bu madde ile kanun adı altında veya bu adı taşıyorsa bile kanunla eş değerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesi yasaklanmıştır¹². Çünkü, yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir¹³.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır¹⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmemektedir. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel esasların konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Yüksek Mahkemeye göre, temel esasların kanunda yer

⁸ Atay, Y. Ş. ; s. 89.

⁹ Toroslu, N. ; s. 16-20.

¹⁰ Erdoğan, M. ; s. 264.

¹¹ Özbudun, E. ; (Anayasa Hukuku), s. 193; Arıkan, C. ; s. 7.

¹² Özbudun, E. ; (Anayasa Hukuku), s. 193; Arıkan, C. ; s. 7.

¹³ AYM'nin 02.06.2009 tarih ve E. 2004/85-K. 2009/69 sayılı kararı. Bkz. 10.12.2011 tarih ve 28138 sayılı RG.

¹⁴ Bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. Kaneti, S. ; *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları*, İHFM, C. LIV, S. 1-4, 1994, s. 33-45.

alması, söz konusu alanın, kanunu uygulayacak olan idarenin anlayış ve yorumuna göre değişecek nitelikte olmayacak biçimde kurallaştırılması anlamına gelmektedir¹⁵. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir¹⁶.

B. Norm Lehine Davranma İlkesi (*Favor Legis*) Dikkate Alınmamıştır

Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'nda, “denetim şirketlerinin yetki ve görevleri ile seçimi ve yapılacak denetimin usul ve esaslarının yasa ile belirlenmemiş olması” yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı görülmüştür. Esasında Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, yasa hükümlerinin ilişkili olduğu elektrik piyasasını ve elektrik piyasası mevzuatını dikkate alarak norm lehine davranma ilkesini (*favor legis*) harekete geçirebilecekken bunu tercih etmemiştir. Daha açık ifade etmek gerekirse, yeni kanun hükümlerinin anayasaya uygunluğu, bunların eklendikleri kanunun anlamı, içeriği ve amacı ile kurduğu sistem, dolayısıyla söz konusu sistemin dayandığı temel ilke ve esaslar ölçü alınarak değerlendirilmemiştir¹⁷.

Oysa ki, aşağıda açıklayacağımız üzere, yasa hükmünün ilişkili olduğu elektrik piyasası ve mevzuatı dikkate alındığında, yasa koyucunun idareye verdiği yetkinin soyut ve genel nitelikli olması gereken yasama tasarrufunu değil, uygulamaya dönük bir yürütme tasarrufunu kapsadığı görülebilir.

Esasında, Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki bazı kararlarında ifade edildiği üzere, her bir düzenleme yetkisinin, yetkiyi tanıyan yasalardan doğan sınırları olduğu gibi, genel nitelikli diğer yasalar veya aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalardan doğan sınırları da vardır. Yasa lafzında “usul ve esaslar” ibaresinin geçmiş olması, tek başına “yasama yetkisinin devredilmesi” anlamına gelmemektedir¹⁸. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, özel kanunlar ile zaten asgari ve yeter ölçüde düzenlemeye tabi tutulan sektörlere özgü idari düzenlemelerin yine bu özel kanunlar şemsiyesi

¹⁵ AYM'nin 26.10.1965 tarih ve E. 1965/25-K. 1965/57 sayılı kararı; AYMKD, C. 3, s. 221.

¹⁶ AYM'nin 05.03.2009 tarih ve E. 2008/3-K. 2009/44 sayılı kararı. Bkz. 05.06.2009 tarih ve 27249 sayılı RG, s. 76-77. AYM'nin 20.05.1997 tarih ve E. 1997/36-K. 1997/52 sayılı kararı. Bkz. 27.06.1998 tarih ve 23385 sayılı RG.

¹⁷ Öden, M. ; s. 271. Yazar, eşitlik ilkesine uygunluk özelinde bu değerlendirmeyi yapmıştır.

¹⁸ AYM'nin 18.06.2009 tarih ve E. 2005/19-K.2009/85 sayılı kararı. Bkz. 23.10.2010 tarih ve 27738 sayılı RG.

altında değerlendirilmesi gerektiğini isabetle belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, “*genel nitelikteki yasalar*” ve “*aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalar*”ın dikkate alınarak yeterince ayrımı içermeyen yasal hükümleri ayakta tuttuğu; bir başka deyişle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmadığı bir kararı aşağıya alınmıştır. Yüksek Mahkeme'nin aşağıdaki kararı norm lehine davranma prensibine örnek teşkil edebilecek ve son derece isabetli gerekçeler içeren bir karardır.

03.06.2011 günlü ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 34. maddesinde, ürün denetmenlerinin ***mesleğe alınmaları, yarışma sınavları, yetiştirilmeleri, yeterlik sınavları, görev, yetki ve sorumlulukları, atama ve yer değiştirmeleri ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.*** Bu düzenlemenin Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu yönündeki sava karşılık Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiştir¹⁹.

Ürün denetmenlerinin atanmaları ile görev ve yetkileri konusunda yürütme organına tanınan yetki, haklı ve isabetli olarak yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilmemiştir. Çünkü, kamu görevlisi statüsündeki ürün denetmenlerinin esas atanma koşulunun Devlet Memurları Kanunu ile düzenlendiği, görev ve yetkilerinin de asıl olarak söz konusu KHK'nin 34. maddesinde yer alan ve bağlı oldukları Ürün Güvenliği ve Denetimi Genel Müdürlüğü'nün görevleri ile sınırlı olması gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, ürün denetmenlerinin görevinin çalıştıkları genel müdürlüğün görevi ile sınırlı olması gerektiğini ve bu sayede teknik düzenlemelere uygunluk denetimi yapmak suretiyle görev ve yetkilerinin çerçevesinin çizildiğini vurgulamıştır.

Özetle ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi bu kararında, ürün denetmenlerinin görev, yetki, nitelik, çalışma usul ve esaslarına ilişkin olarak zaten Devlet Memurları Kanunu ve 637 sayılı KHK'nin asgari yeter sayıda hükümler içerdiğini vurgulayarak, idareye bu hususta yönetmelik ile düzenleme yetkisi verilmiş olmasını Anayasanın 7. maddesine aykırı bulmamıştır.

Kanaatimce, anayasa yargısındaki denetim ölçütlerinden biri olan “*aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalar*” kavramı, regülasyona tabi alanlarda yasama yetkisinin devredilemezliği prensibinin doğrulama testi

¹⁹ AYM'nin 18.07.2012 tarih ve E. 2011/85-K. 2012/109 sayılı kararı. Bkz. 25.05.2013 tarih ve 28657 sayılı RG.

olarak kullanılmalıdır. Şöyle ki; Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümleri elektrik piyasasına ilişkindir. Elektrik piyasası regülasyona tabi bir piyasa olup, Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun görev ve yetki alanındadır²⁰. EPDK, *ex-ante* ve *ex-post* olarak geniş görev ve yetkilerle donatılmıştır. Bu alanda Elektrik Piyasası Kanunu başta olmak üzere²¹, EPDK tarafından yayımlanan ikincil düzenlemeler ve kararlar ile piyasadaki aktörlerin tabi olduğu usul ve esaslar zaten belirlenmiştir. Güncel gelişme ve ihtiyaçlar çerçevesinde, bu alandaki mevzuat çalışmalarına da devam edilmektedir. Elektrik üretim ve dağıtım sektöründe denetim görevini üstlenecek hizmet sağlayıcılarının yapacağı denetimlerin kapsamı mevcut mevzuat hükümleri ile zaten tespit edilmiş olup; lisans sahiplerinin lisanslarının özel ve genel hükümleriyle de çevrelenmiştir²².

Hal böyleyken, Birinci AYM Kararı, İkinci AYM kararı ve Üçüncü AYM Kararında içeriği ve kapsamı salt Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla tespit edilen ve sınırları neredeyse belirsiz yasama yetkisinin devredilemezliği gibi bir ilke ile EPDK'nın yasal güvenceye kavuşturulmuş görev ve yetkilerini tam anlamıyla kullanmasını önleyebilecek düzeyde kararlar verilmiştir.

Esasında, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay, önceki dönemlerde bağımsız idari otoritelerin görev ve yetki alanlarındaki sektörlere ilişkin genel düzenleme yetkisine sahip olduklarını kabul eden kararlar vermiştir²³. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 20.11.2003 tarih ve E. 2002/32 - K. 2003/100 sayılı kararının gerekçesinde²⁴, "*Tütün Mamulleri*

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Çakmak, Z.** ; *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Ankara, 2011.

²¹ 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun da enerji sektörünü düzenleyen kurallar içermektedir.

²² **Ergün, Ç. E.** ; s. 64-65.

²³ Burada incelenen İkinci AYM Kararı'nda esas olarak Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün ("DSİ") düzenleme yetkisi irdelenmiştir. DSİ tipik bir bağımsız idari otorite ("BİO") olmakla birlikte, 6200 sayılı Kanun altında *uzmanlık ilkesine* göre faaliyet gösteren bir kamu kurumudur. Dolayısıyla, her ne kadar burada atıf yapılan yargı kararları BİO'lara ilişkin olsa da, su yapısının denetimine ilişkin olarak DSİ'ye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasa'nın 124. maddesi ile 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve o dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri dikkate alındığında belirlilik ilkesine aykırı değildir. Bu bağlamda, İkinci AYM Kararı'nda kullanılan gerekçeler ve iptal kararı da kanımca yerinde değildir.

²⁴ 11.08.2004 tarih ve 25550 sayılı RG.

ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu'nun, Yasa'nın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahip olduğunu; ayrıca Kurulun, söz konusu piyasa ile ilgili kamu yararı amacıyla yaptığı düzenlemeler ve sınırlamaların da yargı denetimine tabi olduğunu” vurgulamıştır. Bir başka deyişle, adı geçen üst kurul özelinde, bağımsız idari otoritelerin yasaya aykırı olmamak şartıyla genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu belirlenmiştir²⁵.

Bağımsız idari otoritelerin sektörel düzenleyici görevlerine ilişkin Danıştay da bazı kararlarında son derece isabetli tespitler yapmıştır. Örneğin, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından çıkarılan Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'in bazı hükümlerinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay bu davada,

“4733 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, tütün ve alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ya da tıbbi nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yapmak, bunlarla ilgili kararları almak, bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili sektörel düzenlemeleri yapmak, davalı kurumun görevleri arasında bulunduğundan, anılan yönetmeliği çıkarma yetkisi de davalı kurumun görevleri arasında bulunmaktadır” (...). Anayasa'nın 124. maddesi hükmü ile 4733 sayılı Kanun'un 9/B fıkrasındaki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek görevinin bulunduğu tartışmasıdır. Bu bağlamda, dava konusu yönetmeliği yayımlamakla, tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahip olan davalı kurumun ilgili bulunduğu sektörde, Anayasa ve kanunun kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullandığı görülmektedir”

biçimindeki tespitiyle bağımsız düzenleyici kurumların sektörel düzenleme yetkisinin varlığını kabul etmiştir²⁶.

²⁵ Kararın eleştirisi için bkz. Ayanoglu, T. ; (Düzenleme Yetkisi), s. 68 vd.

²⁶ Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 13. D.'nin 28.06.2005 tarih ve E. 2005/63-K.

2. Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirme

Kanun önünde eşitlik ilkesi, yasaların genel olmasını gerektirir. Yasaların genelliği ise, hukuki düzenlemelerin belli kişileri hedef almayan, özel durum gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesi, böylece herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım yapılmadan uygulanabilir olması biçiminde tanımlanmıştır²⁷. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı hukuksal işleme tabi tutulmalarını temin etmek ve bu sayede kişiler arasında çeşitli nedenlerle ayrıcalık gözeterek yasaların uygulanmasında ayırım yapılmasını önlemektir²⁸. Hukuki açıdan aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması gerekir. Bazı objektif nedenler ve zorunluluklar sebebiyle bazı kişi ve topluluklara değişik kurallar uygulanabilir²⁹. Bu durumda, Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen esaslar doğrultusunda, yasa koyucunun takdir yetkisini kullanarak farklı düzenleme ve uygulamalar yapması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Birinci AYM ve Üçüncü AYM Kararında, inceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken, söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

2005/3312 sayılı kararı; DD. S. 111, s. 415-425; Danıştay 13. D.'nin 13.03.2006 tarih ve E. 2005/6223-K. 2006/1393 sayılı kararı; aktaran **Ayanoğlu, T.** ; (Düzenleme Yetkisi), s. 76, dpn. 135-137.

²⁷ **Öden, M.** ; s. 201; **Furtun, H.** ; s. 253-254.

²⁸ O dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği "*eşitlik*" ilkesini daha çok üçüncü kişilerin sisteme erişim taleplerini karşılamada dağıtım ve iletim faaliyetlerini yürüten lisans sahibi şirketlerin dikkate almaları gereken bir ilke olarak düzenlemiştir. Özellikle lisanslama sürecinde ve faaliyetlerin yürütülmesinde EPDK'ya yüklenen açık bir eşit davranma yükümlüğü en azından lafzen yoktur. Sadece, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 13(2) maddesinde, "*Lisans sahibinin talebi veya ilgili mevzuat kapsamındaki uygulamaların gerektirdiği durumlarda yapılan lisans tadili serbest rekabet koşullarını bozucu hükümler içeremez. Lisans tadilleri; ilgili tüm lisans sahiplerine eşit taraflar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesi doğrultusunda ve aynı koşullarda uygulanır*" biçiminde bir düzenleme vardır. Esasında böyle bir hükme gerek olmadığı da açıktır. Çünkü, Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, yasama, yürütme ve yargı makamlarını, diğer idari makamları, kişi ve kuruluşları bağlar.

²⁹ AYM'nin 25.12.2004 tarih ve E. 2013/111-K. 2014/195 sayılı kararı. Bkz. 07.01.2015 tarih ve 29229 sayılı RG.

Kanımcıca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri içinde tek isabetli olanı budur. Çünkü, lisans sahibi şirketlerin bir bölümünün denetimleri doğrudan EPDK tarafından yapıldığında hizmet bedeli alınmayacak ve fakat bazı lisans sahipleri bağımsız firmalarca denetlendiklerinde hizmet bedeli ödeyeceklerdir. Ayrıca uygulamada, lisans sahibi bir şirket belli bir denetim döneminde EPDK tarafından denetlenebileceği gibi, bir başka denetim döneminde doğrudan bağımsız firmalarca da denetlenebilir. Bir başka ifade ile, lisans sahibi şirket belli bir dönemde hizmet bedeli ödemek durumunda kalıp, bir başka dönemde hizmet bedeli ödemeyebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, eşitlik ilkesini “*nimet ve külfetlerde eşitlik*” temelinde değerlendirdiği söylenebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak devletin kamusal hizmetleri yerine getirmesinde yeterli gelir kaynaklarıyla ve mali olanaklarla desteklenmesini gerekli görmekte ve fakat bu yolla bireylere yansıyan yükümlülüklerin Anayasa ilkelerine uygun biçimde paylaşılması ve dağıtılmasının zorunlu olduğunu da ilgili kararlarında vurgulamaktadır³⁰.

Anayasa yargısında, özellikle eşitlik ilkesi temelindeki denetim ölçütlerinde “*eksik kapsam*” (*dar kapsam/under inclusion*) olarak adlandırılan sınıflandırma da önemlidir. Buna göre, kişilere birtakım yararlar sağlayan bir kanunun, bu yararları gerçekleştirmeye yöneldiği amaç ışığında benzer durumda bulunan bazı kişilerden esirgemesi veya kişilere bazı yükümlülükler getiren bir kanun metninin bu yükümlülükleri yöneldiği amaç doğrultusunda benzer durumda bulunan bazı kişilere yüklememesi halinde yasanın eksik kapsamlı olduğu ileri sürülür. Eşitlik ilkesi de benzer durumda bulunanlara eşit davranılmasını buyurduğundan, klasik öğretiye göre eksik kapsamlı sınıflandırmaların geçersiz sayılması gerekmektedir³¹. Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında da, anayasa yargısında kullanıldığı şekliyle eksik kapsamlı yasa haklı olarak iptal edilmiştir.

³⁰ AYM'nin 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38-K. 1976/46 sayılı kararı; AYMKD. S. 14, s. 266-277.

³¹ **Öden**, M. ; s. 289-290; Bu husustaki AYM kararları için bkz. AYM'nin 19.04.1966 tarih ve E. 1966/1-K. 1966/2 sayılı kararı; AYMKD. S. 4, s. 151-153, 156; AYM'nin 08.02.1972 tarih ve E. 1970-K. 1972/3 sayılı kararı; AYMKD. S. 10, s. 135-136. Anayasa Mahkemesi'nin yasama organının takdir yetkisine istinaden bu kuralı esnettiği karşı yöndeki kararlar için bkz. AYM'nin 22.05.1987 tarih ve E. 1986/17-K. 1987/11 sayılı kararı; AYM'nin 22.05.1987 tarih ve E. 1987/13-K. 1987/12 sayılı kararı. Bu durumun değerlendirmesi için bkz. **Öden**, M. ; s. 309.

Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümleriyle yasa koyucu kendince bir hizmet finansman modeli geliştirmiştir. Ancak bu düzenlemenin nihai sonucunda, aynı durumdaki lisans sahibi şirketlerin farklı düzenlemelere tabi olması kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, uygulamada farklı karışıklıklara da yol açabilecek niteliktedir. Lisans sahibi şirket denetim bedelini doğrudan EPDK'ya mı ödeyecektir? Yoksa denetim firmasına mı? Eğer doğrudan denetim firmasına ödenecekse, EPDK ile bir ihale sonucunda sözleşme imzalayan denetim firması hizmet bedelini lisans sahibi şirketten aldığı anda faturasını EPDK ya mı yoksa lisans sahibi şirkete mi kesecektir? Yoksa EPDK denetim şirketlerine akdedilen sözleşme kapsamında sabit bir bedel ödeyecek ve fakat yapılacak her münferit denetimin ücreti de lisans sahiplerinden mi tahsil edilecektir?

Söz konusu usul ve esaslar iptal edilen yasa hükmü doğrultusunda yönetmelik ile düzenlenecekti. Bugün itibariyle bu soruların cevabını bulmak bu bakımdan mümkün olmamıştır. Ancak yasanın en azından ortaya koyduğu ana prensip bakımından teori ve uygulama ışığında eşitlik ilkesini zedelediği anlaşılmaktadır.

Bu düzenlemenin bütçe ve kamu hizmetlerinin finansman rejimi çerçevesinde de incelenmesi gerekir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kontrol Kanunu'nun 13(g) maddesine göre, "*belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi*" esastır. Ancak EPDK'nın da dahil olduğu düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alındığında 13. maddedeki kısıtlamalara tabi değildir. Dolayısıyla, şayet EPDK lisans sahibi şirketlerden tahsil edeceği bedeli doğrudan bağımsız denetim firmalarına aktaracaksa bunun Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun öngördüğü bütçeleme rejimine aykırı olmadığı iddia edilebilir.

Ne var ki, kamu giderlerine katılma, belirli hizmetlerden yararlanma karşılığında olmayıp, mali güce göre kamu giderlerinin tümü bakımındandır ve anonim özellik göstermektedir³². Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin 29.06.1971 tarih ve E. 1971/19-K. 1971/61 sayılı kararından hareketle, kamu hizmetlerinin gerektirdiği giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanması gerekmektedir³³. Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümlerinde, hizmetten yararlanan lisans sahibi şirketlerin denetim şirketlerinin giderlerini ödemekle yükümlü tutulmaları, kanaatimce kamu

³² Tekbaş, A. ; s. 170; Aliefendioğlu, Y. ; s. 72.

³³ 10.02.1972 tarih ve 14095 sayılı RG.

giderlerine katılmanın anonim yapısına aykırı düşmüştür. Bu bağlamda, bütçe ve kamu hizmetlerinin finansman rejimine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında ortaya koyduğu ilke ve prensiplere de aykırı gözükmetedir.

3. Belirlilik İlkesi Yönünden Değerlendirme

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında denetim şirketlerinin yapacağı denetimlere ilişkin usul ve esasların temel ilkelerinin yasada belirlenmemiş olması hukuk devletinin önemli görünümünden biri olan belirlilik ilkesine aykırı bulunmuştur.

Yukarıda III(I)[B] bölümünde belirttiğimiz üzere, elektrik üretim ve dağıtım sektöründe denetim görevini üstlenecek hizmet sağlayıcılarının yapacağı denetimlerin kapsamı mevcut mevzuat hükümleri ile zaten tespit edilmiş olup; lisans sahiplerinin lisanslarının özel ve genel hükümleriyle de çevrelenmiştir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin buradaki iptal gerekçesi yerinde değildir.

Esasında, elektrik piyasasında denetimin halen özel kişiler tarafından yürütüldüğü alanlar da vardır. Örneğin, elektrik piyasasında bağımsız mali denetim, 03.10.2003 tarih ve 25248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ve Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Denetlenmesi Hakkında Tebliğ³⁴ kapsamında yapılmaktadır.

