

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt. XV, Ocak-2011, Sayı 1  
Vol. XV, January-2011, No. 1**

---



**ANKARA  
Mart-2011**

## GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**

**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Editörler: Editors :**

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

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

**Yayın Sekreteri : Secretary of Publication**

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi  
81. Sok. No: 9 Emek/ANKARA Tel : +90 312 216 23 09

**Basım Tarihi :** Mart 2011

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](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

**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	Selçuk 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, U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “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 hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler 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. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının 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 çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar 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, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

### **Örnek**

#### **Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Baskı. Basıldığı Yer: Yıl. Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007. İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü: Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü: AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

#### **Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

**Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.**

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.

**Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:** Örn. AYHAN, s. 31.

#### **İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

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](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim 13 Haziran 2010).

**Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:** AYHAN, s. 31.

**İletişim Adresi:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANK.

**Tel:** (312) 216 21 51

**Faks:** (312) 215 01 69

**http:** www.hukuk.gazi.edu.tr

**e-posta:** hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

**Gazi Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Cilt XV Ocak 2011 Sayı 1**  
**İÇİNDEKİLER**  
**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi <b>Nusret ÇETİN</b> .....	1-24
Aracı Kurumlarda Merkez Dışı Örgüt Olarak Acentelik <b>Ülgen Aslan DÜZGÜN</b> .....	25-60
Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı <b>Banu ŞİT</b> .....	61-74
Adli Yargıda Açılan Davanın Aracı Kurumla Yatırımcı Arasındaki Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Etkisi <b>Enver USCA / H. Ebru TÖREMİŞ</b> .....	75-98

**KAMU HUKUKU**

Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu <b>A. Füsun ARSAVA</b> .....	101-124
Somali Sahilleri ve Açıklarında İşlenen Deniz Haydutluğu Fiillerine Karşı Yürütülen Mücadelenin Hukuki Dayanakları ve Türkiye'nin Durumu <b>Uğur BAYILLIOĞLU</b> .....	125-162
Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri <b>İsmail KÖKÜSARI</b> .....	163-208

---

\* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

**Gazi University**  
**Faculty of Law Review**  
**Volume XV January 2011 Number 1**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

The Theoretical Analysis Of Investor Protection Principle In Capital Market Law <b>Nusret ÇETİN</b> .....	1-24
Agencies Of Intermediaries <b>Ülgen Aslan DÜZGÜN</b> .....	25-60
Finality Requirement In Recognition And Enforcement Of Foreign Court Decisions <b>Banu ŞİT</b> .....	61-74
The Effects Of Lawsuits To The Dispute Resolution Procedure Between Intermediary Institutions And Investors <b>Enver USCA / H. Ebru TÖREMİŞ</b> .....	75-98

**PUBLIC LAW**

Sovereignty - Responsibility to Protect <b>A. Füsun ARSAVA</b> .....	101-124
The Legal Basis Of Struggling Against Piratical Acts Committed In And Off Somali Coast And Turkey's Position <b>Uğur BAYILLIOĞLU</b> .....	125-162
Right To Legal Remedies And The 2010 Constitutional Amendment <b>İsmail KÖKÜSARI</b> .....	163-208

---

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



**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

# SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA YATIRIMCININ KORUNMASI İLKESİNİN TEORİK ANALİZİ

Nusret ÇETİN\*

## ÖZET

*Yatırımcının korunması sermaye piyasası hukukunun en önemli amaçlarından biridir. Bu amaca ulaşabilmek için yeterli ve etkin bir koruma sisteminin kurulması gerekmektedir. Yatırımcılar, sermaye piyasalarındaki faaliyetleri çerçevesinde, işlevsel açıdan üç farklı role sahiptirler. Öncelikle, yatırımcılar, bir ihraççının menkul kıymetlerine yatırım yaptıklarında katılımcı sıfatını haizdirler. İkinci olarak, yatırımcılar, ikincil piyasalarda menkul kıymetlerin alım satımını yaparken piyasa oyuncusu olarak hareket etmektedirler. Nihayet, yatırımcılar finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken, bu kuruluşların müşterisi konumundadırlar. Sonuç olarak, yatırımcılar her bir role ilişkin olarak değişik piyasa hatalarına ve eksikliklerine maruz kalmaktadırlar. Sermaye piyasası hukuku tarafından söz konusu hataların ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla yeterli koruma mekanizmalarının ve kurallarının geliştirilmesi gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Sermaye piyasaları, yatırımcı, yatırımcının korunması, tüketici, kamuyu aydınlatma.

## THE THEORETICAL ANALYSIS OF INVESTOR PROTECTION PRINCIPLE IN CAPITAL MARKET LAW

### ABSTRACT

*Investor protection is one of the most important objectives of the securities regulation. An adequate and effective system of protection should be established in order to satisfy this objective. From the functional point of view, investors play three different roles regarding their activities in the capital markets. First, investors become participant by investing in the securities of an issuer. Second, they act as a market player while purchasing and selling securities in the secondary markets. Finally, investors are customers of the financial intermediaries while consuming the*

---

\* Dr., Başuzman Hukukçu, Sermaye Piyasası Kurulu. Bu makalede yer alan görüşler yazarın kişisel görüşleri olup, hiçbir şekilde mensup olduğu kurumu bağlamaz. Makalenin hazırlanmasında değerli görüşlerini ve katkılarını esirgemeyen Prof. Dr. İsmail