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararındaki iptal gerekçeleri dikkate alınırca, usul ve esasları yönetmelik ve tebliğ hükümleriyle belirlenmiş olsa da, elektrik piyasasında mali denetimlerin özel kişiler tarafından yürütülebileceği, ancak teknik denetimlerin özel kişiler tarafından yapılamayacağı anlamı çıkar ki, bu durumun hukuk devletinin önemli prensiplerinden belirlilik ve öngörülebilirlik ile bağdaşmadığı ortadadır³⁵.

³⁴ 29.11.2011 tarih ve 28127 sayılı RG.

³⁵ Konu bağımsız mali denetim olduğunda, Türk yargı organları bu hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi bağlamında esneklik marjını yükseltmektedirler. Mali bağımsız denetim kuruluşlarının Sermaye Piyasası Kurulu'nun öngördüğü hukuki rejime sıkı sıkıya bağlı olduğu dikkate alınarak bu hususta resesif bir tavır izleniyor olabilir. Bu durumun eleştirilecek bir yanı bulunmamaktadır. Ancak bağımsız mali denetim haricindeki denetimlerde konuyu idari kolluk faaliyeti şemsiyesi altına sıkıştırmak ve Anayasa'nın 47. maddesine uygun yasal düzenlemelerin varlığına rağmen özel kişilere hareket alanı bırakmayacak ölçüde dar yorumu benimsemek yerinde bir yaklaşım olmadığı gibi, hukuki tutarlılıktan da uzaklaşılmasına sebebiyet vermektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 25.01.2006 tarih ve 5449 Sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25.

Üçüncü AYM Kararında ise “denetim üzerine söz konusu Kanun’da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum tereddütlere ve belirsizliğe yol açacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır”. şeklinde bir ifade yer almaktadır. Oysa ki, denetim şirketlerinin raporları sadece teknik denetime ilişkindir. Yapılan denetlemeler sonucunda ilgili mevzuata aykırılık tespit edilirse, elektrik piyasası özelinde o dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 11. ve bu kanunu yürürlükten kaldıran 6446 sayılı yeni Elektrik Piyasası Kanunu’nun 16. maddesi doğrultusunda yaptırım uygulama görev ve yetkisi sadece EPDK’ya aittir. Hal böyleyken, denetim üzerine öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam tarafından alınacağının belirsiz olduğu şeklindeki iptal gerekçesi yerinde değildir.

Türk Anayasa Mahkemesi bu kararı verirken, kuralı metnin bütünlüğü içinde anlamlandırma ve anayasa koyucu ile yasa koyucunun amacıyla bağlı olmama unsurlarını yorumlama faaliyetine aktarmıştır³⁶. Oysa ki Anayasa yargısının temel işlevi sadece anayasanın üstünlüğünün korunması değildir. Bunun yanında, devlet organları arasındaki güç dağılımını kontrol etmek ve en önemlisi anayasal hakları korumaktır³⁷. Bunun son tahlildeki işlevi, keyfi iktidarın engellenmesi suretiyle öngörülebilir bir düzen kurmaktır. Söz konusu yargısal aktivizm anayasal hakların korunması bakımından son derece gerekli olmakla birlikte, yasama organının temel ekonomik tercihlerini ilgilendiren konularda ve sıkı hukuki ve iktisadi regülasyona tabi sektörlerde Yüksek Mahkeme’nin kendini sınırlama yaklaşımını benimsemesi daha yerinde olabilirdi³⁸.

Anayasa Mahkemesi, burada incelenen kararlarında, elektrik piyasasının mevcut işleyişini ve mevzuat hükümlerini bir yana bırakarak belirlilik ilkesini oldukça kazuistik biçimde ele almıştır. Ancak, yüksek mahkemenin bu konuda

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa’ya aykırılığı savıyla itiraz yoluyla önüne gelen davada; Kalkınma Ajanslarının iç denetimlerinin iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen kişilerce, dış denetimin ise Sermaye Piyasası Mevzuatına göre kurulmuş bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılmasını Anayasa aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, dış denetimle ilgili olarak bağımsız mali denetim kuruluşlarına verilen yetkinin yöntem ve tekniğe ilişkin konuları içerdiği açıktır. Bkz. AYM’nin 30.11.2007 tarih ve E. 2006/61-K. 2007/91 sayılı kararı. Bkz. 23.02.2008 tarih ve 26796 sayılı RG.

³⁶ **Gülsoy, T.** ; s. 238.

³⁷ **Gülsoy, T.** ; s. 255.

³⁸ **Özbudun, E.** ; (Anayasa Yargısı), s. 351; **Gülsoy, T.** ; s. 257.

tam bir istikrar içinde karar verdiğini söylemek de olanaklı değildir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında belirlilik ilkesinin kapsam ve anlamını esnetmektedir. Örneğin, 06.04.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada mahkeme³⁹:

“(...)Yetki yasalarında, çıkarılması için izin verilen KHK'lerin konusunun belirlenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte belirlenen bu konunun mutlaka dar kapsamlı olması gerektiği yönünde Anayasada herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kaldı ki, yetki kanunlarında KHK'lerle düzenlenmesi için yetki verilen konunun kapsamının sınırlı mı yoksa geniş mi olduğu şeklindeki bir irdelemenin, sübjektif değerlendirmeleri ortaya çıkaracağı hususu, izahı gerektirmeyecek derecede açıktır. Ayrıca, konu ve kapsamın belirlenmiş olduğunun söylenebilmesi için, hangi yasalarda değişiklik yapılacağıın yetki kanununda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir. Bu nedenle, dava konusu yasa kurallarında, bir kısım kanunların isimleri sıralandıktan sonra belirlenen bu iki konuyla ilgili “diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler”de de değişiklik yapılabileceğinin ifade edilmiş olması, konunun belirli olmadığı iddiasına dayanak teşkil edebilecek bir husus değildir”. Biçimindeki gerekçelerle kanun hükmünde kararname rejimi çerçevesinde belirlilik ilkesinin kapsam ve anlamını esnek bir şekilde yorumlamıştır.

Oysa ki, karşı oylarda da vurgulandığı üzere, Anayasa Mahkemesi'nin 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu'nu denetlediği 19.09.1995 tarih ve E.1995/44, K.1995/44 sayılı kararı⁴⁰ ile 19.09.1995 tarih ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı kararında⁴¹ “...Yetki yasasında Bakanlar Kurulunun hangi konularda KHK çıkarabileceği açıkça belirtilmeli ve **verilen yetki, konu yönünden mutlaka belirgin olmalıdır**. Yetki yasasında, çıkarılacak KHK'lerin amaç, kapsam ve ilkelerinin belirtilmesinden amaç; Bakanlar Kurulunun kendisine verilen yetki ile neleri gerçekleştirebileceğinin açıklıkla gösterilmesidir. KHK'nin amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş

³⁹ AYM'nin 15.12.2011 tarih ve E. 2011/60-K. 2011/147 sayılı kararı. Bkz. 15.12.2011 tarih ve 28143 sayılı RG.

⁴⁰ 29.09.1995 tarih ve 22419 sayılı RG.

⁴¹ 20.04.1996 tarih ve 22617 sayılı RG.

içerikli, her yöne çekilebilecek yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemeli; değişik biçimlerde yorumlanmaya elverişli olmamalıdır... ” gerekçesiyle Yetki Yasası'nın ilgili maddelerinin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, belirlilik ilkesinin içeriğinin tespitinde hukuken referans olarak alınabilecek oldukça yerinde kararları da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 29.01.2009 tarih ve E. 2005/85-K. 2009/15 sayılı kararında, 5397 sayılı Yasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapılıp yapılmadığının denetiminin Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona verilmesini Anayasa'nın 2. maddesine atfen belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, iptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda belirtilen 15.01.2009 tarih ve E. 2006/99-K. 2009/9 sayılı kararı da her ne kadar yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliği prensibi kapsamında verilmiş gibi gözükse de, belirlilik ilkesi yönünden de oldukça yerinde ve örnek teşkil edebilecek nitelikte bir karardır.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 5491 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Çevre Kanunu'na uyulup uyulmadığının denetlenmesi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bir yetki ve görev olarak verilmiştir. Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, Yasa'da belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da anılan denetleme yetkisinin devredilebilmesi öngörülmüştür. Denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşa devredileceğinin Yasa'da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7. ve idarenin kanuniliği prensibini düzenleyen 123. maddelerine aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir⁴².

Sosyal ve ekonomik gelişmelerin son derece dinamik olduğu günümüzde, yasa koyucunun çalışma temposu ve yasa yapım tekniği birlikte

⁴² Bkz. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayılı RG; Sayın Haşim Kılıç karşı oy yazısında, ilgili maddede açık biçimde sayılan kurumların olmaması halinde çevre ile ilgili denetimi yapabilecek donanım ve tekniğe sahip diğer kamu kurumlarına söz konusu yetkinin devredilmesini “yasama yetkisinin devri” niteliğinde görmediğini vurgulamıştır. Sayın Kılıç'a göre, denetim konusunda teknik donanıma sahip olmayan bir kamu kurumuna böyle bir yetkinin devredilmesi düşünülemez.

ele alındığında, her yasa hükmünün semantik ve literal olarak kusursuz olduğunu ileri sürmenin pratik bir değeri yoktur. Burada anayasa yargısı elbette çok önemli bir işlev görmektedir. Ne var ki, tipik olarak anayasaya aykırı olmasa da, farklı şekillerde eksik ve yetersiz görülen ve bu nedenle ideal bir norm olma özelliği taşımayan yasal hükümlere rağmen, etkin bir idari yargı denetimi de özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli işlev görür. Nitekim Danıştay, yasalarda temel kurallar konulmadığı için düzenleyici işlemleri yasaya uygunluk açısından denetleyemediğinde, doğrudan Anayasa hükümlerini ölçü norm olarak alıp kararlar verebilmektedir⁴³.

Danıştay bir başka kararında ise⁴⁴, yönetmelikte çeşitli yaptırımların ayrıntılarıyla yer almamış olmasından hareketle idarenin inceleme yapmamasının, mevcut durumun denetimini ertelemek anlamına geleceğini açıkça ifade etmiştir. Bu suretle Danıştay, mevzuatta açık hüküm olmasa dahi idarenin genel gözetim ve denetim görevinin ilgili sektör veya ticari faaliyet alanında işletilmesini idari faaliyete içkin bir seviyede görmüştür⁴⁵.

Özetle ifade etmek gerekirse, Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında yüksek mahkeme, kanımızca belirlilik ilkesinin kapsam ve içeriğini oldukça kazuistik biçimde ele almış, yasa hükmünün ilişkili olduğu sektörü, özel düzenlemeleri ve idari yargı denetimin ortaya koyabileceği etkinliği ise hiçbir biçimde dikkate almamıştır. Dolayısıyla, ortaya konan iptal gerekçesi kanımızca yerinde değildir.

⁴³ DİİDK'nın 07.04.2005 tarih ve E. 2003/417-K. 2005/234 sayılı kararı; DD. S. 110, s. 66.

⁴⁴ DİDDK'nın 20.06.2003 tarih ve E. 2000/271-K. 2003/458 sayılı kararı; www.lebiblyalkin.com.tr (erişim tarihi: 18.01.2013).

⁴⁵ *Taşocaklarının denetim ve yönetimi Anayasanın yukarıda anılan maddesi uyarınca kanunla belirli usullere göre yapılır. Bu konuda kurallar getiren kanun hükmündeki Taşocakları Tüzüğünde yer almayan bir denetim yönteminin taahhütname ile getirilmesi olanağı yoktur. Kaldı ki, söz konusu taahhütnamenin 10. madde sindeki kural, idareye bu konuda kendiliğinden hareket etme olanağı da vermez. Bu durumda, yukarıda anılan Tüzük hükümleri uyarınca işlem yapılması gerekirken, taahhütnamenin 10. madde sine dayanılarak ruhsatın iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.* Danıştay 8. Daire'nin 08.05.2003 tarih ve E. 2002/929-K. 2003/2118 sayılı kararı; http://www.hukukimevzuat.com/?x=danistay_karari&id=2275&tid=8&parent=1 (erişim tarihi: 18.03.2013).

IV. Elektrik Piyasasındaki Denetim Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında elektrik piyasasında denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülemeyeceğine dair bir tespit yapılmamıştır. Sadece, Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında, yasama yetkisinin devredilmezliği ve belirlilik ilkesinden hareketle, mevcut yasa hükümlerinin Anayasanın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime engel oluşturduğu belirtilmiştir. Üçüncü AYM Kararında ise yüksek mahkeme farklı gerekçeler kullanmış ve elektrik piyasasındaki denetimlerin özel kişilerden hizmet satın alınması⁴⁶ yoluyla yapılabileceğini, bu durumun Anayasanın 128. maddesine aykırı olmadığını, denetim şirketlerinin seçimi ve nitelikleri ile görev ve yetkilerinin de başta Kamu İhale Kanunu olmak üzere, Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve ilgili sektörel mevzuatla düzenlendiğini vurgulamıştır.

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında, Anayasanın 128. maddesi yönünden açık bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, yüksek mahkeme, denetim hizmetlerinin bir yasa hükmüyle dahi özel kişilere gördürülemeyeceğine dair izlenimler vermiştir.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararı'nda belirlilik ilkesinden hareketle, elektrik piyasasındaki denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi hususunun Anayasanın 128. maddesi kapsamında değerlendirilemediği ifade edilerek; aslında hukuki, semantik ve literal açıdan tam ve eksiksiz bir yasa hükmü olduğunda denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi meselesinin mahkemece 128. madde çerçevesinde inceleneceği izlenimi verilmektedir.

Görüleceği üzere, aynı konuyu düzenleyen yasa hükümleri olmakla birlikte, Birinci AYM Kararı ile İkinci AYM Kararı, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülebilmesine ilişkin olarak Üçüncü AYM Kararından farklılaşmıştır.

Bu arada, Birinci AYM Kararında, İkinci AYM Kararında ve Üçüncü AYM Kararında, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde Anayasanın 47. maddesi referans olarak alınmak suretiyle bir değerlendirme dahi yapılmamıştır. Oysa ki, şayet açık bir yasa hükmü varsa Anayasanın 47.

⁴⁶ Bkz. Yukarıda II no'lu başlık altındaki açıklamalar.

maddesi çerçevesinde kamu gücü ve ayrıcalıklarının kullanımını içermeyen ve sadece teknik destekten ibaret olan denetim hizmeti özel kişilere gördürülebilirdir. Bu bağlamda, denetim hizmetlerinin özel kişilerce yürütülüp yürütülemeyeceğine yönelik pozitif hukukumuz altında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2. Denetim Faaliyetinin Kapsamı ve Niteliği

Klasik idare hukuku öğretisinde, idarenin faaliyetleri kolluk ve kamu hizmeti olarak iki ana kategoriye ayrılır. İdarenin faaliyetlerine ilişkin olarak doktrinde başka pedagojik amaçlı ayrımlara da rastlamak mümkündür. Bu çerçevede, idarenin faaliyetleri içe dönük ve dışa dönük faaliyetler olmak üzere iki ana başlığa ayrılır. İçe dönük faaliyetler özyönetim işlerinden, dışa dönük faaliyetler ise kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme ve planlama faaliyetlerinden ibarettir⁴⁷.

Bu itibarla, kolluk ve kamu hizmetinin gerçekten birbirinden farklı idari faaliyetler olup olmadığı hususları tespit edilmelidir. İdarenin klasik faaliyetlerinden olan kolluk, büyük ölçüde düzenleme ve denetim yetkileri üzerine kurulmuştur⁴⁸. Doktrinde, idarenin kolluk alanındaki etkinliklerinin kamu hizmeti olmadığını düşünenler yanında⁴⁹, kolluk etkinliğinin de kamu hizmeti olduğunu ya da çok özel usullerle yürütülen bir kamu hizmeti olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁵⁰. Kolluk ve kamu hizmeti arasındaki ayrımın belirsizliği ve hatta silikliğinin önemli sebeplerinden biri de, her iki faaliyet alanının devletin sosyal işlevleri arasında yer almasıdır⁵¹.

Kolluk faaliyetinin geniş anlamda kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kamu hizmeti olduğu dikkate alındığında⁵², kolluk ve kamu hizmeti arasındaki ayrımın belirsizliği ve hatta anlamsızlığı Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarının gerekçesine de yansımıştır.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.10.2003 tarih ve E. 2001/383-K. 2003/92 sayılı kararında; (...) *yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir*

⁴⁷ Ayanoglu, T. ; (Elektrik Piyasası), s. 68.

⁴⁸ Özyay, İ. ; (Günüşığında Yönetim), s. 505; Günday, M. ; s. 268; Öztürk, B. ; s. 135.

⁴⁹ Duran, L. ; (İdare Hukuku), s. 303.

⁵⁰ Özyay, İ. ; (Günüşığında Yönetim), s. 489 vd.

⁵¹ Öztürk, B. ; s. 136.

⁵² Gözler, K. ; C. II, s. 216; Çal, S. ; s. 190.

anlatımla, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.(...) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın polis tarafından yürütülen faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirdiği kararları da bulunmaktadır⁵³.

Bilindiği üzere, kolluk faaliyeti de kendi içerisinde adli kolluk ve idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Halen mevcut, somut bir tehlikenin ortadan kaldırılması ya da ciddi ve yakın bir tehlikenin önlenmesi için polise verilen yetkiler tipik adli kolluk yetkileridir. Buna karşılık, ileride doğabilecek olan bir tehlikenin doğmaması için alt yapı oluşturulması şeklinde “önleyici polis hizmetleri” yapmak ve tehlikenin doğmasını önlemek, “uzak tehlike” kavramı ile ifade edilmiş ve idare hukukunun alanına dahil edilmiştir⁵⁴. Tehlikenin önlenmesi için hayata geçirilen tüm tedbirler ikinci nesil ya da yeni nesil kolluk tedbirleri olarak anılmaktadır⁵⁵. Yenisey'in ifade ettiği üzere, klasik kolluk makamlarının ve kolluk görevlilerinin somut tehlikeden soyut tehlikeye doğru genişleyen faaliyet alanı fonksiyonel bir düşüğe sebep olunca, önleyici görevlerin; bir başka deyişle idari kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi için özel sektör devreye sokulmuştur⁵⁶.

Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlüğünde denetleme, “*bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, denetim, baki, teftiş, murakabe, kontrol*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁷. 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı Türkiye Akreditasyon Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde ise denetleme veya denetim, “*bir kuruluşun faaliyetlerinin, kullandığı laboratuvar, sistemler ve personelinin tanımlanmış düzenlemelere ve/veya standartlara uygun olup olmadığının belirlenmesi faaliyeti*” olarak tanımlanmaktadır.

⁵³ AYM'nin 28.09.1988 tarih. ve E. 1988/12-K. 1988/32 sayılı kararı; Dan. 10. D. 12.10.1999 tarih ve E. 1997/3568-K. 1999/4782 sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (erişim tarihi: 15.04.2013).

⁵⁴ Yenisey, F. ; s. 217.

⁵⁵ Yenisey, F. ; s. 217.

⁵⁶ Yenisey, F. ; s. 22.

⁵⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5138ac5a4285d6.23857266 (erişim tarihi: 07.03.2013).

Bu bağlamda, denetim faaliyeti esas olarak idari kolluk faaliyetidir⁵⁸. Daha teknik ifade etmek gerekirse denetim faaliyeti, emir, talimat, denetim ve yaptırım gibi yetkileri içeren kişisel nitelikli bir kolluk fonksiyonudur⁵⁹. İdari kolluğun bir parçası olan denetim faaliyetinin esas amacı, cezalandırılmaları öngörülme de kamu düzenini bozan eylem ve durumlara engel olmaya çalışmaktır⁶⁰.

3. Elektrik Piyasasındaki Denetim Faaliyetinin Kapsamı ve Niteliği

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 5(2)[d] maddesine göre, lisans sahibi tüzel kişiler tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kurula vermek zorundadır⁶¹. 4628 sayılı mülga Elektrik Piyasası Kanunu'nun⁶² 4(2) maddesi uyarınca EPDK, söz konusu kanuna uygun şekilde davranılmasından sorumlu olup, lisans sahibi şirketler üzerinde denetim hak ve yetkisine sahiptir. 4628 sayılı Kanun'un 5(6)[i] maddesine göre ise, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemek Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

İdare, genel kolluk görev ve yetkisine istinaden ruhsat çerçevesinde faaliyet gösteren özel girişimleri, toplumun dış/maddi düzeni bakımından denetleyebilir⁶³. Bunun yanında, kamu hizmeti alanında ruhsatla faaliyette bulunmakta olan özel girişimleri⁶⁴ ayrıca faaliyetin her alanına sirayet eden içkin bir denetime de tabi tutabilir⁶⁵. Esasında, bir faaliyet niteliği itibarıyla ister kamu hizmeti ister idari kolluk olsun, regülasyonun konusu olmakla

⁵⁸ İdare'nin sorumluluğu kapsamında Fransız hukukunda denetim hizmetlerinde ağır kusurun arandığına ilişkin görüş ve içtihatlar için bkz. **Atay, E./Odabaşı, H./Gökcan, H. T.** ; s. 99.

⁵⁹ **Derdiman, C.** ; s. 114.

⁶⁰ **Duran, L.** ; (İdare Hukuku), s. 251.

⁶¹ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3(1)a.7 maddesi.

⁶² Burada incelenen Anayasa Mahkemesi kararları 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu döneminde verildiği için bu kanun hükümlerine de atıfta bulunmayı uygun bulduk.

⁶³ **Gülan, A.** ; s. 157.

⁶⁴ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında tüm elektrik piyasası faaliyetlerinin piyasa faaliyetine (özel teşebbüs faaliyetlerine) dönüştürüldüğü yönünde görüşler vardır. Bkz. **Ayanoğlu, T.** ; (Elektrik Piyasası), s. 72.

⁶⁵ **Tiryaki, R.** ; s. 280.

kamu hukukunun alanına girmektedir⁶⁶. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu da, lisanslama, düzenleme, denetleme, yönlendirme ve yaptırım uygulama gibi kamusal yetkiler kullanmaktadır ve iktisadi kolluk fonksiyonunu yerine getirmektedir.

4. Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesi

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği, bu kapsama giren personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin de kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin “*genel idare esasları*”na göre yürütülmesi ile görevin “*asli ve sürekli*” nitelikte olması gerekmektedir.

İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir deyişle özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

Anayasa'nın 47. maddesine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen son fıkra uyarınca ise, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir⁶⁷.

Yukarıda vurgulandığı üzere denetim, tipik bir idari kolluk faaliyetidir ve kamu düzeninin korunmasını amaçlar. Kamu düzeninin sağlanması, kamu adına zorlayıcılık ve meşru güç kullanma yetkisini de elinde bulundurarak

⁶⁶ **Özay**, İ. ; (Ekonomik Kamu Düzeni), s. 21-22; **Ayanoğlu**, T. ; (Elektrik Piyasası), s. 85; **Orak**, C. Ç. ; s. 112-114.

⁶⁷ Aslan'a göre, kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinde devredilen alan tümüyle kamu personel rejiminin dışına çıkarılmaktadır. Diğer durumda ise hizmetin özel kişilere yaptırılması söz konusudur. Yaptırma durumunda hizmet, genel olarak kamunun sorumluluğunda olmakla birlikte özel kişilere gördürülmektedir. Bu da Anayasa'nın 128. maddesindeki hükümlerle çelişmektedir. Bkz. **Aslan**, O. E. ; s. 68.

yerine getirilebilir⁶⁸. Bu itibarla kamu gücü de, devletin bir organı ve parçası olan idarenin, idare hukuku alanında sahip olduğu egemenliğin farklı bir isimlendirmesi olarak değerlendirilmektedir⁶⁹.

Kamu gücünü içermesi sonucunda, idarenin kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemeyeceği ve kamu hizmetinin görülmesini özel kişilere bırakabildiği halde kolluk yetkisini özel kişilere devredemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Bu bağlamda, kamuya özgü denetim işlevinin özel kesime devredilmesi bazı yazarlarca Anayasa'ya aykırı görülmektedir⁷¹.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında şu tespitlerde bulunmuştur⁷²:

“Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizatıhi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda (açıkça) öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz”.

Bu görüşü savunanlar, Anayasa'nın 6. maddesinden yola çıkarak özel hukuk kişilerinin kamu kudreti usullerine başvurmasının mümkün olmadığını, özel hukuk kişileri tarafından yapılan öndenetim, kontrol ve onay gibi hazırlık işlemlerinin de kamu kudretinin kullanım sürecine katılma ya da kamu kudretinin fiili kullanımı olarak nitelendirmektedirler⁷³. İdareyi hukuken bağlayan, idarenin aksi yönde karar alabilmesine imkan vermeyen hazırlık işlemleri kamu kudretinin kullanım sürecine katılma; idareyi hukuken olmasa da çeşitli nedenlerle fiilen bağlayan hazırlık işlemleri yapabilme ise kamu kudretinin fiili kullanılması anlamına gelebilecektir. Bu görüşe göre,

⁶⁸ Doğan, F. ; s. 16.

⁶⁹ Karatepe, Ş. ; s. 12.

⁷⁰ Duran, L. ; (Peştemallik ve Ulufe), s. 12; Karahanoğulları, O. ; (Özelleştirme), s. 106; Özkan, A. F. ; s. 78; Aslan, O. E. ; s. 68.

⁷¹ Geray, C. ; s. 4.

⁷² AYM'nin 07.05.2002 tarih ve E. 2000/17-K.2002/46 sayılı kararı. Bkz. 26.03.2003 tarih ve 25060 sayılı RG.

⁷³ Ayaydın, C. ; s. 115.

idari işlemin hazırlık sürecinde yürütülen işlem ve eylemlerin nihai işlemler ile arasında sıkı bir ilişki olması sebebiyle Anayasa'nın 128. maddesinin emredici hükmü doğrultusunda kamu görevlileri tarafından yapılmasının şart olduğu ileri sürülmektedir⁷⁴.

Buna karşılık doktrinde bazı yazarlarca, kolluk faaliyetlerine özel kişilerin katılımı bakımından genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında bir ayırım yapılmakta ve genel idari kolluğun özel kişilere bırakılamayacağı, özel idari kolluğun ise özel kişilere bırakılabileceği ifade edilmektedir⁷⁵. Buna göre, özel idari kolluk yetkileri, hizmetin düzenlenmesi ve karar alma yetkileri devredilmeksizin kanun koyucu tarafından izin verilmesi halinde özel hukuk kişilerine gördürülebilir⁷⁶.

B. Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesine Yargı Organlarının Bakışı

Hukuk devleti ilkesi, sadece yasama ve yürütme seviyesinde değil, yargı seviyesinde de devlet faaliyetlerinin belirli, tutarlı ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Çünkü burada esas amaçlanan keyfiliğin önlenmesi ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Ancak Türkiye'de yargı organlarının kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin olarak halen net ve istikrarlı kararlar veremediğini görmekteyiz.

Danıştay 13. Dairesi'nin 22.05.2009 tarih ve E. 2007/4056-K. 2009/5656 sayılı kararında⁷⁷ elektrik piyasasındaki denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine dair önemli prensipler ortaya konulmuştur. 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4(a) ve 6. maddeleri ile EPDK'nın denetim yetkisini özel hukuk tüzel kişilerine devredebilmesine imkân tanınmıştı. Söz konusu Yönetmelik hükümlerinin iptali için açılan davada Danıştay, yasal bir düzenleme olmadıkça EPDK'nın denetim hizmetinin görülmesini özel hukuk tüzel kişilerine devredemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesi incelendiğinde görülecektir ki Danıştay, denetim hizmetinin mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gereken bir hizmet ve faaliyet olmadığını ve fakat düzenleyici işlemlerle kamu

⁷⁴ Ayaydın, C. ; s. 115 vd.

⁷⁵ Gözübüyük, Ş./Tan, T. ; s. 644-645.

⁷⁶ Akgül, Ş. Y. ; s. 154.

⁷⁷ www.kazanci.com (erişim tarihi: 02.08.2013).

hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin özel kişilere devredilemeyeceğini, bu hizmet ve faaliyetin özel kişilere devredilebilmesi için mutlaka yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım Anayasa'nın 47. maddesinin öngördüğü sistem ile son derece uyumludur⁷⁸.

Oysa ki Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarih ve E. 2012/27 – K. 2012/173 sayılı kararında⁷⁹:

“Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre, kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur” biçiminde bir tespit yapılmıştır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, denetim hizmetinin özel kişilere gördürülemeyeceğine karar vermiştir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, 13.01.2011 tarih ve E. 2007/2-K. 2011/13 sayılı kararı⁸¹ ile de 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan ve tohumlukların denetiminin *“özel hukuk tüzel kişilerine”* devredilebilmesini öngören yasa metnini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre, *“denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi*

⁷⁸ Zabunoğlu'na göre, bir kamu hizmetinin işletilme usullerini yasama organı ve bu konuda yetki verilmiş idare serbestçe tayin eder. Çünkü, kamu hizmetinin görülmesinde belirlenecek usul teknik bir sorun olmakla, bu sorunu yargı yeri değil hizmeti yürüten idare çözecektir. Bkz. **Zabunoğlu**, Y. K. ; s. 520.

⁷⁹ 28.03.2013 tarih ve 28601 sayılı RG.

⁸⁰ Ulusoy'a göre, Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu olan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek pozitif hukuk açısından mümkün değildir. Bkz. **Ulusoy**, A. ; s. 48.

⁸¹ 23.07.2011 tarih ve 28003 sayılı RG.

kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan “...özel hukuk tüzel kişilerine...” ibaresi, 8. maddedeki “denetim” yönünden Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir⁸²”

Görüleceği üzere yüksek mahkeme, 128. madde ile 47. madde kapsamı dışında tutulması gereken yasak bir alan oluşturmuştur⁸³. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile adeta Anayasanın 128. maddesine *primus inter pares* nitelik vermiştir.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005 tarih ve E. 2005/110-K. sayılı kararında⁸⁴ trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığını vurgulayarak, 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı’na ait muayene istasyonlarında ya da Ulaştırma Bakanlığı’nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılmasının Anayasa’nın 47. maddesine aykırı olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir. Bu kararda ise yüksek mahkeme, Anayasanın 128. maddesini⁸⁵ referans norm olmaktan çıkarmış; bunun yerine 47. maddeyi referans norm olarak almıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı incelendiğinde, esas olarak Ulaştırma Bakanlığı’nın araç muayene hizmeti ile ilişkisinin tamamen koparılmadığı, Bakanlığın bu konuda yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam edeceği üzerinde durulmuştur. Bir başka deyişle, denetim ve

⁸² Sayın Hicabi Dursun karşı oy gerekçesinde kanımızca son derece isabetli tespitlerde bulunmuştur. Karşı oy’un tamamını zedelemeyecek ve bütünlüğünü bozmayacak şekilde şu şekilde özetlenebilir: (i) İptali istenen kuraldaki denetim yetkisi mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken hizmetlerden değildir. (ii) Farklı mevzuat hükümleri, bu tarz denetim faaliyetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine olanak tanımaktadır. Çünkü, bu hizmetler memurlar ve kamu görevlileri tarafından bugüne kadar etkin bir şekilde görülmemiştir. (iii) Denetim faaliyetinin kamu hizmeti niteliği dahi tartışmalı olup; idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirilse bile memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yeterince etkin şekilde yürütülemediği açıktır. (iv) İptali talep edilen kural ile bu hizmetin özel kişilere gördürülmesinin sağlanması yasa koyucunun takdiri içerisindedir ve bununla açıklanabilir.

⁸³ **Karahanoğulları**, O. ; (Kamu Hizmeti), s. 182-183; **Uz**, A. ; s. 200.

⁸⁴ 26.07.2006 tarih ve 26240 sayılı RG.

⁸⁵ Kamu ihale mevzuatının uluslararası mevzuata uyumu sürecinde Anayasanın 128. maddesinin oldukça dar yorumlanmaya başlandığı yönündeki görüşler için bkz. **Toprak**, E. ; s. 113.

gözetim görevi idarenin zaten vazgeçebileceği bir görev ve yetki değildir. Esas olan özel kişilerce yürütülse dahi idarenin bu hizmet ve faaliyeti genel kolluk yetkisi içerisinde denetleyebilecek olmasıdır.

Yukarıdaki kararlardan çıkarılacak sonuç şudur. Türk yargı organlarının kararlarında, Anayasanın 128. maddesinde yer alan “*asli ve sürekli görevler*” ibaresinin tam olarak ne anlama geldiği ve bu hükmün Anayasanın 47. maddesi ile ilişkisi konusunda net bir fikir oluşmamıştır. Bu tespiti destekleyecek nitelikte bir başka Anayasa Mahkemesi kararı aşıya alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114-K. 2007/85 sayılı kararında⁸⁶ sağlık hizmetlerinin özel kişiler tarafından üretilmesi hususunda önemli tespitler yapmıştır. Söz konusu kararda mahkeme, sağlığın korunmasının ikame edilemez ve ertelenemez niteliği dikkate alındığında sağlık hizmetinin tüm kamu hizmeti kategorileri içinde özel bir yere sahip olduğunu vurguladıktan sonra, özel sektörün dinamiklerinden ve rekabetçi yapısından beslenmesinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştır⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, sağlık hizmetlerinin ve ekipmanlarının yüksek maliyetli ve karmaşık teknik yapıları dikkate alındığında bu alandaki finansman problemlerine de haklı olarak kararın gerekçesinde değinmiş ve özetle özel sektörün sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetlerini yürütebileceği yönünde bir görüş oluşturmuştur. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 47. ve 128. maddelerinin beraber değerlendirilmesi gerektiğini ve bu bağlamda sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi de olanaklıdır⁸⁸.

⁸⁶ 24.12.2007 tarih ve 2007/85 sayılı RG.

⁸⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 13.06.2008 tarih ve E. 2006/3097-K. 2008/4811 sayılı kararında da tıbbi görüntüleme ekipmanlarının tedarik ve işletilmesi işinin hizmet satın alınması yoluyla gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. DD. S. 119, s. 466.

⁸⁸ Kararların gelişim ve değişim sürecini göstermesi bakımından önemli olduğunu düşündüğümüz bir kararı da aktarmayı uygun gördük. Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 25.10.1990 tarih ve E. 1990/90-K. 1990/73 sayılı kararında, sağlık hizmetleri, eğitim, öğretim ve kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardan olduğu ifade edilerek, bu hakların devletin yükümlülükleriyle birlikte, sosyal hukuk devleti olma niteliğinin kapsamını da belirlediği belirtilmiştir. Bu cümleden olarak, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun kararı ile sağlık hizmetinin devletin temel amaç ve görevleri kapsamında bulunduğu ve özel kişilere imtiyaz yoluyla gördürülemeyeceğine hükmedilmiştir (*Yayınlanmamıştır*). Kararın

Tipik bir yargı organı olarak değerlendirilmese de Sayıştay'ın da bu konudaki tespit ve kararları dikkat çekicidir. Örneğin, Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliğe rağmen Sayıştay Daireler Kurulu'nun 12.07.2000 tarih ve K. 1041/1 sayılı kararında⁸⁹, asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olan bilgisayar işletim ve bakım hizmetlerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi hükmü uyarınca istihdam edilecek personel eliyle yürütülmesi gerekirken, ihale yoluyla üçüncü şahıslara yaptırılması, 2886 sayılı Kanunun 1 ve 4. maddelerine aykırı görülerek sözleşmenin tescilinin mümkün bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

Kararın gerekçesinde ayrıca şu ifadelere yer verilmiştir: “(...) *Gündem konusu iş, hastanenin asli ve süreklilik arz eden işidir. Bu işin gördürülmesi, ihale yolu ile değil hastanenin kadrolu kendi personeli ile yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde yeterince yetişmiş eleman yok diye her konunun ihaleye çıkarılıp, üçüncü şahıslara yaptırılması gibi bir durum ortaya çıkar. Anayasanın 128'inci maddesi, kurumun asli ve sürekli görevi ile ilgili konuları, 657 sayılı Kanunun 4 ve 5'inci maddeleri hükümlerine uygun olarak kendi elemanlarınca yürütmesini öngörmektedir. Başka bir istihdam yolu ile bu işin yaptırılması yasalara aykırı olmaktadır(...)*”

Bilgisayar bakım ve işletim hizmetinin asli ve sürekli bir kamu hizmeti niteliğinde görülmesi yerinde değildir. Genel idare esaslarından anlaşılması gereken, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir. Kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri ise kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almak olarak anlaşılmaktadır⁹⁰.

Sayıştay 2. Dairesinin 16.12.2005 tarih ve 33333 sayılı kararında⁹¹ da, belediyenin kendi personeli tarafından yürütülmesi gereken ve aslî görevi olan imar uygulamaları işinin, hizmet alımı şeklinde Aydın Vakıf Hizmetleri A.Ş.'ne ihale yolu ile devredilmesinin; Anayasanın 128'inci, 657 sayılı Kanunun 4 ve 5. maddeleri ile düzenlenen istihdam esaslarına aykırı olduğuna karar verilmiştir.

künyesine ve karar metninin bir bölümüne yapılan atıf için bkz. **Tan, T.** ; s. 290.

⁸⁹ www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2013).

⁹⁰ **Uz, A.** ; s. 86.

⁹¹ www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2013).

C. Pozitif Hukukumuzda Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesine İmkan Tanıyan Düzenlemelere Örnekler

a. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5510 sayılı Kanun'un 78. maddesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bu Kanunda belirtilen görevleriyle ilgili olarak sağlık hizmeti sunucularının yürüttüğü hizmet ve işlemleri kontrol yetkisine sahip olduğu ve Kurumun bu yetkisini görevlendirdiği personeli vasıtasıyla veya kamu kurumları ve özel kurumlardan hizmet satın almak suretiyle kullanabileceği düzenlenmiştir.

b. 5996 sayılı Kanun'un Öngördüğü Denetleme Rejimi

13.06.2010 tarih ve 27610 sayılı 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 31(10) maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Bakanlık, bu Kanun kapsamındaki kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler hariç olmak üzere, uygun göreceği görev ve yetkiler için kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, birlikler, kooperatifler, vakıf ve üniversiteler ile işbirliği yapabilir. Bunlardan, Bakanlıkça belirlenen şartlara sahip olanlara, bu görev ve yetkilerin tamamı veya bir kısmı tamamen veya kısmen devredebilir veya hizmet alımı yolu ile yerine getirebilir. Bakanlık, devir yaptığı kuruluşları denetler. Bakanlıkça yapılan denetim sonucunda devredilen görev ve yetkilerin yürütülmesinde yetersizlik veya eksikliğin tespiti halinde Bakanlık devri iptal eder veya eksikliklerin kısa bir süre içinde giderilmesini talep edebilir. Bakanlık, eksikliklerin giderilmemesi durumunda devredilen görev ve yetkileri iptal eder. Bu fıkranın uygulanmasından doğan tüm masraflar sorumlular tarafından üstlenilir”⁹².

5696 sayılı Kanun'un 31. maddesine istinaden çıkarılan Gıda ve Yemin Resmi Kontrollerine Dair Yönetmelik ise 17.12.2011 tarih ve 28145 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu yönetmeliğin 6. maddesine göre, “Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Kanun kapsamındaki kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler hariç olmak üzere gıda ve yemin resmi kontrollerine ilişkin görevlerinin tamamını veya bir kısmını kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel

⁹² 5996 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin iptali talebiyle ana muhalefet partisi meclis grubu tarafından Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmış olmakla birlikte, yukarıdaki maddenin iptali talep edilmemiştir AYM'nin 29.12.2011 tarih ve E. 2010/80 - K. 2011/178 sayılı kararı. www.anayasa.gov.tr (erişim tarihi: 15.06.2013).

hukuk tüzel kişileri, birlikler, kooperatifler, vakıf ve üniversitelere tamamen veya kısmen aşağıdaki koşullar kapsamında devredebilir veya hizmet alımı yolu ile yerine getirebilir. Ancak ithalat ve ihracatın resmi kontrolleri ile tüm yasal yaptırımlar bu kapsamın dışındadır”.

c. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 15. maddesi şu şekildedir:

“Bankaların bağımsız denetim faaliyetleri ile Kurul tarafından zorunlu tutulması halinde, bankaların varlıklarının, hak ve yükümlülüklerinin ya da kredi müşterilerinden alınacak teminatların değerlemesi ve kendilerinin ya da kredi müşterilerinin derecelendirilmesi faaliyetlerini gerçekleştirecek olan kuruluşların yetkilendirilmesine, yetkilerinin geçici veya sürekli olarak kaldırılmasına Kurulca karar verilir. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usûl ve esaslar ilgili meslek birliklerinin görüşü alınarak Kurulca belirlenir”.

Bu kapsamda, 13.01.2010 tarih ve 27461 sayılı Resmi Gazete’de Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik yayınlanmıştır. Söz konusu yönetmelik kapsamında, bankaların bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin, yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi öngörülmüştür. Denetlenen bankaların yükümlülüklerinin düzenlendiği Yönetmeliğin 19. maddesinde, denetçilerin talep ettiği bilgi ve belgelerin gizli dahi olsa⁹³ denetlenen bankalar tarafından sağlanması gerektiği başta olmak üzere, bankalara denetim sürecinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini teminen önemli yükümlülükler getirilmiştir.

Ticari sırların korunması son dönemdeki uluslararası gelişmeler ışığında Anayasal düzlemde mülkiyet hakkının korunması ile ilişkilendirilmektedir⁹⁴. Bu bağlamda, ticari sırları dahi içerebilecek nitelikteki bilgilerin bağımsız denetçilere sunulmak zorunda olması ve daha da önemlisi bağımsız denetçilerin bu bilgileri talep edebilmesi Anayasanın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanmasının bir örneğidir. Bu itibarla, bu hususun Bankacılık Kanunu’na konulacak bir hükümle düzenlenmesi çok daha yerinde olurdu.

⁹³ Karş. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı madde 3(1)[c]. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> (erişim tarihi: 08.03.2013).

⁹⁴ Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’na ilişkin Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği Görüşü. <http://www.rekabet.gov.tr/Resources/KurumGorusleri/gorus47.pdf>, s. 4. (erişim tarihi: 10.03.2014)

d. Sivil Havacılık Sektöründe Denetim

25.07.1997 tarih ve 97/9707 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin⁹⁵ 20. maddesinde, mülki idare amirinin havaalanları, limanlar ve sınır kapılarında güvenlik görev ve sorumluluğunu, genel kolluk kuvvetleri ve **özel güvenlik teşkilatıyla**⁹⁶ yerine getireceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 25. maddesinde ise, uçakların patlayıcı madde yerleştirilmesi ihtimaline karşı, yetkili teknisyenler, patlayıcı uzmanları veya uçak özel güvenlik hizmet ve denetimi veren kuruluşlar tarafından uygun zamanlarda önceden hazırlanmış kontrol listelerine göre aramaya tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 30. maddesi ise 20. maddeye paralel bir hüküm içermekte olup, buna göre, limanlardaki güvenlik tedbirlerinin mülki idare amiri tarafından kolluk kuvvetleri ve özel güvenlik birimleri ile alınması düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 31. maddesinin kenar başlığı “Limanlardaki Güvenlik Makamları” olup; buna göre limanlarda, karada alınacak güvenlik tedbirleri polis, jandarma, gümrük muhafaza ve özel güvenlik personeli; denizde alınacak tedbirler ise Sahil Güvenlik Komutanlığı, deniz polisi ve gümrük muhafaza idaresi aracılığı ile alınacaktır.

05.04.2012 tarih ve 28255 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sivil Havacılık İşletmeleri Yetkili Denetim Kuruluşları Yönetmeliği’nin 7. maddesi çerçevesinde, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından teknik denetçi olarak yetkilendirilen yetkili bağımsız denetim kuruluşlarında görevli denetçiler, 15.04.2006 tarihli ve 26140 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teknik Denetçilerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte belirtilen hususlarda Genel Müdürlük adına yetkilidir.

Nitekim, söz konusu Yönetmeliğin hukuksal dayanağı⁹⁷ da 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5431 sayılı Sivil Havacılık

⁹⁵ 14.08.1997 tarih ve 23080 sayılı RG.

⁹⁶ Vurgu tarafımızdan yapılmıştır.

⁹⁷ Ayrıca 19.10.1983 tarih ve 18196 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun 27. maddesinde Türk sivil hava araçları ile faaliyette bulunan tüm kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nün hava seyrüsefer güvenliğini sağlamak amacıyla yapacağı veya yaptıracağı teknik denetime tabidirler. Yapılacak denetimin esasları, denetleme elemanlarının seçimi ile yetki ve sorumlulukları Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nce hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 24.10.2011 tarih ve 661 sayılı KHK ile değişik 27. Maddesidir. Söz konusu madde uyarınca:

“Genel Müdürlük, görev kapsamı içinde kalmak kaydıyla bedeli karşılığında sözleşmelerle hizmet yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Genel Müdürlük, görev ve yetki kapsamı içinde bulunan, yeterlik belgesini haiz veya yeni belge alacak sivil havacılık personelinin sınavları ve bunların denetimleri ile sivil havacılık işletmelerinin uluslararası sivil havacılık kural ve standartları, kanunlar ve yönetmelikler ile belirlenmiş her türlü denetim, yetkilendirme, ruhsat, sertifika ve lisans hizmetlerini Bakanlık onayı ile belirlenecek ücretler karşılığında yapar.

Genel Müdürlük ikinci fıkra kapsamında yapacağı denetimleri bağımsız denetim kuruluşlarına ve teknik gözetim şirketlerine yaptırabilir. Bu bağımsız denetim kuruluşları ve teknik gözetim şirketleri ile bunlar tarafından denetimle görevlendirilecek personelin sahip olması gereken nitelikler ve denetime ilişkin usul ve esaslar Genel Müdürlükçe çıkarılan yönetmelikle belirlenir”.

e. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 14. maddesinde “Kurum piyasa faaliyetlerini kendi personeli ile veya kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla denetime tabi tutar” şeklinde düzenleme yer almaktaydı. Bu kapsamda, Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler İçin Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Özel Denetim Kuruluşlarından Hizmet Alımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 21.04.2005 tarih ve 25793 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

Bu yönetmeliğin tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinde yetkili kuruluş; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun hizmet alımı yoluyla petrol piyasasında denetim yapmakla yetkilendirdiği kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşları biçiminde tanımlanmıştır. Söz konusu yönetmeliğin yetkilendirme kenar başlıklı 4. maddesinde, petrol piyasasında denetim yapmakla yetkilendirilecek kamu kurum ve kuruluşlarının Protokol, özel denetim kuruluşlarının ise Kurum tarafından yapılacak ihale ile belirleneceği vurgulanmıştır. İhale ulusal veya bölgesel bazda yapılabilmekteydi. Kurum aynı anda birden fazla kamu kurum ve kuruluşuyla Protokol yapabileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra özel denetim kuruluşlarından da hizmet alabiliyordu.

Yetkili Kuruluşların yetki ve yükümlülükleri, Yönetmelik hükümleri çerçevesinde Kurum ile Yetkili Kuruluşlar arasında yapılacak Protokol veya Sözleşme ile belirleniyordu. Protokol ve Sözleşme, Kurul onayı ile yürürlüğe giriyordu.

Yönetmeliğin konumuz bakımından en kritik hükmü 5. maddesiydi. Bu maddeye göre, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yürütülen denetim, ön araştırma ve soruşturmalar nedeniyle ihtiyaç duyulan her türlü inceleme, tespit, numune alma, mühürleme ve mührün sökülmesi gibi işlemler talep edilmesi halinde Yetkili Kuruluşlarca bir başka deyişle duruma göre özel denetim kuruluşlarınca yapılabilirdi.

Ne var ki, bu makalede incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararları sonrasında, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle Petrol Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi değiştirilmiş ve petrol piyasası faaliyetlerinin doğrudan EPDK'nın kendi personeli veya gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli eliyle denetime tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır.

D. Görüşümüz

Yukarıda vurgulandığı üzere, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi konusunda Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bunu Anayasal kamu hizmeti kategorisi içine sokmakta ve Anayasanın 47. maddesi ile bağı kopararak bu hizmetin özel kişilere gördürülemeyeceğine hükmetmektedir⁹⁸.

⁹⁸ Bu yaklaşım sonucunda bazı hizmet ve faaliyetlerin önem derecelerine göre özel kişiler tarafından yürütülüp yürütülemeyeceği biçiminde bir algı ortaya çıkabilir ki bu yerinde değildir. Örneğin günümüzde, ulusal savunmanın gerektirdiği araç ve silahların üretim ve tedarikinde yerli ve yabancı özel hukuk tüzel kişilerinden yoğun biçimde yararlanılmaktadır. Ulusal savunmanın denetim hizmetinden daha az önemsiz olduğunu söylemek olanaklı değildir. Burada esas olan, buna imkan tanıyan yasal düzenlemeler vasıtasıyla söz konusu faaliyetlerin belirtilen şekilde yürütülüyor olmalarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.1987 tarih ve E. 1986/1-K. 1987/10 sayılı kararı bu konuda oldukça net bir fikir vermektedir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“Bu iddianın, amaçları araçlarla karıştırdığı açıktır. Bir devletin ulusal savunmadan sorumlu olması başka şey, ulusal savunmanın gerektirdiği araç ve gereçlerin üretimi ve tedariki başka şeydir. Anayasa'nın 5. maddesi Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü korumayı Devletin temel amaç ve görevlerinden saymış, fakat bu amaç ve görev için gerekli araç ve gereçlerin sadece Devlet tarafından üretilmesini ve tedarik edilmesini şart koşmamıştır. Aksine Anayasa, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu belirleyen 35., herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip bulunduğunu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğunu, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin Devlet tarafından alınacağını belirleyen 48. ve yine Devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağını emreden 167.

Bu hususta Danıştay'ın ise daha çok 47. maddeyi referans norm olarak aldığı söylenebilir. Uygulamaya bakıldığında ise, pek çok yasal düzenlemede denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Bu husustaki kişisel görüş ve değerlendirmemiz ise şu şekildedir.

Önceleri, emniyetin sağlanması görevinin tekel şeklinde devlete ait olduğu kabul edilmişken artık emniyetin devletin garantisi altında sağlanması gerektiği fikri ön plana çıkmıştır. Bu bağlamda, günümüzde klasik kolluk faaliyetlerinin bile neo-liberal politikaların etkisiyle özel kişiler tarafından yürütülebileceği farklı eleştirilere rağmen⁹⁹ kabul edilmekte ve uygulamada geniş yer bulmaktadır¹⁰⁰. Kolluk faaliyetinin devletin devredilemez nitelikteki görevleri arasında görmek hukuku uygulayan bütün makamlar açısından sadece kamu düzeninin korunması için vazgeçilmez nitelikteki önlemlerin hukuki dayanağı olabilir¹⁰¹. Bir başka deyişle burada kritik olan husus, devletin zor kullanma hakkı ve tekelinin saklı tutulmasıdır.

maddeleri ile “karma ekonomik sistem”in de benimsenebileceğini ortaya koymuştur. Ekonomide Devlet işletmeleriyle özel sektöre ait işletmelerin, yanyana bulunabilmesine imkan verdiği açıkça belli olan Anayasa'nın savunma sanayiinde sadece Devletin üretim ve tedarik faaliyetlerinde bulunmasını şart koştuğunu öne sürmek mümkün değildir. Öte yandan savunma sanayiinin hızla değişen yüksek bir teknolojiyi gerektirmesi; buna bağlı olarak yurtiçi ve yurtdışı finansman ihtiyacının büyük olması; yabancı sermaye ile işbirliği yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında, ister kamuya ve isterse özel sektöre ait olsun mevcut ulusal sanayi işletmelerinin savunma sanayiinin ihtiyaç duyduğu araç ve gereçleri üretebilecek güçte ve nitelikte olanlarının tesbiti ve bu ulusal amacın gerçekleşmesi için organizasyonu ve teşviki de zorunludur. Bu nedenle 3238 sayılı Yasanın: “Kamu ve özel sektörün yabancı sermaye ve teknoloji katkısı ile savunmaya yönelik üretim tesisleri kurma imkânlarını araştırmak, yönlendirmek ve tahakkuk planlarını takip etmek, bu gibi tesislerin kuruluşuna gerektiğinde Devletin iştiraki için prensip kararı almak” şeklindeki 6. maddesinin (c) bendi ile; 10. maddesinin, “Mevcut milli sanayii, savunma sanayii ihtiyaçlarına göre reorganize ve entegre etmek, yeni teşebbüsleri teşvik ve bu entegrasyonu ve ihtiyaçlara göre yönlendirmek, yabancı sermaye ve teknoloji katkısı imkânlarını araştırmak, teşebbüsleri yönlendirmek; bu konudaki Devlet katılımını planlamak” biçimindeki (c) bendi hükmünün Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.”

⁹⁹ Cezaevi yönetimi ve cezaevi hizmetleri bu konudaki en çarpıcı örneklerden biridir. Özel kişilerin bu alanda faaliyette bulunmasına dönük eleştirilerden en önemlisi “ticari kaygılar güden cezaevi yönetimlerinin ceza kanunları ve düzenlemelerinin ağırlaştırılması yönünde lobi faaliyetleri” gösterebileceğidir. Bkz. **Schlosser**, E. ; s. 51-64 aktaran **Volokh**, A. ; s. 1199.

¹⁰⁰ **Shwiff**, S./**Norton**, G. ; s. 7.

¹⁰¹ **Tekinsoy**, Ö. O. ; s. 198; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile özel güvenlik görevlilerinin polis ve jandarmanın kullanabileceği bazı yetkileri kullanabildiği düşünüldüğünde bu yaklaşımın dahi pozitif düzenlemeler ışığında törpülediği ileri sürülebilir.

Danıştay 1. Dairesi'nin 20.06.2008 tarih ve E. 2008/502-K. 2008/742 sayılı kararında¹⁰², 5188 sayılı *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun*, *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik* ve 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu hükümleri kapsamında özel güvenlik adı altında istihdam edilen işçilerin trafik denetleme, kaldırım ve yol işgallerinin önlenmesi, seyyar satıcı ve dilencilerin engellenmesi gibi kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde görevlendirildikleri ve bu durumun Anayasanın 128. maddesinin öngördüğü sistem ile bağdaşmadığı gerekçesiyle ilgililer hakkında soruşturma izni verilmemesi yönündeki kararı kaldırmıştır¹⁰³.*

Nitekim, bu konuda Ankara Valiliği'nin 21.12.2006 tarih ve 4470 sayılı yazısına İçişleri Bakanlığı'nın verdiği 11.01.2007 tarih ve 8000-573 sayılı cevabi bir yazıda da, belediyelerin kamu gücü kullanımı ile donatılmış zabıta hizmetinin ihale edilmek suretiyle gördürülemeyeceğini ancak kamu gücü kullanmayı gerektirmeyen zabıta destek hizmetlerinin ihale edilebileceği vurgulanmıştır¹⁰⁴.

Elektrik piyasasındaki denetim faaliyeti, Yayla'nın kullandığı terimden yola çıkarsak özel kişilerin katıldığı kolluk görevlerindedir¹⁰⁵. Burada kritik olan husus kamu gücünün kullanılması gereken yerlerde asıl idari kolluk görevlilerinin devreye girecek olmasıdır. Denetim faaliyeti sonucunda hazırlanan raporlar da aslında maddi veya hukuki olgulara ilişkin verilerin toplandığı belgelerdir ve sadece idarenin alacağı kararların verilerini oluşturur; ancak etkili işlem olarak kabul edilmezler¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesi'nin yapı denetim kuruluşlarına dair verdiği 03.11.2011 tarih ve E. 2010/75-K. 2011/150 sayılı kararında¹⁰⁷ vurgulandığı üzere, bu tip denetimler bazı kamusal ihtiyaçların karşılanması için ilgili idareye teknik destek vermekten ibarettir. Bu itibarla, elektrik piyasasındaki denetim faaliyeti dahil olmak üzere bu kapsamdaki denetim faaliyetlerinin açık yasal bir düzenleme mevcut olduğu taktirde özel kişiler tarafından yürütülebileceğini düşünüyoruz¹⁰⁸.

¹⁰² www.kazanci.com (07.03.2013).

¹⁰³ Zabıta hizmetlerinin kamu ihalelerine konu edilemeyeceği yönünde bkz. Kamu İhale Kurulu'nun 10.04.2006 tarih ve 2006/UH.Z-938 sayılı kararı. Bkz. www.kik.gov.tr (erişim tarihi: 10.06.2013).

¹⁰⁴ Demirel, S. ; s. 48-51 aktaran Tamer, M. ; s. 23.

¹⁰⁵ Yayla, Y. ; s. 48-49.

¹⁰⁶ Karahanoğulları, O. ; (İdarenin Hukukla Kavranması), s. 293.

¹⁰⁷ 14.02.2012 tarih ve 28204 sayılı RG.

¹⁰⁸ 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı Türkiye Akreditasyon Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında

SONUC

Elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınmak suretiyle denetlenmesine imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararlarının gerekçelerinin bir bölümü, elektrik piyasasını düzenleyen mevzuat ve Anayasa Mahkemesi'nin farklı tarihlerde verdiği kararlar dikkate alındığında yerinde değildir. Bu saptamamız yukarıda ayrıntılarıyla açıklanmıştır.

Bunun yanı sıra, yüksek yargı organlarının bazı kararlarında, Anayasanın 47. maddesi referans olarak alınmak suretiyle idari kolluk hizmetleri dâhil olmak üzere özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti sunumunun önü açılmakta; bazı yargı kararlarında ise halen Anayasanın 128. maddesinden hareketle anayasal kamu hizmeti kategorisi yaratılarak özel hukuk kişilerinin bu alanda hizmet sunumuna izin verilmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında vurgulandığı üzere¹⁰⁹, bugün itibariyle kamu hizmeti kavramının devlet ve öteki kamu tüzel kişilerinince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği açıktır. Dolayısıyla, açık bir yasal düzenleme mevcut olduğu takdirde, bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde Anayasa'nın 47. maddesinin referans olarak alınması kanımızca daha doğrudur. Ancak Anayasa'nın 47. ve 128. maddelerinin mevcut içeriği ve yazılış şekli dikkate alındığında, bu hususta farklı yorumların olması da anlaşılabilir bir durumdur. Ne var ki, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta yeknesak olmayan kararları maalesef hukuk devletine yön veren önemli ilkelerden biri olan belirlilik ilkesini zedelemektedir. Bu itibarla, en azından yüksek yargı organlarının kararlarında yorum, gerekçe ve karar yeknesaklığı sağlanmak suretiyle Anayasa'nın 47. ve 128. maddeleri arasındaki çatışmanın uygulamaya yansıyan etkileri azaltılabilir.

Kanun'un 3. maddesi anlamında akredite edilen bazı kuruluşlar muayene ve denetim hizmetlerini yürütebilmektedir. Onlardan biri de Türk Loydu'dur. Türk Loydu bir özel hukuk tüzel kişisidir. Ancak, çalışma raporlarından görülebileceği üzere, Savunma Sanayi Müsteşarlığı projelerinde bile teknik gözetmen ve denetim kuruluşu olarak yer almakta ya da tespit ettiği klas (teknik standart) çerçevesinde savunma sanayi projelerindeki ekipmanlar ve hatta gemiler inşa edilmektedir. Türk Loydu 2011 Çalışma Raporu, s. 51: <http://www.turkloydu.org/TurkLoydu/getdoc/4339167b-be17-4e90-882e-fcdb46f9c530/2011-Calisma-Raporu-TL-.aspx> (erişim tarihi: 07.03.2013).

¹⁰⁹ AYM'nin 22.12.1994 tarih ve E. 1994/71-K. 1995/23 sayılı kararı; AMKD, S. 32, C. 1, s. 144.

KAYNAKÇA

- Akgül, Şerife Yıldız : *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Aliefendioğlu, Yılmaz : *Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları*, Danıştay Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1981.
- Arıkan, Cengiz : *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Aslan, Onur Ender : *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi*, Ankara Seçkin Yayınevi, Şubat 2007.
- Atay, Ethem/
Odabaşı, Hasan/Gökcan, Hasan
Tahsin : *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Atay, Yeliz Şanlı : *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, TODAİE Yayın No: 361, Ankara, 2011.
- Ayanoğlu, Taner : *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği*, İHFM, C. LXV, S. 1, 2007, s. 39-85 (“Düzenleme Yetkisi”).
- Ayanoğlu, Taner : *Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru*, İHİD, Y. 13, S. 1-3, 2003, s. 66-86 (“Elektrik Piyasası”).
- Ayaydın, Cem : *5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Erden Kuntalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2004, s. 113-268.
- Çakmak, Zeynep : *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.
- Çal, Sedat : *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

- Demirel, Salim : *Belediye Zabıta Hizmetleri'nin Gör(d)ürülme Usulü*, Belediye Dünyası Dergisi, Ekim 2007, C. 8, S. 10.
- Derdiman, Cengiz : *Belediyenin Kolluk Fonksiyonuna İlişkin Genel Bir Deneme (I)*, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 6, S. 3, Temmuz 1997, s. 103-121.
- Doğan, Fatih : *Polis ve Jandarma Teşkilatları Açısından İç Güvenlik Yönetimi, Sorunları ve Değişimi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Duran, Lütfi : *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982 ("İdare Hukuku").
- Duran, Lütfi : *Peştemallik ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*, AİD, C. 20, S. 1, Mart 1987, s. 3-14 ("Peştemallik ve Ulufe").
- Erdoğan, Mustafa : *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Orion Yayınevi, Ankara, Ekim 2005.
- Ergün, Çağdaş Evrim : *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.
- Furtun, Hakan : *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Geray, Cevat : *Kent Kooperatifleri Açısından Yapı Denetimi*, Kent Kooperatifçiliği, Türkiye Kent Kooperatifleri Merkez Birliği Yayını, S. 118-120, Nisan-Mayıs-Haziran 2000, Ankara.
- Gözler, Kemal : *İdare Hukuku*, C. II, Bursa, 2003, Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük, Şeref/
Tan, Turgut : *İdare Hukuku*, C. I, Ankara, Turhan Yayınevi, 1998.
- Gülan, Aydın : *Kamu Hizmeti Kavramı*, İHİD, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-160.
- Gülsoy, Tevfik : *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Günday, Metin : *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2012.

- Kaneti, Selim : *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları*, İHFM, C. LIV, S. 1-4, 1994.
- Karahanoğulları, Onur : *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, S. 1, Ocak 1998, s. 104-109 (“Özelleştirme”).
- Karahanoğulları, Onur : *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, 2002 (“Kamu Hizmeti”).
- Karahanoğulları, Onur : *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011 (“İdarenin Hukukla Kavranması”).
- Karatepe, Şükrü : *İdare Hukuku*, Ankara, 1988, Anadolu Matbaacılık.
- Orak, Cem Çağatay : *Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.
- Öden, Merih : *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özay, İlhan : *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002 (“Günışığında Yönetim”).
- Özay, İlhan : *Hukuk Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayında sunulan tebliğ, 8-11 Ocak 2008, s. 21-22 (“Ekonomik Kamu Düzeni”).
- Özbudun, Ergun : *Anayasa Hukuku*, 8 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (“Anayasa Hukuku”).
- Özbudun, Ergun : *Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, TBB, Ankara, 2005, Editör, Ozan Ergül (“Anayasa Yargısı”).
- Özkan, Ahmet Fatih : *Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4, Güz 2009, s. 75-94.
- Öztürk, Burak : *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009.

Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa

- Schlosser, Eric : *The Prison-Industrial Complex*, Atlantic Monthly, December 1988, s. 51-64.
- Shwiff, Steve/
Norton, Gale : *Private Prisons Now*, Independent Issue Paper, No: 19-88, September 29, 1988.
- Stone, Geoffrey/
Seidman, Louis/Sunstein,
Cass/Tushnet, Mark : *Constitutional Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1986.
- Tamer, Mustafa : *Belediye Zabıtası*, Mustafa Tamer Stratejik Araştırmalar Vakfı Yayınları No: 06, Ankara, 2009.
- Tan, Turgut : *Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi? (Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay)*, İHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 289-299.
- Tekbaş, Abdullah : *Vergi Kanunlarının Tabii Olduğu Anayasal İlkeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Basım Yılı 2012, s. 123-191.
- Tekinsoy, Özge Okay : *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2011.
- Tiryaki, Refik : *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Toprak, Eren : *Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri, Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme*, Seçkin Yayınları, Mart 2012.
- Toroslu, Nevzat : *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 1998.
- Ulusoy, Ali : *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Eylül 2004.
- Uz, Abdullah : *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Volokh, Alexander : *Privatization and the Law and Economics of Political Advocacy*, Stanford Law Review, Vol. 60, Issue 4, (2008), s. 1197-1254.

- Yayla, Yıldızhan : *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009, Beta Yayınevi.
- Yenisey, Feridun : *Kolluk Hukuku*, İstanbul, Aralık 1999, Beta Yayınevi.
- Zabunoğlu, Yahya : *İdare Hukuku*, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜ, SİYASAL BİLGİ VE KATILIM*

Peter T. LEESON**
Nazmiye GÜVEYİ***

ÖZET

Bilindiği üzere demokrasi, yüksek seçmen katılımı ile doğru orantılı olarak güçlenmektedir. Seçmen katılımı ise değişik faktörlerden etkilenmektedir. Çalışmada değinildiği üzere, medyanın katılıma olan etkisi, medya özgürlüğüne bağlı bir seyir izlemektedir. Medya özgürlüğü ise devletin medya üzerindeki etkisi çerçevesinde tahlil edilebilecek olan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmada yazar; medya özgürlüğü, siyasal bilgi ve katılım arasındaki ilişkiyi irdelemektedir. Bu çerçevede çalışma, ampirik bir yaklaşımla, medya özgürlüğünün etkin bir demokrasi açısından sahip olduğu kritik önemi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışma söz konusu amacına; sayısal hesaplamalar, şekiller ve tablolar gibi objektifliği destekleyici argümanlar ile ulaşma yöntemini benimsemektedir. Bu özelliği ise çalışmanın bilimselliğini müspet bir biçimde etkilemektedir.

Anahtar Kelimeler: Medya, medya özgürlüğü, siyasal bilgi, katılım, demokrasi.

MEDIA FREEDOM, POLITICAL KNOWLEDGE, AND PARTICIPATION

ABSTRACT

As it's known, democracy gains power in direct proportion to high voter turnout. Voter turnout is affected by varied factors. As it referred in the study, the effect of media on participation is tied to media freedom. Media freedom is an event which can be analysed within the scope of the effect of the government on the media. In the study writer examines the relationship between media freedom, political knowledge and participation. In this context the study aims to propound the critical importance of media freedom for an effective democracy. The study adopts to achieve this goal by using some arguments which supports the objectivity like numerical calculations, figures and tables. This property has a positive effect on the study to be scientific.

Keywords: Media, media freedom, political knowledge, participation, democracy.

* Peter T. Leeson, "Media Freedom, Political Knowledge, and Participation", **Journal of Economic Perspectives**, Volume 22, Number 2, Spring 2008, pp. 155–169.

** Prof., Kapitalizm alanında BB&T Profesörü, George Mason Üniversitesi, Fairfax, Virginia, (pleeson@gmu.edu).

*** Çeviren Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (nazmiye.guveyi@deu.edu.tr).

Alexis de Tocqueville ([1835-1840] 1988, s. 517) tarafından belirtildiği üzere “Aynı düşünceyi aynı anda bin okuyucunun önüne sadece bir gazete getirebilir.” Yirmi birinci yüzyılda benzer bir iddia dünya genelinde milyonlarca izleyici ve dinleyicilere bilgi veren televizyon, radyo ve internet için de geçerlidir. Medyanın önemi göz önüne alındığında, hükümetler kendi vatandaşlarına medya tarafından sağlanan bilgi akışını kontrol etmek veya etkilemek isteyebilirler. Bu kontrol, devletlerin medya sahipliğini ulusal olarak tekelleştirmeleri suretiyle doğrudan ya da özel medya kuruluşları üzerinde mali baskı uygulayarak haberleri yönlendirmek suretiyle dolaylı olarak gerçekleştirilebilir (Leeson ve Coyne, 2005).

Bu makale medyanın hükümet kontrolüne karşı özgürlüğü ile vatandaşların siyasal bilgisi ve siyasal katılım ile seçmen katılımı arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Bu ilişkileri araştırmak için, Freedom House’un *Basın Özgürlüğü* raporu¹ ve Avrupa Komisyonu’nun Aday Ülkeler Eurobarometre araştırma verileri² ile 13 Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde medya özgürlüğünü ve vatandaşların siyasal bilgisini inceledim. Sonrasında, Dünya Değerler Araştırması’nın³ verilerini kullanarak 60 ülkede medya özgürlüğünü ve vatandaşların siyasal katılımını değerlendirdim. Son olarak, Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü’nün⁴ araştırma verileri ile söz konusu aynı 60 civarında ülkede medya özgürlüğü ve seçmen katılımını araştırdım. Hükümetin medya organlarına ve altyapısına büyük bir pay sahibi olduğu, medya sektörünü daha fazla düzenlediği ve haberlerin içeriğini daha fazla kontrol ettiği yerlerde, vatandaşların politik olarak daha bilgisiz ve ilgisiz olduğunu tespit ettim. Medyanın daha az düzenlendiği ve medya sektöründe özel mülkiyetin daha fazla olduğu yerlerde, vatandaşlar politik olarak daha bilgili ve aktiftirler.

Tabii ki, medya özgürlüğünün etkilerini belirlemek için herhangi bir girişim ekonometrik güçlük çıkaracaktır. Bu makalede sunulan modeller gelir, yaş, eğitim ve demokrasi/ otokrasi de dâhil olmak üzere bir dizi faktör için kontrol edildikten sonra bile doğrudur, ancak kuşkusuz başka faktörler de önerilebilir. Ayrıca medya özgürlüğü ülkeler arasında rastgele dağıtılan bir

¹ “Freedom House’s *Freedom of the Press* report” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

² “European Commission’s Candidate Countries Eurobarometer survey” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

³ “World Values Survey” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

⁴ “International Institute for Democracy and Electoral Assistance” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

dışsal faktör değildir. Bunun yerine medya özgürlüğü; altında yatan sosyal, hukuki, siyasi ve hatta kültürel faktörleri yansıtır ve dolayısıyla bu faktörleri şekillendirmeye de yardımcı olur. Bu nedensellik konularının çözümlenebilmesi için belki de uygun enstrümantal değişkenlerin hesaplanması yoluyla daha çok çalışma gerekmektedir. Bu makalede sunulan ampirik modeller, bu nedenle gerektiği üzere ihtiyatla yorumlanmalıdır.

Bu makaledeki bulgular, medya özgürlüğünün etkileri üzerinde ekonomistler tarafından yapılan diğer yakın tarihli araştırmaları tamamlar niteliktedir. Örneğin, Djankov, McLiesh, Nenova ve Shleifer (2003) özel medya mülkiyetinin geliştirilmiş sosyal sonuçlarla ilişkili olduğu çıkarımında bulunmaktadır; tersine, medyanın devlete ait olduğu yerlerde ise vatandaşlar yoksul, sağlıksız ve daha kısa süreli bir yaşam geçirmektedirler. Makaledeki bulgular medya özgürlüğü ile ekonomik kalkınmayı bağlayan belirli bir kanal önermektedir. Hükümetlerin medyaya engel olduğu ülkelerde, bireyler temel siyasi konular hakkında daha az bilgiye sahip olmakta ve siyasete daha az dâhil olmaktadır. Politik olarak bilgisiz ve ilgisiz kişiler siyasi olaylar hakkında yeteri kadar bilgiye sahip değildirler ya da kendi çıkarını düşünen politikacıların faaliyetlerini denetlemek ya da etkili bir biçimde cezalandırmak bağlamında yeterli siyasi katılımında bulunmamaktadırlar. Politikacılar hesap verilebilirlik açısından seçmenlere karşı sorumsuz olduklarında, politikacıların şahsi faydalarına yönelik politikalar izlenmeleri kuvvetle muhtemeldir ki bu durum daha düşük bir gelişmişlik düzeyine neden olmaktadır.

Bu makale medya özgürlüğü ile siyasal bilgi ve siyasal katılım ile seçmen katılımı arasındaki ilişkiyi inceleyen ilk çalışma olmasına rağmen; diğer yakın tarihli araştırmalar başka açılardan bu bağlantılardan bazılarını göz önüne almaktadır. Araştırmanın bir bölümü medya kaynaklı bilginin seçmen bilgilendirilmesindeki rolünü tartışmıştır (Coyne ve Leeson, 2004; Stromberg, 2004; Besley ve Burgess, 2002; Besley ve Prat, 2006; Mueller 1992; Sen, 1984, 1999). Örneğin Synder ve Stromberg (2004) daha fazla medya ilgisinin bir sonucu olarak seçmenlerin siyasal açıdan daha iyi bir şekilde bilgilendirildiği yerlerde, politikacıların seçmen istekleri konusunda daha duyarlı oldukları sonucuna ulaşmaktadır. Yine, de Tocqueville (1835-1840, s. 518) söz konusu sorunları öngörürcesine şu şekilde yazmaktadır: “Bir gazetenin birçok erkek için sadece ortak bir plan önermesi mümkün değildir; onlara kendileri için düşündükleri ortak planların yürütülmesini sağlamaktadır.” Çalışmanın bir başka aşaması, televizyon ve oylama arasındaki ilişkiyi değerlendirmektedir. Örneğin Gentzkow (2006), televizyon tüketiminin seçmen katılımı üzerindeki

etkisi ile ilgili olarak son derece ilginç bir inceleme ortaya koymaktadır. Benzer şekilde, Althaus ve Trautman (2004), televizyon pazar büyüklüğünün seçmen katılımı üzerindeki etkisini araştırmaktadır. Diğer araştırmalar basın özgürlüğü ve yolsuzluk arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Örneğin, Ahrend (2002) ve Brutti ile Weder (2003) yüksek basın özgürlüğünün düşük yolsuzluk ile ilişkili olduğunu tespit etmektedirler.

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Bilgi

Post sosyalist dünyanın son geçiş deneyimi, medya özgürlüğü ve siyasal bilgi arasındaki bağlantıyı incelemek için mükemmel bir zemin sağlamaktadır. 1991 yılından bu yana, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri hükümetin medya ile ilişkisi açısından farklı yönlerde hareket etmiştir. Polonya gibi bazı ülkeler, daha öncesinde devlet elinde bulunan medya dâhil, kendi ekonomilerinin önemli bir bölümünü liberalleştirmiştir. Romanya gibi diğer ülkeler ise, nispeten daha az serbestleşmiştir. Buralarda medya, büyük ölçüde hükümetin kontrolü altındadır. Söz konusu farklı yollar medya özgürlüğü ve vatandaşların siyasal bilgisi arasındaki ilişkiyi irdelemek için ilginç bir çeşitlilik oluşturmaktadır.

Aday Ülkeler Eurobarometre (2004) araştırma verileri, Orta ve Doğu Avrupalıların sahip olduğu siyasal bilgi hakkında önemli bir istihbarat sağlamaktadır. Ekim ve Kasım 2003'te, söz konusu araştırma verileri Avrupa Birliği (AB)'nin dokuz temel siyasi gerçekleri üzerinde aşağıdaki AB'ne aday ülkelerdeki 12.000'den fazla vatandaşı sorgulamıştır: Bulgaristan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Letonya, Litvanya, Malta, Polonya, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Türkiye. Avrupa Birliği'ne üye olma amacı güden AB'ne aday ülkeler, Avrupa Komisyonu'nun tavsiyesi üzerine, resmi adaylığa terfi etmektedir.

Bu ülkelerde gerçekleştirilen doğru-veya-yanlış şeklindeki soruların tam listesi aşağıdaki gibidir (doğru cevap parantez içinde): 1) AB 15 ülkeden oluşturulmuştur (Doğru); 2) Avrupa Topluluğu I. Dünya Savaşı'ndan sonra oluşturulmuştur (Yanlış); 3) Avrupa bayrağı sarı yıldızlar ile parlak mavidir (Doğru); 4) Avrupa'nın bayrağı üzerinde 15 yıldız vardır (Yanlış); 5) AB'nin Genel Merkezi Brüksel, Strazburg ve Lüksemburg'dadır (Doğru); 6) Avrupa Parlamentosu üyeleri AB vatandaşları tarafından doğrudan seçilir (Doğru); 7) Tüm vatandaşlar tarafından doğrudan seçilen bir AB Başkanı vardır (Yanlış); 8) AB'nin kendi marşı vardır (Doğru); 9) AB ülkeleri arasında sınır yoktur (Doğru).

Avrupa Birliği'ne üyelik adaylığı, söz konusu ülkeler için önemlidir. Buradan hareketle, şayet medya özgürlüğü vatandaşların siyasal bilgisiyle

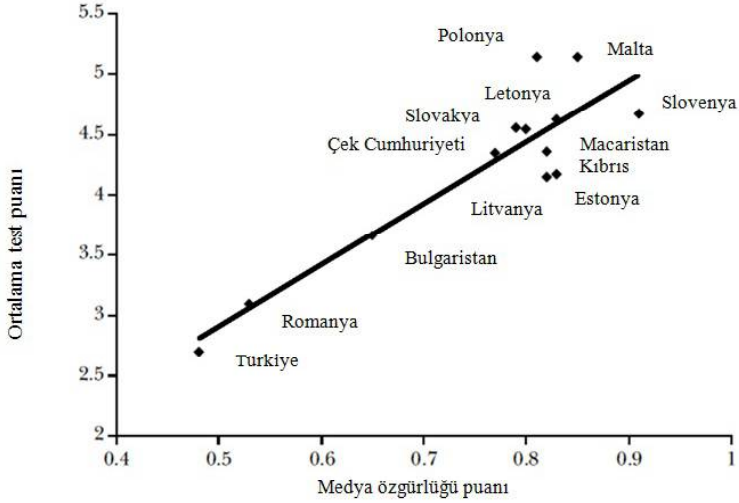
bağlantılıysa, Avrupa Birliği ile ilgili sorular bakılması gereken iyi bir yer olarak nitelendirilebilmektedir. Bununla beraber, pan-Avrupa konuları tamamen yerel olanlardan biraz farklı olsa da; yerel düzeyde politikaların şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. AB'ne aday ülkelerdeki vatandaşların Avrupa Birliği'nin temel siyasi gerçekleri hakkındaki bilgilerini ölçmek, bu bağlamda Eurobarometre testi ile doğrudan ölçülemeyecek olan vatandaşların politik bilgileri ile muhtemel vekillerin daha yerel nitelikteki siyasi konular hakkındaki bilgilerinin önemli bir bölümünü ölçmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği ile ilgili soruların önemli avantajı, ülkeye bakılmaksızın, doğru cevapların tüm katılımcılar için aynı olmasıdır.

Şekil 1, söz konusu ülkelerdeki basın özgürlüğü ve siyasal bilgi arasındaki açık ilişkiyi göstermektedir. Devletlerin 2003 yılında vatandaşlara karşı tanıdığı medya özgürlüğü konusunda dokuz soru ile belirlenen ortalama puanların grafiğe aktarılması amacıyla Freedom House'un (2004) uluslararası *Basın Özgürlüğü* raporundaki medya özgürlüğü verileri ve Eurobarometre (2004) araştırmasından elde edilen siyasal bilgi verileri kullanılmaktadır. Bu ilişki güçlü ve müspettir. Daha özgür bir medya, siyasal açıdan daha bilgili vatandaşlar ile ilişkilidir⁵.

⁵ Sutter (2004), Shleifer ve Mullainathan (2005) ile Gentzkow ve Shapiro'nun (2006) yanı sıra yine Gentzkow ve Shapiro tarafından bu sempozyumda da keşfedilen ilginç bir soru, piyasanın yönlendirdiği hangi medyanın haberlerde birtakım yanlılığa yol açabileceğidir. Burada sunulan çeşitli temel olgusal sorular bakımından söz konusu yanlılık neredeyse asgari seviyededir. Bununla birlikte, ilginç bir biçimde Prat ve Stromberg (2005) İsviçre'de özel televizyonun piyasaya girişine cevaben, özel TV haberlerini izleyenlerin siyasal bilgisinin, yalnızca kamu televizyonu izleyenlere oranla artış göstermekte olduğunu saptamıştır. Della Vigna ve Kaplan (2006), seçmenlerin sofistike olduklarını ve ticari olarak yanlı nitelik kazanan siyasal kararlar ile ilgili haberleri ayırt ettiklerini saptamıştır.

Şekil 1

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Bilgi



Kaynaklar: Freedom House (2004) ve Eurobarometre (2004).

Söz konusu ilişkiyi daha fazla araştırmak için, en küçük kareler yöntemi regresyonlarını kullandım. Bağımlı değişkenim dokuz sorudan oluşan AB siyasi testindeki bireylerin puanlarıdır. Test dokuz soru içerdiğinden, puanlar sıfır (hiçbir sorunun doğru yanıtlanmaması) dokuz (tüm soruların doğru yanıtlanması) aralığında dağılım göstermektedir. Tüm sorular doğru-ya yanlış şeklindedir. Sadece 15 ve üzeri yaşta vatandaşlar söz konusu siyasi teste katılmışlardır. Bir soruya “Bilmiyorum” cevabını veren katılımcılar, söz konusu soruya yanlış cevap vermiş gibi değerlendirilmiştir. Bir soruya cevap vermeyi reddetmiş olanlar toplamda 12,006 adet gözlemden oluşan veri kümesinden çıkarılmıştır. Örneklem büyüklükleri 500 olan Malta ve Kıbrıs hariç, her ülkenin örneklem büyüklüğü aşağı yukarı eşittir (yaklaşık 1,000).

Temel bağımsız değişkenim, Freedom House’un (2004) her ülke için 2003 yılındaki medya özgürlüğü puanıdır. Freedom House, medyanın hükümetten bağımsızlığı ile ilgili üç eşit ağırlıklı kategori üzerinde ülkelerin puanlarını belirlemektedir. Bu kategoriler birlikte, yeniden ölçeklendirdiğim sıfır (tamamıyla serbest olmayan) ile bir (tamamen serbest olan) arasında değişiklik gösteren, medya özgürlüğüne ilişkin bileşik puanı oluşturmaktadır. Bu endeks üç kategoride şunları içermektedir: 1) yasalara, mevzuata, anayasal hükümlere, bir ülkede serbestçe faaliyet gösterebilecek medyanın yeteneğini

kısıtlayan veya etkinleştiren düzenlemelere bakan yasal çevre; 2) her ülkede medyanın içeriği üzerinde siyasi kontrol derecesini değerlendiren siyasi çevre (örneğin editoryal bağımsızlık, resmi veya gayri resmi sansür, gazetecilere karşı taciz ya da saldırılar gibi); ve 3) medya sahipliğinin yapısı, medya ile ilgili altyapı, bunun konsantrasyonu, bozulmanın ya da medya içindeki rüşvetin etkisi ile seçici stopaj ya da bazı medya kuruluşlarında devlet tarafından bahşedilen sübvansiyon veya diğer finansal gelir kaynaklarını içeriğinde barındıran ekonomik çevre. Bu endeksteki medyanın TV, radyo, gazete ve interneti kapsadığı kabul edilmektedir.

Romanya, hükümetin medya özgürlüğünü bastırmak için bu kanalları nasıl kullanılabileceği ile ilgili iyi bir örnek sunmaktadır. Örneğin, çok sayıda Romen medya kuruluşu hükümete olan vergi borçları nedeniyle varlıklarını sürdürebilmek adına taraflılığa yol açan bir baskı altında bulunmaktadır. Diğer kuruluşlar ayakta kalabilmek için reklam geliri elde edebilmek adına büyük ölçüde devlete bel bağlamaktadır. Romen hükümeti ayrıca lisans yoluyla medyayı düzenlemekte ve gazeteciler için dağıtım ağları gibi medya ile ilgili önemli girdileri geçmişten bu yana kontrol altında tutmaktadır.

Test puanlarını etkileyebilecek bireysel özellikleri hesaba katmak için, birtakım kontrol değişkenleri ekledim. Regresyonumdaki ilk üç kontrol değişkeni; katılımcıların geliri, yaşı ve eğitim düzeyidir. Bu değişkenlere ilişkin veri Eurobarometre (2004) araştırmasından alınmıştır. Bireysel test puanlarındaki ülkenin ortalama gelirinin etkisini kontrol etmek için ayrıca Dünya Kalkınma Göstergeleri⁶ (Dünya Bankası, 2004) verilerini kullanarak her ülkenin 2000 yılındaki kişi başına düşen gayri safi milli hasılasını kapsama dâhil ettim.

Son olarak, bireyin siyasi testteki performansını belirlemek için katkıda bulunabilecek olan, bir hükümetin ne ölçüde demokratik/ otoriter olduğu ve her hükümetin kendi vatandaşları için eğitime ayırdığı kaynak miktarı gibi, kurumsal faktörleri kontrol etmek istemekteyim. Bu amaçla, Polity IV Projesi (2003) verilerinde yer alan her bir ülkede 2000 yılındaki demokrasi/ otokrasi ölçüsünü kullandım. “Yönetim” değişkeni; -10 veya tamamen otokrasi, +10 veya tamamen demokrasi arasında değişkenlik göstermektedir ve vatandaşların alternatif politikalar ve liderleri hakkında etkili tercihlerini ifade edebildiği siyasi kurumların ve prosedürlerin varlığını veya yokluğunu ölçmektedir.

Dünya Kalkınma Göstergeleri’nden (Dünya Bankası, 2004) elde edilen, ülkelerin eğitim ile ilgili kamu harcamalarının gayri safi yurtiçi hasıladaki yüzdeliği verisini kapsama dâhil ettim. Bu veriler 2003 yılı için ya da 2003

⁶ “World Development Indicators” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

verileri bulunmaması halinde ise verilerin mevcut olduğu en yakın yıl için geçerlidir⁷.

Tablo 1, söz konusu analizin sonuçlarını sunmaktadır. Medya özgürlüğü ve siyasal bilgi arasında geniş, pozitif ve son derece anlamlı bir ilişkinin varlığını saptadım. Medya daha az özgür olduğunda vatandaşlar daha az politik bilgiye sahip olmaktadır. Şekil 1'deki 1. sütun, düzenlenmemiş bir ilişki sunmaktadır. Örnekteki medya özgürlüğünün en yüksek seviyeden en düşük seviyeye düşmesi, siyasi bilgisizlik içinde yüzde 42'lik bir artış ile ilişkilidir. Başka bir deyişle, örnekteki en özgür medyanın en az özgür medyaya hareketi; siyasal bilgide 0,96'lık bir standart sapma düşüşü ile ilişkilidir.

Tablo 1
Medya Özgürlüğü ve Siyasal Bilgi
(bağımlı değişken siyasi testteki puanlardır)

	1	2
Medya özgürlüğü	5.35*** (0.45)	4.86*** (0.65)
Gelir		0.15*** (0.01)
Kişi başına düşen GSMH		-0.01 (0.37)
Yaş		-0.08** (0.03)
Eğitim		0.05*** (0.01)
Yönetim		0.09 (0.06)
Eğitim konusundaki kamu harcamaları		-0.01 (0.12)
R ²	0.09	0.17
Gözlemler	12,006	8,323

⁷ Bu makalenin regresyonlarında kullanılan tüm değişkenlerin ayrıntılı bir listesi ve bu değişkenlerin kaynakları için makaledeki çevrim içi Ek 2'ye bkz. <<http://www.e-jep.org>> adresi kullanılabilir. Orada aynı zamanda bu çalışmada sunulan alternatif özelliklere ve alternatif veri kaynaklarına özellikle duyarlı olmayan sonuçları gösteren bir dizi regresyonlar içeren Ek 1'i de bulabilirsiniz.

Notlar: “Yönetim”, daha fazla aleniyet anlamına gelen yüksek puanları ile demokrasi/ otokrasinin bir göstergesidir. Regresyonlar (gerilemeler) sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için çevrim içi Ek 2’ye bkz. <<http://www.e-jep.org>>. Malta, Polity IV veri kümesi içinde yer almaması nedeniyle bu tabloda sadece 1. sütunda yer almaktadır.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo 1’in 2. sütunundaki denetimleri eklediğimizde, söz konusu ilişki benzerdir. Katılımcının geliri, yaşı, eğitimi, her hükümetin ne ölçüde demokratik/otokratik olduğu (“Yönetim” değişkeni), her ülkenin ortalama geliri ve her hükümetin kamu eğitimine ne kadar harcadığı kontrol edildikten sonra örnekteki medyanın en özgür olduğu ülkeden medyanın en az özgür olduğu ülkeye düşüş; siyasi bilgisizlik içinde yüzde 37’lik bir artış ile ilişkilidir. Bu, siyasal bilgide 0,83’lük bir standart sapma düşüşünü göstermektedir. Farklı bir açıdan, örnekteki medya özgürlüğünün en üst seviyeden en alt seviyeye düşüşü, ortalama (4,56/9≈) yüzde 51’lik bir test puanından ortalama (2,86/9≈) yüzde 32’lik bir test puanına düşüş anlamına gelmektedir⁸.

2. sütundaki diğer önemli değişkenler beklenen işaretlere sahiptir. Örneğin, yüksek bireysel gelir ve daha fazla eğitim; yüksek test puanları ile ilişkilidir. Teste tabi tutulan gençler önemli ölçüde daha iyi puan almaktadır. Bu yapı muhtemelen teste tabi tutulan yaşlılardan ziyade AB üyeliğinin gelecekleri üzerinde daha güçlü etkisi bulunması nedeniyle gençlerin AB ile ilgili konularda daha büyük ilgi sahibi olmaları sebebiyle ortaya çıkabilmektedir.

⁸ Siyasal test yapıldığı sırada örnekteki tüm ülkeler AB’ne aday olmasına rağmen; sadece bir tanesi, Türkiye, henüz tam üye değildir. Testin uygulandığı 2003 yılında Türk vatandaşlarının AB üyesi olma ihtimali konusunda düşük bir beklenti içerisinde olmalarını ve bu yüzden temel AB siyasi olgularına dair bilgisiz olduklarını mantıken kabul etmek mümkündür. Böylece, Şekil 1’de Türkiye en düşük test ve en düşük medya özgürlüğü puanına sahip olmasına rağmen, düşük test puanı basın özgürlüğünün azlığından ziyade belki de vatandaşlarının üyeliği kazanma konusundaki düşük beklentilerinden kaynaklanan Avrupa Birliği hakkındaki bilgiye olan nispi ilgisizliğe atfedilebilir. Bunu kontrol etmek için, örnekten Türkiye hariç 2. sütundaki gerilemeyi yeniden göstermekteyim. “Medya özgürlüğü” konulu katsayı; pozitif, benzer büyüklükte ve önemli kalmaktadır. Düşük medya özgürlüğü ve test puanları ile örnekteki 3 ülke –Türkiye, Romanya ve Bulgaristan- hariç tutulursa “Medya Özgürlüğü” konulu katsayı pozitif kalmakta ve daha büyük gelişmektedir ve fakat önemsiz hale gelmektedir. Buraya kadar neredeyse gözlemlerimin dörtte birini hariç tuttuğum için, bu sonuç şaşırtıcı değildir.

“Eğitim kamu harcamaları” katsayısı negatiftir; fakat “Kişi başına düşen gayri safi milli hasıla” için olduğu gibi küçük ve önemsizdir. Yalnız “eğitim kamu harcamaları” ve “kişi başına düşen GSMH” değişkenleri test puanı ile olumlu bir şekilde ilişkili bulunmuştur. Bunlar medya özgürlüğünün “eğitim kamu harcamaları” ve “kişi başına düşen GSMH” değişkenleri ile birlikte “medya özgürlüğü” değişkenini kapsayan bir kısmının etkisini ortaya koyuyor görünse dahi sonraki iki değişkeni anlamsız kılmaktadır.

Bu sonuçlar medya özgürlüğü ve siyasal bilgi arasında önemli bir ilişkiyi işaret ederken, bunların yorumlanmaları konusunda dikkatli olunması gerekmektedir. Bunlar sadece bir tek kesite dayanmaktadır ve bireylerin test performansına katkıda bulunabilecek bir dizi önemli değişkeni içermeyebilmektedir ve enstrümantal değişkenler olmaksızın bunlarla nedenselliğin kurulabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte burada bulunan güçlü bir ilişki, medya özgürlüğünün vatandaşların siyasal bilgisini etkileyen önemli bir faktör olduğunu göstermektedir.

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Katılım

Medya özgürlüğü ve siyasal katılım arasındaki ilişkiyi araştırarak medya özgürlüğü ve vatandaşların siyasal bilgisini bağlayan kanal için ek destek aradım. Destek için buraya bakma sebebim: kaynakların oldukça büyük bir kısmının; vatandaşların siyasal bilgisinin daha az olduğu yerlerde kişilerin siyasal olarak daha az etkin olduklarını doğrulamasıdır. Kişiler daha bilgili olduklarında, siyasal alana daha fazla katılmaktadırlar (güncel bir örnek için bkz. Prat ve Stromberg, 2005 ve bu kaynakta atıf yapılan daha eski makaleler). Bu yapı sezgisel algılaya yol açmaktadır. Nerede siyasal bilgi düşük ise -örneğin medya özgürlüğünün yeterli olmaması nedeniyle- siyasal katılımın değeri de düşüktür. Yetersiz siyasal bilgi ile vatandaşlar, kendilerine (kendi kişisel çıkarlarına)⁹ hizmet eden siyasetçileri etkili bir şekilde izleyemez ve cezalandıramazlar. Böyle bir ortamda siyasal katılım az fayda ile yüksek maliyete yol açar. Sonuç düşük siyasal aktiflik olacaktır. Medya özgürlüğünün yetersizliği anlamlı bir şekilde siyasal bilgisizlik ile ilişkili olduğundan aynı zamanda politik ilgisizlik ile de ilişkili olmalıdır.

Bu şablonun tutup tutmadığını ortaya çıkarmak için, dört siyasal katılım ölçütüne baktım: dilekçe verme konusunda bireyin ifade edilmiş istekliliği, yasal gösterilere katılmak, resmi olmayan greve katılmak ve protesto olarak binaları işgal etmek (ya da bireyin bunları yaptığına dair ifade

⁹ Çevirenin notu.

olunan geçmişi). Bu veriler 1999 ve 2002 yılları arasında siyasal katılımın düzeyi hakkında 65 ülkeden, 18 ve üzeri yaşta yaklaşık 90,000 katılımcının sorgulanması neticesinde elde edilen Dünya Değerler Araştırması'ndan (2005) elde edilmiştir. 61 ülkeden 80,000'den fazla katılımcının yer aldığı bir örnekleme baz alarak medya özgürlüğü ile ilgili hiçbir önlem almayan ülkeleri eledim¹⁰.

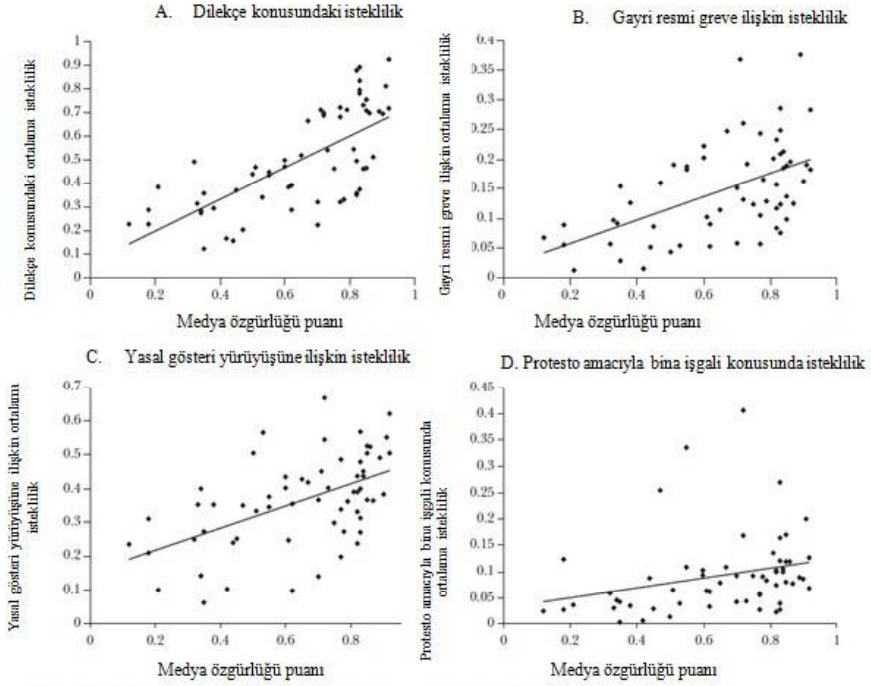
Şekil 2 a-d; bireylerin yukarıda belirtilen her bir siyasal faaliyet ile ilgili olan ortalama istekliliği kullanılmak suretiyle her bir ülkede medya özgürlüğü ile siyasal katılım arasındaki açık ilişkiyi göstermektedir. Siyasal katılım ile ilgili tüm ölçütler için medya özgürlüğü ile olan ilişki açıkça olumludur. Daha özgür bir medya; dilekçe vermek, yasal gösterilere katılmak, gayri resmi greve katılmak ve protesto olarak binaları işgal etmek konularında daha büyük isteklilik ile ilişkilidir¹¹.

¹⁰ Söz konusu ülkeler şunlardır: Arnavutluk, Cezayir, Arjantin, Avusturya, Bangladeş, Belçika, Bosna, Bulgaristan, Beyaz Rusya, Kanada, Şili, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Mısır, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, Hindistan, Endonezya, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Ürdün, Kore, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Meksika, Karadağ, Hollanda, Nijerya, Pakistan, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya, İsveç, Tanzanya, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Venezuela, Vietnam ve Zimbabve. Dünya Değerler Araştırması - Güney Afrika, Mısır ve Türkiye hariç sırasıyla 3.000, 3.000 ve 3.401 katılımcıya anket yapılmıştır - her ülkede yaklaşık 1.000 katılımcıya uygulanmıştır.

¹¹ Medya özgürlüğü hesap verilebilirliğin diğer boyutları bakımından da önemli görülebilir. Van Belle, Rioux ve Potter (2004) bağımsız medyanın kamu yararına hizmet amacıyla atanmış bürokratların zorlanması yönündeki etkisini incelemektedir. Dyck, Volchkova ve Zingales (2006) özgür bir medyanın medya kaynaklı bilginin doğruluğunu nasıl geliştirdiğini kurumsal yönetim çerçevesinde değerlendirmektedir.

Şekil 2

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Katılımın Çeşitli Türleri



Kaynak: Freedom House (2003) ve Dünya Değerler Araştırması (2005).

Ayrıca söz konusu boyutlardaki medya özgürlüğü ve siyasal katılım arasındaki ilişkiyi araştırmak için, çeşitli olağan en küçük kareler regresyonlarını göz önünde bulundurdum. Bağımlı değişkenim bireylerin yukarıda tanımlanan dört politik aktiviteden birine yönelik katılım istekliliğidir. Söz konusu değişken, sıfır ile bir arasında değişkenlik gösterecek şekilde yeniden ölçeklendirdiğim bir dizindir. Sıfır, bir katılımcının sorudaki siyasi faaliyeti “asla yapmayacağı” anlamına gelmektedir; 0.5, katılımcının faaliyeti “yapabileceği” anlamına gelmektedir; 1, katılımcının siyasi faaliyeti “yapıyor olduğu” anlamına gelmektedir. Bu değişkenler için geçerli olan veriler Dünya Değerler Araştırması’nın (2005) 1992-2002 dalgasında vardır.

Temel bağımsız değişkenim, tekrar Freedom House’un (2003) buradaki her ülke için 2002 yılındaki medya özgürlüğü puanıdır. Aynı zamanda Dünya Kalkınma Göstergeleri’nin (Dünya Bankası, 2004) 2000 yılında kişi başına düşen gayri safi milli hasıla verilerini kullanarak her ülkenin ortalama gelirini

kontrol ettim. Tekrar Dünya Değerler Araştırması'nın (2005) verilerini kullanarak bir kişinin gelirini, yaşını ve eğitimini kontrol ettim. Benzer şekilde 2000 yılında her bir ülkede ne ölçüde demokratik/ otoriter bir hükümetin olduğunu ölçen Polity IV (Polity IV Projesi, 2003) verilerini de dâhil ettim.

Tablo 2, siyasal katılıma ilişkin sonuçlar sunmaktadır. Medya özgürlüğü ve siyasi faaliyetlerin söz konusu ölçüleri arasında tutarlı bir şekilde büyük, pozitif ve çok önemli bir ilişki keşfettim. Yukarıda tartışılan faktörler kontrol edildikten sonra, söz konusu sonuçlar biraz daha küçük ve daha az belirgin hale gelmektedir. Yine de yüzde 10 ya da daha yüksek bir düzeyde belirgin kalanı hariç olmak üzere bunlar her durumda büyüklüklerini korumaktadır. Medya daha az özgür olduğunda, vatandaşlar politik olarak daha az aktiftirler.

Örneğin medya özgürlüğü ve vatandaşların dilekçe vermek konusundaki istekliliği arasındaki ilişkiyi göz önüne alalım. Vatandaşın dilekçe verme konusundaki isteğini etkileyebilecek bireysel düzeydeki özellikleri ve ülke düzeyindeki faktörleri kontrol ettikten sonra vatandaşların dilekçe verme konusundaki istekliliğinde (0.46-0.21)/0.46) yüzde 54 oranında bir düşüşün bulunduğu medyanın en özgür olduğu ülke ile medya özgürlüğünün en düşük seviyede bulunduğu iki ülkeyi karşılaştıralım. Diğer bir deyişle bu boyuttaki bir tabloda yer alan en özgür medya ile en düşük özgürlüğe sahip medya arasındaki fark siyasi faaliyetteki 0.61'lik bir standart sapma düşüşüyle bağlantılıdır. Siyasal katılımın diğer ölçüleri, medya özgürlüğündeki düşüş ile birlikte katılım bakımından da benzer bir düşüşe sebep olmaktadır.

Tablo 2

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Katılım

	Dilekçe verme		Yasal gösteri yürüyüşüne katılma		Gayri resmi greve katılma		Bina işgali	
Medya özgürlüğü	0.68*** (0.09)	0.31** (0.13)	0.37*** (0.07)	0.20* (0.11)	0.21*** (0.03)	0.12** (0.05)	0.12*** (0.03)	0.08 (0.05)
Gelir		0.01*** (0.003)		0.005 (0.003)		0.002 (0.002)		0.002 (0.002)
Kişi başına düşen GSMH		0.11*** (0.02)		0.03 (0.02)		0.02 (0.01)		0.02 (0.01)
Yaş		-0.002 (0.007)		-0.009 (0.007)		-0.03*** (0.004)		-0.03*** (0.006)
Eğitim		0.03*** (0.004)		0.03*** (0.003)		0.01*** (0.002)		0.005** (0.002)
Yönetim		0.001 (0.004)		0.004 (0.004)		0.002 (0.002)		0.001 (0.002)
R ²	0.13	0.24	0.05	0.10	0.03	0.06	0.01	0.03
Gözlemler	81,564	66,812	81,679	66,948	78,737	64,516	77,462	63,313

Notlar: Bağımlı değişkenler üst satırda gösterilmektedir: “Dilekçe vermek”, “yasal gösterilere katılmak”, “gayri resmi greve katılmak” ve “bina işgali”. “Yönetim”, puanı yükseldikçe açıklığın arttığına işaret eden demokrasi/ otokrasinin bir göstergesidir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş kuvvetli standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için çevrim içi Ek 2’ye bkz. <<http://www.e-jep.org>>.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo 2’deki diğer değişkenler umulan işaretleri taşımaktadır, yalnızca eğitim belirgin bir biçimde herkesi kapsamaktadır. Daha genç ve daha eğitilmiş vatandaşlar siyasi olarak daha aktiftirler. Yüksek gelir, kişi başına düşen gayri safi milli hasıla ve demokrasi (“Yönetim”) de çok belirgin olmasa da daha yüksek siyasi katılım ile ilişkilidir.

Tabi ki yukarıda tartışılan sonuçlar gibi bunlar da sadece öneri niteliği taşımaktadır. Medya üzerinde baskı kuran bir hükümet aynı zamanda siyasal özgürlüğün diğer görünüşleri üzerinde de baskı kurabilir. Demokrasi/otokrasi bakımından bir kontrol bu konunun irdelenmesine faydalı olabileceksin de burada basit yöntemin kullanılması nedenselliği kuramayacaktır. Ayrıca medya üzerinde baskı kuran bir hükümet, vatandaşların kendilerini ifade edebilmeleri için burada göz önünde bulundurulmamış olan alternatif yollar aramaları suretiyle “yerinden edilmiş siyasi faaliyet” oluşumuna da neden olabilir. Regresyonlarımız bu konuları irdelememektedir, bu yüzden sonuçlar yorumlanırken söz konusu sınırlamanın göz önünde bulundurulması önem taşımaktadır.

Medya Özgürlüğü ve Seçmen Katılımı

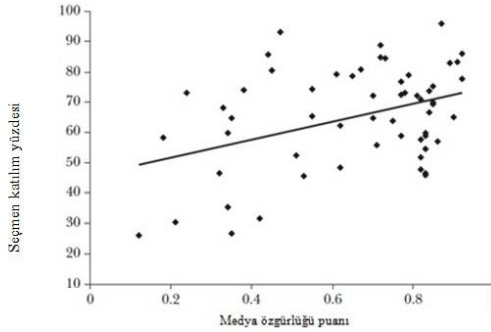
Oylama bir önceki bölümde tartışılan siyasi faaliyetin başka bir bileşeni olduğundan (tartışılabilir bir şekilde daha önemli olsa da); medya özgürlüğünün düşük olması azaltılmış siyasal bilgi ile ilişkili ise, medyanın daha az özgür olduğu durumda daha düşük seçmen katılımının gözlemleneceği de beklenmelidir. Siyasi açıdan bilgisiz bireyler önemli siyasi konular hakkında daha az bilgi sahibidirler, çok az bildikleri ya da hiçbir şey bilmedikleri konulara ilgi duymak veya söz konusu konularda aktif halde bulunmak onlara daha zor gelmektedir ve en başta oy kullanmak suretiyle değişime neden olabilmek ihtimali düşük olduğundan dolayı oy kullanma konusunda daha

düşük bir istekliliğe sahip olmaktadırlar. Bu nedenle medya özgürlüğü ve siyasal bilgi veya siyasal katılım arasındaki ilişki, medya özgürlüğü ve seçmen katılımı arasındaki ilişki ile paralel olmalıdır. Düşük medya özgürlüğü siyasi bilgisizlik ve düşük siyasal katılım ile anlamlı bir şekilde ilişkili ise, medyanın daha az özgür olduğu bir yerde daha düşük seçmen katılımı ile ya da tersi (daha özgür bir yerde daha yüksek seçmen katılımı)¹² ile karşılaşmamız da mümkündür.

Söz konusu modeli araştırmak için, Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü'nün¹³ ülkeler arasındaki seçmen katılımı ile ilgili verilerini kullandım. Verisine ulaşılabilen her ülkenin en güncel parlamento seçimlerinde (genellikle 2000) kullanılan oy sayısı olan seçmen katılımına ilişkin veri ölçütü, oy kullanma yaşındaki nüfusa bölünmüştür. Siyasal katılım üzerinde Dünya Değerler Araştırması tarafından incelenen ülkelere bakarak medya özgürlüğü ile ilgili verisi bulunmayan 59 ülke örneğini oluşturum¹⁴.

Şekil 3, medya özgürlüğü ile siyasal katılım arasındaki açık ilişkiyi ülkeler arası boyutuyla göstermektedir. Bu ilişki, gerek medya özgürlüğü ile siyasal bilgi gerekse medya özgürlüğü ile siyasal katılım arasındaki ilişki ile aynıdır. Ham verilere göre, daha özgür bir medya yüksek seçmen katılımı ile ilişkilidir.

Şekil 3
Medya Özgürlüğü ve Seçmen Katılımı



Kaynak: Freedom House (2003) ve International Institute for Democracy and Electoral Assistance (2005).

- ¹² Yazar orijinal metinde *vice versa* terimi ile parantez içerisindeki durumu anlatmak istemektedir (çevirenin notu).
- ¹³ “International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IIDEA)” şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).
- ¹⁴ Söz konusu ülkeler üçü hariç (Karadağ, Sırbistan ve Vietnam) dipnot 8’de listelenen ülkeler ile aynıdır ve ek olarak İran.

Söz konusu ilişkiyi daha yakından araştırmak için, yine en küçük kareler yöntemi regresyonlarını kullandım. Bağımlı değişkenim, her bir ülkedeki seçmen katılımıdır. Temel bağımsız değişkenim, Freedom House'un (2003) her ülke için 2002 yılındaki medya özgürlüğü puanı olmak üzere aynı kalmaktadır. Kontrol değişkenlerim her ülke için 2000 yılında kişi başına düşen gayri safi milli hasıla ve ortalama eğitim yıllarını içermektedir. Söz konusu veriler, sırasıyla, Dünya Kalkınma Göstergeleri (Dünya Bankası, 2004) ve Barro-Lee (2000)'nin "International Data on Educational Attainment: Updates and Implications," adlı veri setinde vardır. Son olarak, Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü'nün verileri ile gerçekleştirdiğim üzere; bir ülkenin zorunlu oy kullanımını öngören bir mevzuata sahip olup olmadığını kontrol etmek önemlidir. Zorunlu oy kullanımını öngören yasalar, ulusal seçimlerde vatandaşların oy kullanmasını gerekli kılmaktadır. Söz konusu yasalar ve bu yasaların icrası ülkeler arasında çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, bazı ülkelerde yalnızca vatandaşlar kayıtlı ise oy kullanmaları gereklidir; fakat kayıt zorunlu değildir ve oy kullanmamaya karşılık olarak yalnızca cüzi bir para cezası öngörülmektedir. Diğer uluslarda yasalar çok daha fazla ciddiye alınmaktadır. Örneğin Peru'da, seçmenler oy kullandıklarının ispatı amacıyla seçimleri takip eden iki ay boyunca bir kart taşımak zorundadırlar; aksi durumda kamu hizmetlerine erişim yasağına tabi tutulabilmektedirler.

Tablo 3, söz konusu regresyon sonuçlarını göstermektedir. Medya özgürlüğü ve seçmen katılımı arasındaki ilişki; medya özgürlüğü, siyasal bilgi ve katılım arasındaki ilişkiye dair bulgularım ile tutarlıdır. Hatta gelir, eğitim ve zorunlu oy kullanımını öngören yasalar kontrol edildikten sonra dahi bu (olgu)¹⁵ kapsamlı, pozitif ve çok önemlidir. Medyanın daha az özgür olduğu yerlerde, vatandaşlar daha az oy kullanmaktadırlar. Diğer faktörleri göz önüne aldıktan sonra, medyanın en özgür olduğu ülkeden en az özgür olduğu ülkeye doğru seçmen katılımında yaklaşık yüzde 77'den yüzde 38'e bir düşüş yaşandığı gözlenmektedir. Başka bir deyişle, örnek çerçevesinde, medyanın en özgür olduğu ülkeden en az özgür olduğu ülkeye doğru yaşanan düşüş, seçmen katılımında 2.41'lik bir standart sapma azalması ile ilişkilidir.

Burada, olumlu niteliğine rağmen önemsiz olan zorunlu oylama da dâhil kontrol değişkenleri katsayılarının hiçbiri önemli değildir. 3. Sütunda medya özgürlüğü ve seçmen katılımı arasındaki ilişkiyi zorunlu oy kullanımını benimsemiş olan ülkeler hariç olmak üzere yeniden değerlendirdiğimde, sonuç aslında değişmemiştir. Söz konusu bulgu, zorunlu oy kullanımını

¹⁵ Çevirenin notu.

öngören birçok yasanın zayıf ya da kötü bir şekilde uygulanmakta olduğunu göstermektedir. Eğitim katsayısı, zorunlu oy kullanımını benimseyen ve benimsemeyen ülkelerde negatiftir ancak önemsizdir. Bunun nedeni belirsiz olsa da daha eğitilmiş vatandaşların oy kullanmama bedelini karşılama konusunda daha elverişli bir konuma sahip olmaları nedeniyle daha az oy kullandıklarını söylemek mümkündür.

Medya Özgürlüğü ve Seçmen Katılımı

	1	2	3
Medya özgürlüğü	26.51** (11.00)	49.41*** (15.44)	37.09** (17.93)
Zorunlu oy		5.90 (5.08)	
Kişi başına düşen GSMH		-1.00 (2.23)	0.78 (2.48)
Eğitim		-1.56 (1.23)	-1.60 (1.23)
R ²	0.10	0.26	0.19
Gözlemler	59	52	40

Tablo 3

Notlar: Bağımlı değişkenim seçmen katılımıdır. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Sağlam/güçlü standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için çevrim içi Ek 2'ye bkz. <<http://www.e-jep.org>>.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Yine de bu basit ampirik stratejinin, nedenselliği kuramadığını ve sonuçlarını etkileyebilecek olan gözlemlenmemiş faktörlere açıklama getirmediğini akılda tutmak önemlidir. Buna rağmen, örneğimdaki en yüksek ve en düşük medya özgürlüğüne ve bunlara karşılık gelen seçmen katılım oranlarına yüzeysel olarak bakılması yukarıda öne sürülen yorumun ardındaki önseziyi desteklemektedir. Örnekte en az özgür medyanın olduğu üç ülkede, Zimbabve, Mısır ve İran, sırasıyla yüzde 26, yüzde 30.4 ve yüzde 73.1'lik

seçmen katılım oranları vardır. Buna karşılık örnekte en özgür medya ile üç ülkede İzlanda, İsveç ve Finlandiya sırasıyla yüzde 86.2, yüzde 77.7 ve yüzde 83.1'lik seçmen katılım oranları vardır. Bu örnekler, daha özgür bir medyanın vatandaşların oy kullanmaya teşvikinde gerçek bir fark yaratma gücüne sahip olabileceğini göstermektedir.

Sonuç

Bu makaledeki bulgular, medya özgürlüğünün düşüklüğünün, zayıf siyasal bilgi, düşük siyasal katılım ve düşük seçmen katılımı ile güçlü bir ilişkisi olduğunu göstermektedir. Aksi durum medya özgürlüğünün daha yüksek olduğu ülkeler için geçerlidir. Burada sonuçlar en anlaşılır ve yalın biçimleriyle sunulmaktadır. Bu sonuçlar örnekleme, ayrıntılı tanımlama ve medya özgürlüğü ile ilgili alternatif tedbirler için çok sağlıklı nitelik taşısa dahi, regresyon tablolarında gösterildiği üzere bu makaleye çevrimiçi bir ek (Ek 1) olarak <<http://www.e-jep.org>> adresinde mevcuttur.

Örneğin, siyasi bilgiyi göz önüne alan regresyonlar için, bireylerin Avrupa Birliği'nden, AB Parlamentosu'ndan haberdar olup olmadıklarını ve AB ile ilgili haberlere ne kadar dikkat ettiklerini de kontrol etmeye çalıştım. Ayrıca bireylerin ne kadar televizyon izlediklerine, gazete okuduklarına ve radyo dinlediklerine ilişkin kontrolleri de ekledim. Buna rağmen, medya özgürlüğünün daha fazla olmasının yüksek siyasal bilgi ile önemli ölçüde ilişki içerisinde bulunduğu olgusu varlığını korumaktadır ve bunun tersi de (medya özgürlüğünün düşük olmasının düşük siyasal bilgi ile ilişkili olması da)¹⁶ mümkündür.

Vatandaşların siyasal bilgisi ile ilgili alternatif ölçüleri de kullandım. Örneğin bağımlı değişkenler olarak katılımcıların Avrupa Birliği'nden veya AB Parlamentosu'ndan haberdar olup olmadıklarını kullanmaya çalıştım ve benzer bir model buldum. Vatandaşların medya tarafından sağlanan haberleri ne kadar tükettikleri de bir bağımlı değişken olarak bulgularımı desteklemektedir. Televizyon hariç, medya daha az özgür olduğunda ve dolayısıyla medya tarafından sağlanan bilgiler vatandaşlar için düşük değere sahip olduğunda, vatandaşlar bilgileri daha az tüketmektedir.

Siyasi katılım ve seçmen katılımına bakan regresyonlarda benzer duyarlılık analizi uyguladım. Örneğin vatandaşların siyaset içerikli haberleri

¹⁶ Çevirenin notu.

hangi ölçüde takip ettiklerini kontrol etmeye çalıştım. Ayrıca Dünyanın belirli bölgelerinde sonuçlarımın geçerliliğini kontrol ettim. Her iki durumda da yapı aynıdır. Medyanın daha özgür olduğu yerlerde, vatandaşlar daha çok siyasi katılımında bulunur ve daha fazla oy kullanır. Medya daha az özgür olduğunda, tersi geçerlidir.

Son olarak tüm regresyonlar için medya özgürlüğü ile ilgili çeşitli ölçüleri kullanmaya çalıştım. Özellikle Reporters Sans Frontieres'in (2002, 2003) medya özgürlüğü ile ilgili ölçüsü ile Shleifer ve Treisman'ın (2005) "gazeteciler üzerindeki baskı" ölçüsünü denedim. Her iki ölçü için de sonuçlarım benzer nitelik taşımaktadır.

Her zaman olduğu gibi, ek zaman aralığı ve ülkeler için veriye sahip olmak tercih edilecektir. Analizlerim tek bir ara kesite dayandığından, sonuçları tamamen nedensel olarak yorumlamak acelecilik olacaktır. Yine de, siyasal bilgi, katılım ve seçmen katılımı arasındaki bulguların tutarlılığı ve sağlamlığı bu sonuçların; katsayıların büyüklüklerinin gelecek araştırmada yeniden gözden geçirilecek olması olası olsa dahi, bize muhtemelen doğru kalacak bir hikâye anlatmakta olduğunu göstermektedir. Özellikle devletin medyayı kontrol ettiği durumlarda vatandaşlar siyasi olarak bilgisiz ve ilgisiz olma eğilimindedirler. Buna karşılık, siyasi olarak bilgisiz ve ilgisiz vatandaşlar, kendi çıkarlarını gözeten politikacıların faaliyetlerini etkin bir şekilde denetlemek veya cezalandırmak bağlamında siyasal açıdan yeteri kadar bilgili veya etkin değildir.

- *Tim Besley, Robin Burgess, Chriss Coyne, James Hines, Jesse Shapiro, Adrei Shleifer, Russell Sobel, Jeremy Stein, Bob Subrick, Timothy Taylor ile anonim okuyucuya gerekli görüş ve önerileri için teşekkür ederim. Ayrıca Simeon Djankov, Caralee McLiesh, Tatiana Nenova ve Andrei Shleifer'a kamuya ait televizyon ve gazetelerdeki bilgileri cömertçe tarafıma sağladıkları için teşekkür ederim. Araştırmalar yapılırken London School of Economics'te F.A. Hayek üyesiydim ve cömert desteği için STICERD Merkezi'ne de teşekkür etmek istiyorum. Bu makale esas olarak "Bilgisiz ve İlgisiz: Medya Özgürlüğü'nün Siyasal Bilgi ve Katılım Üzerindeki Etkileri"¹⁷ başlıklı bir önceki makalenin revize edilmiş versiyonudur.*

¹⁷ "Ignorant and Apathetic: The Effect of Media Freedom on Political Knowledge and Participation" şeklinde metinde geçmektedir (çevirenin notu).

Kaynakça

Ahrend, Rudiger. 2002. "Press Freedom, Human Capital and Corruption." DELTA [Ecole normale sup rieure] Working Paper 2002-11.

Althaus, Scott, and Todd Trautman. 2004. "The Impact of Television Market Size on Voter Turnout in American Elections." <http://www.spcomm.uiuc.edu/salthaus/althaus%20and%20trautman%20AAPOR04.pdf>.

Barro, Robert, and Jong-Wha Lee. 2000. "International Data on Educational Attainment: Updates and Implications." CID Working Paper 42. Center for International Development, Harvard University.

Besley, Timothy, and Robin Burgess. 2002. "The Political Economy of Government Responsiveness: Theory and Evidence from India." *Quarterly Journal of Economics*, 117(4): 1415–52.

Besley, Timothy, and Andrea Prat. 2006. "Handcuffs for the Grabbing Hand? Media Capture and Government Accountability." *American Economic Review*, 96(3): 720–36.

Brunetti, Aymo, and Beatrice Weder. 2003. "A Free Press is Bad News for Corruption." *Journal of Public Economics*, 87(7–8): 1801–24.

Candidate Countries Eurobarometer 2003.4. 2004. Published online at ICPSR as Study No. 4056.

Coyne, Christopher J., and Peter T. Leeson. 2004. "Read All About It! Understanding the Role of Media in Economic Development." *Kyklos*, 57(1): 21–44.

DellaVigna, Stefano, and Ethan Kaplan. 2006. "The Fox News Effect: Media Bias and Voting." National Bureau of Economic Research Working Paper 12169.

de Tocqueville, Alexis. [1835-1840] 1988. *Democracy in America*. New York: Harper Perennial.

Djankov, Simeon, Caralee McLiesh, Tatiana Nenova, and Andrei Shleifer. 2003. "Who Owns the Media?" *Journal of Law and Economics*, 46(October): 341– 82.

Dyck, Alexander, Natalya Volchkova, and Luigi Zingales. 2006. "The Corporate Governance Role of the Media: Evidence from Russia." National Bureau of Economic Research Working Paper 12525.

European and World Values Surveys Integrated Data File 1999–2002, Release I. 2005. Published online at ICPSR as Study No. 3975.

Freedom House. 2003. *Freedom of the Press 2003: A Global Survey of Media Independence*, ed. Karin Deutsch Karlekar. New York: Rowman and Littlefield.

Freedom House. 2004. *Freedom of the Press 2004: A Global Survey of Media Independence*, ed. Karin Deutsch Karlekar. New York: Rowman and Littlefield.

Gentzkow, Matthew. 2006. “Television and Voter Turnout.” *Quarterly Journal of Economics*, 121(3): 931–72.

Gentzkow, Matthew, and Jesse Shapiro. 2006. “Media Bias and Reputation.” *Journal of Political Economy*, 114(2): 280–316.

Leeson, Peter T., and Christopher J. Coyne. 2005. “Manipulating the Media.” *Institutions and Economic Development*, 1(2): 67–92.

Mueller, John. 1992. “Democracy and Ralph’s Pretty Good Grocery: Elections, Equality, and the Minimal Human Being.” *American Journal of Political Science*, 36(4): 983–1003.

Mullainathan, Senhil, and Andrei Shleifer. 2005. “The Market for News.” *American Economic Review*, 95(4): 1031–1053.

Polity IV Project. 2003. Polity IV Dataset: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800–2003, Center for International Development and Conflict Management, University of Maryland, College Park, Maryland. Published online.

Prat, Andrea, and David Stromberg. 2005. “Commercial Television and Voter Information.” CEPR Discussion Paper 4989, Centre for Economic Policy Research.

Reporters Sans Frontieres. 2002, 2003. “First and Second World Press Freedom Ranking.” Published online.

Sen, Amartya. 1984. *Poverty and Famines*. Oxford: Oxford University Press.

Sen, Amartya. 1999. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf Inc.

Shleifer, Andrei, and Daniel Treisman. 2005. "A Normal Country: Russia after Communism." *Journal of Economic Perspectives*, 19(1): 151–74.

Snyder, James, and David Stromberg. 2004. "Media Markets' Impact on Politics." http://americandemocracy.nd.edu/speaker_series/files/SnyderPaper.pdf.

Stromberg, David. 2004. "Radio's Impact on Public Spending." *Quarterly Journal of Economics*, 119(1): 189–221.

Sutter, Daniel. 2004. "News Media Incentives, Coverage of Government and the Growth of Government." *Independent Review*, 8(4): 549–67.

Tocqueville, Alexis de. See de Tocqueville, Alex.

Van Belle, Douglas, Jean-Sebastien Rioux, and David Potter. 2004. *Media, Bureaucracies, and Foreign Aid: A Comparative Analysis of the United States, United Kingdom, Canada, France and Japan*. New York: Palgrave/St. Martin.

World Bank. 2004. *World Development Indicators*, CD ROM.

EK 1

Duyarlılık Analizi

Bu ek, Tablo 1-3 aralığındaki regresyonlar için duyarlılık analizlerini gerçekleştirmektedir. 1) Katılımcının şimdiye kadar AB’nden haberdar olup olmadığı, 2) katılımcının şimdiye kadar Avrupa Parlamentosu’ndan haberdar olup olmadığı, 3) katılımcının televizyon, radyo ve günlük gazete haberlerini ne kadar tükettiği ve 4) katılımcının AB ile ilgili haberlere ne kadar dikkat ettiği konuları için ek denetimler eklenerek Tablo A1.1 medya özgürlüğü ve siyasal bilgi arasındaki ilişkiyi göz önüne almaktadır.

Tablo A1.2 bağımlı değişkenler olarak bireyin şimdiye kadar AB’den haberdar olup olmadığını ya da bireyin şimdiye kadar Avrupa Parlamentosu’ndan haberdar olup olmadığını kullanmaktadır.

Tablo A 1.3, medya özgürlüğü ile ilgili Freedom House ve Reporters Sans Frontieres’in ölçülerini kullanarak; medya özgürlüğü ile televizyon, radyo ve günlük gazeteden sağlanan medya kaynaklı haberlerin tüketim miktarı arasındaki ilişkiyi inceledim.

Tablo A 1.4 siyasal katılım ile ilgili regresyonlar için duyarlılık analizleri gerçekleştirmektedir. Kişinin takip ettiğini bildirdiği siyaset içerikli haberlerin kapsamını ölçen bir değişken içermektedir.

Tablo A 1.5, Kuzey Amerika, Güney Amerika, Avrupa, Afrika ve Asya bölgesel kukla değişkenlerini kullanarak siyasal katılım ve seçmen katılımı ile ilgili sonuçlarının belirli bir bölge tarafından tahrik edilip edilmediğini görmek için kontrol ettim.

Tablo A 1.6 medya özgürlüğü ile ilgili alternatif ölçüleri kullanarak Tablo 1-3’teki ana regresyonu yeniden ortaya koymaktadır. Reporters Sans Frontieres ölçüsü ile Shleifer ve Treisman (2005) tarafından oluşturulan gazeteciler üzerindeki baskı ölçüsünü kullandım. Reporters Sans Frontieres’in medya özgürlüğü, “gazeteciler üzerindeki baskı” ölçüleri Freedom House’un aksine bir ulustaki medyanın ne kadar özgür olmadığını ölçmektedir. Böylelikle, bu regresyonlardaki ilgi katsayısı üzerinde yer alan eksi işareti medya özgürlüğü ile ilgili diğer iki ölçüyü kullanarak elde ettiğim bulgularıyla örtüşebilecektir.

Tablo A1.1

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Bilgi Arasındaki İlişki için Duyarlılık Analizi

	1	2
Medya özgürlüğü (FH)	4.39*** (0.61)	
Medya özgürlüğü (RSF)		3.39** (0.57)
TV haberlerimin tüketimi	0.26* (0.14)	0.30* (0.14)
Günlük gazete tüketimi	0.51*** (0.11)	0.53*** (0.12)
Radyo haberlerimin tüketimi	0.16*** (0.04)	0.17*** (0.05)
AB haberlerine olan ilgi	0.58*** (0.05)	0.57*** (0.04)
AB'den haberdar olma	0.62** (0.23)	0.71** (0.23)
Avrupa parlamentosundan haberdar olma	1.30*** (0.09)	1.32*** (0.09)
Gelir	0.08*** (0.01)	0.08*** (0.01)
Kişi başına düşen GSMG	-0.24 (0.34)	-0.19 (0.43)
Yaş	-0.11*** (0.03)	-0.13*** (0.03)
Eğitim	0.03*** (0.01)	0.03*** (0.01)
Yönetim	0.12** (0.05)	0.10 (0.06)
Eğitim kamu harcamaları	-0.02 (0.11)	0.30** (0.13)
R ²	0.29	0.29
Gözlemler	8,014	8,014

Notlar: Bağımlı değişken siyasal test puanıdır. “FH” Freedom House; “RSF” Reporters Sans Frontieres’tir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş

sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2'ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo A1.2

“AB’den Haberdar Olmak” veya “AB Parlamentosu’nu Duyma” Bağımlı Değişkeni ile Medya Özgürlüğü ve Siyasal Bilgi Arasındaki İlişki

	<i>AB’den haberdar olmak</i>		<i>Avrupa Parlamentosu’nu duyma</i>	
Medya özgürlüğü (FH)	0.04**		0.46***	
	(0.02)		(0.09)	
Medya özgürlüğü (RSF)		-0.003		0.20***
		(0.02)		(0.07)
Gelir	0.002**	0.001**	0.02***	0.02***
	(0.001)	(0.001)	(0.002)	(0.003)
Kişi başına düşen GSMG	0.007	-0.001	0.11**	0.10
	(0.006)	(0.008)	(0.05)	(0.06)
Yaş	-0.002**	-0.002**	-0.01**	-0.01**
	(0.001)	(0.001)	(0.01)	(0.01)
Eğitim	0.001**	0.001***	0.01***	0.01**
	(0.000)	(0.000)	(0.001)	(0.006)
Yönetim	0.001	0.002	-0.004	-0.004
	(0.001)	(0.001)	(0.007)	(0.007)
Eğitim kamu harcamaları	-0.003*	0.003	-0.04***	-0.001
	(0.001)	(0.003)	(0.01)	(0.01)
Gözlemler	8,380	8,380	8,239	8,239
R ²	0.01	0.01	0.06	0.05

Notlar: “FH” Freedom House; “RSF” Reporters Sans Frontieres’tir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2’ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo A1.3

Medya Özgürlüğünün Medya Kaynaklı Haberlerin Tüketimi Üzerindeki Etkisi

	TV haberlerinin tüketimi		Günlük gazete haberlerinin tüketimi		Radyo haberlerinin tüketimi	
Medya özgürlüğü (FH)	-0.08 (0.09)		0.65** (0.25)		0.98*** (0.14)	
Medya özgürlüğü (RSF)		-0.24*** (0.04)		0.43* (0.23)		0.83*** (0.08)
Gelir	0.01** (0.003)	0.009** (0.003)	0.03*** (0.004)	0.03*** (0.004)	0.007*** (0.002)	0.008*** (0.002)
Kişi başına düşen GSMG	-0.13*** (0.03)	-0.16*** (0.02)	0.05 (0.10)	0.04 (0.09)	-0.06 (0.06)	-0.04 (0.06)
Yaş	0.05*** (0.01)	0.05*** (0.01)	0.02*** (0.01)	0.02*** (0.01)	0.05*** (0.01)	0.04*** (0.01)
Eğitim	0.002** (0.001)	0.003** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.003* (0.001)	0.002 (0.001)
Yönetim	-0.004 (0.005)	0.001 (0.003)	-0.02* (0.01)	-0.02* (0.01)	-0.01* (0.01)	-0.02** (0.01)
Eğitim kamu harcamaları	0.04*** (0.01)	0.05*** (0.01)	-0.02 (0.04)	0.03 (0.03)	-0.001 (0.02)	0.07*** (0.01)
Gözlemler	8,409	8,409	8,405	8,405	8,406	8,406
R ²	0.06	0.06	0.11	0.10	0.11	0.11

Notlar: Bağımlı değişkenler; televizyon haberlerinin tüketimi, radyo haberlerinin tüketimi ve günlük gazete haberlerinin tüketimidir. “FH” Freedom House; “RSF” Reporters Sans Frontieres’tir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2’ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo A1.4

Medya Özgürlüğü ve Siyasal Katılım Arasındaki İlişki İçin Duyarlılık Analizi

	<i>Medya özgürlüğü (FH)</i>	<i>Medya özgürlüğü (RSF)</i>
Dilekçe vermek	0.33** (0.14)	0.41*** (0.11)
Yasal gösteri yürüyüşüne katılım	0.19* (0.10)	0.26** (0.10)
Gayri resmi greve katılım	0.12** (0.06)	0.15*** (0.06)
Bina işgali	0.09* (0.05)	0.14* (0.07)

Notlar: Bağımlı değişkenler sol sütunda gösterilmektedir. “FH” Freedom House; “RSF” Reporters Sans Frontieres’tir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Dâhil olan ancak gösterilmeyen değişkenler: “Siyaset içerikli haberleri takip”, gelir, kişi başına düşen GSMH, yaş, eğitim ve “Yönetim” değişkenleri. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2’ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo A1.5

Bölgesel Kukla Değişkenleri ile Medya Özgürlüğü ve Siyasal Katılım/Seçmen Katılımı Arasındaki İlişki

	<i>Medya özgürlüğü (FH)</i>	<i>Medya özgürlüğü (RSF)</i>
Dilekçe vermek	0.23* (0.12)	0.19 (0.15)
Yasal gösteri yürüyüşüne katılım	0.12 (0.13)	0.06 (0.16)
Gayri resmi greve katılım	0.12** (0.06)	0.20** (0.09)
Bina işgali	0.05 (0.06)	0.16 (0.11)
Seçmen katılımı	44.05*** (16.22)	53.48* (30.14)

Notlar: Bağımlı değişkenler sol sütunda gösterilmektedir. “FH” Freedom House; “RSF” Reporters Sans Frontieres’tir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Dâhil edilen ancak gösterilmeyen değişkenler: “Dilekçe vermek”, “yasal gösterilere katılmak”, “gayri resmi greve katılmak” ve “bina işgali” için: gelir, kişi başına düşen GSMH, yaş, eğitim, “Yönetim”, Avrupa Kıtası kukla değişkeni, Afrika Kıtası kukla değişkeni, Kuzey Amerika Kıtası kukla değişkeni, Güney Amerika kıtası kukla değişkeni ve Asya kukla değişkeni. Seçmen katılımı için: kişi başına düşen GSMH, eğitim, zorunlu oy, Avrupa Kıtası kukla değişkeni, Afrika Kıtası kukla değişkeni, Kuzey Amerika Kıtası kukla değişkeni, Güney Amerika kıtası kukla değişkeni ve Asya kukla değişkenidir. Bir ülke bu bölgedeyse tüm kukla değişkenler bire aksi durumda sıfıra eşittir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2’ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

Tablo A1.6

Medya Özgürlüğünün Alternatif Ölçülerini Kullanmak Suretiyle Duyarlılık Analizi

	<i>Reporters Sans Frontieres’in medya özgürlüğü ölçüsü</i>	<i>Gazeteciler üzerindeki baskı</i>
Test puanı	3.52*** (0.71)	-0.73*** (0.10)
Dilekçe vermek	0.31** (0.12)	0.01 (0.02)
Yasal gösteri yürüyüşüne katılım	0.19 (0.12)	-0.04*** (0.01)
Gayri resmi greve katılım	0.14** (0.06)	-0.01 (0.01)
Bina işgali	0.19** (0.09)	-0.001 (0.001)
Seçmen katılımı	48.82* (24.95)	-1.40 (4.23)

Notlar: Reporters Sans Frontieres'in (2002, 2003) medya özgürlüğü ölçüsü ile Shleifer ve Treisman'ın (2005) "gazeteciler üzerindeki baskı" ölçüsünü kullandım. (Referans için ana metne bakınız.) Bağımlı değişkenler sol sütunda gösterilmektedir. Regresyonlar sıradan en küçük karelerdir (kesişimler bildirilmemiştir). Ülkeye göre kümelenmiş sağlam standart hatalar parantez içinde gösterilmiştir. Dâhil edilen ancak gösterilmeyen değişkenler: "Gazeteciler üzerindeki baskı" kullanılarak "test puanı" için: gelir, kişi başına düşen GSMH, yaş ve eğitim değişkenleri. "Reporters Sans Frontieres'in medya özgürlüğü ile ilgili ölçüsü" kullanılarak "test puanı" için: gelir, kişi başına düşen GSMH, yaş ve eğitim, "Yönetim" ve eğitim ile ilgili kamu harcamaları. "Dilekçe vermek", "yasal gösterilere katılmak", "gayri resmi greve katılmak" ve "bina işgali" için: gelir, kişi başına düşen GSMH, yaş, eğitim ve "Yönetim". Seçmen katılımı için: kişi başına düşen GSMH, eğitim yılları ve zorunlu oylama değişkenleridir. Değişkenin ayrıntılı açıklamaları için Ek 2'ye bakınız.

***, ** ve * sırasıyla yüzde 1, 5 ve 10 seviyelerinde önemi göstermektedir.

EK 2

Değişkenlerin Açıklamaları

Tablo A2

Değişkenlerin Açıklamaları

<i>Değişken</i>	<i>Açıklama</i>
Yaş Siyasal bilgi için: Siyasal katılım için:	<p>Katılımcı yaş grubu 1-4'e kadar ölçeklendirilmiştir: 1= 15-24 yaş, 2= 25-39 yaş, 3= 40-54 yaş, 4= 55+ yaş, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p> <p>Katılımcı yaş grubu 1-3'e kadar ölçeklendirilmiştir: 1= 15-29 yaş, 2= 30-49 yaş, 3= 50+ yaş, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>
Yasal gösterilere katılmak	<p>Yasal gösterilere katılmak için katılımcının istekliliğinin dizini 0'dan 1'e yeniden ölçeklendirilmiştir. 0="asla yapmayacağı", 0.5="yapabileceği" ve 1="yapmış olduğu", 1992-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>

AB haberlerine ilgi	<p>Katılımcının AB ile ilgili haberlere kendisi tarafından bildirilen dikkat derecesi. 0'dan 3'e ölçeklendirilmiştir. 1="hiç dikkat etmeyen", 2="biraz dikkatli" ve 3="çok dikkatli", 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p>
Yönetim	<p>Demokrasi/otokrasi dizini, 2000 (veya en yakın uygun yıl). -10'dan +10'a ölçeği, siyasi kurumların kapalılık derecesinin (otokrasi puanı) siyasi kurumların açıklık derecesinden (demokrasi puanı) çıkarılmasıyla oluşturulmuştur. Yüksek puanlar daha fazla açıklığın göstergesidir. Kaynak: Polity IV Projesi (2003).</p>
Zorunlu oylama	<p>Bir ülke en son parlamento seçimlerinde vatandaşların zorunlu oy kullanmasını öngören bir yasaya sahip olmuş ve bu yasayı uygulamış ise ikili değişken 1'e aksi takdirde ise 0'a eşittir. Kaynak: Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü (2005).</p>

<p>Günlük gazete haberlerinin tüketimi</p>	<p>Katılımcının günlük gazetelerdeki haberleri okuma sıklığı 0'dan 1'e, 1="her gün", 0.75="haftada birçok kez", 0.5="haftada bir veya iki kez" ve 0="daha az" olmak üzere ölçeklendirilmiştir, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p>
<p>Eğitim</p> <p>Siyasal bilgi için:</p> <p>Siyasal katılım için:</p> <p>Seçmen katılımı için:</p>	<p>Katılımcının tam zamanlı eğitimi bıraktığı yaş, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p> <p>1'den 8'e kadar, daha yüksek puan daha yüksek kazanıma karşılık gelmek üzere eğitim kazanımı ölçeği, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p> <p>Estonya, Litvanya ve Letonya hariç olmak üzere; 2000 yılında 15 yaş ve üzeri vatandaşların ilkokuldan lise sonrası öğretime devam etme ortalaması, 1990 için. Kaynak: Barro ve Lee (2000).</p>

Siyaset içerikli haberleri takip etmek	Katılımcının televizyon, radyo ya da gazetelerdeki siyaset içerikli haberleri takip etme sıklığı 0'dan 1'e, 1="her gün", 0.75="haftada birçok kez", 0.5="haftada bir veya iki kez" ve 0="daha az" olmak üzere ölçeklendirilmiştir, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).
Kişi başına düşen GSMH	On binlerce dolarda kişi başına düşen GSMH, 2000. Kaynak: Dünya Kalkınma Göstergeleri (Dünya Bankası, 2004).
AB'den haberdar olmak	Katılımcı AB'den haberdar ise ikili değişken 1'e eşittir, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).
Avrupa Parlamentosu'ndan haberdar olmak	Katılımcı Avrupa Parlamentosu'ndan haberdar ise ikili değişken 1'e eşittir, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).

Gelir Siyasal bilgi için: Siyasal katılım için:	<p>1 en düşük ve 10 en yüksek gelir ondalığı olmak üzere katılımcının bizzat beyan ettiği gelir ondalığı, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p> <p>Sadece 1999-2002 için yukarıdakinin aynısıdır. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>
Gayri resmi greve katılmak	<p>Katılımcının gayri resmi greve katılma konusundaki isteklilik indeksi 0'dan 1'e, 0="asla yapmayacağı", 0.5="yapabileceği" ve 1="yapmış olduğu" şeklinde ölçeklendirilmiştir, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>
Gazeteciler üzerindeki baskı	<p>Uluslararası Basın Enstitüsü'ne göre 1999-2000 yılları arasında hükümetin sansürü, "Hukuk yoluyla baskı" ve gazetecilerin hapsedilmesi konusundaki toplam dava sayısı, UNESCO tarafından rapor edilen toplam günlük gazete sayısına bölünerek 1'den 2'ye kadar yeniden ölçeklendirilmiştir. Kaynak: Shleifer ve Treisman (2005).</p>

<p>Medya özgürlüğü (FH)</p> <p>Siyasal bilgi için:</p> <p>Siyasal katılım ve seçmen katılımı için:</p>	<p>Freedom House medya özgürlüğü indeksi, 2003. Genel bir puan belirleyebilmek için, her ülke yasal çevre, siyasal etki ve ekonomik baskı şeklinde, hükümetin medya üzerindeki potansiyel üç etki alanına göre derecelendirilmiştir. Puan, daha yüksek puan daha çok özgürlük anlamına gelecek şekilde 0'dan 1'e yeniden ölçeklendirilmiştir. Kaynak: Freedom House (2004).</p> <p>Sadece 2002 için yukarıdakinin aynısıdır. Kaynak: Freedom House (2003).</p>
--	--

<p>Medya özgürlüğü (RSF)</p> <p>Siyasal bilgi için:</p> <p>Siyasal katılım ve seçmen katılımı için:</p>	<p>Reporters Sans Frontieres medya özgürlüğü indeksi, 2003. Puanlar gazetecilere, araştırmacılara ve hukuk uzmanlarına; basın özgürlüğü ihlalleri, cinayetler ya da gazetecilerin tutuklanması, sansür, baskı, çeşitli alanlarda devlet tekelleri, basın kanunu suçlarına ilişkin cezalandırılma ve medyanın işleyişini denetleme gibi, genel puanı belirlemek için, bir dizi 50 adet soru sorarak oluşmuştur. Puan, daha yüksek puan daha çok özgürlük anlamına gelecek şekilde 0'dan 1'e yeniden ölçeklendirilmiştir. Kaynak: Reporters Sans Frontieres (2003).</p> <p>2002 için yukarıdakinin aynısı geçerlidir. Kaynak: Reporters Sans Frontieres (2002).</p>
<p>Bina işgali</p>	<p>Katılımcının protesto olarak binaları veya fabrikaları işgal etmek konusundaki isteklilik indeksi 0'dan 1'e, 0="asla yapmayacağı", 0.5="yapabileceği" ve 1="yapmış olduğu" şeklinde yeniden ölçeklendirilmiştir, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>

Eğitim ile ilgili kamu harcamaları	<p>Birincil, ikincil ve üçüncül düzeyde, özel eğitim sübvansiyonları dâhil olmak üzere, GSYİH'nın bir yüzdesi olarak eğitime yapılan hükümet harcamaları, 2003. Kaynak: Dünya Kalkınma Göstergeleri (Dünya Bankası, 2004).</p>
Test puanı	<p>AB ile ilgili temel siyasi gerçekler hakkındaki doğru-yanlış şeklindeki sorulara verilen doğru cevapların sayısı (dokuz üzerinden), 2003. Test 15 yaş üstü vatandaşlara uygulanmıştır. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p>
Radyo haberlerinin tüketimi	<p>Katılımcının radyo haberlerini dinleme sıklığı 0'dan 1'e, 1="her gün", 0.75="haftada birçok kez", 0.5="haftada bir veya iki kez" ve 0="daha az" olmak üzere yeniden ölçeklendirilmiştir, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p>
Dilekçe vermek	<p>Katılımcının dilekçe verme konusundaki isteklilik indeksi 0'dan 1'e, 0="asla yapmayacağı", 0.5="yapabileceği" ve 1="yapmış olduğu" şeklinde yeniden ölçeklendirilmiştir, 1999-2002. Kaynak: Dünya Değerler Araştırması (2005).</p>

<p>Televizyon haberlerinin tüketimi</p>	<p>Katılımcının televizyon haberlerini izleme sıklığı 0'dan 1'e, 1="her gün", 0.75="haftada birçok kez", 0.5="haftada bir veya iki kez" ve 0="daha az" olmak üzere yeniden ölçeklendirilmiştir, 2003. Kaynak: Eurobarometre (2004).</p>
<p>Seçmen katılımı</p>	<p>En son parlamento seçimlerinde (genellikle 2000) kullanılan toplam oy sayısı, oy kullanma yaşına gelmiş nüfusa bölünmüştür. Kaynak: Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü (2005).</p>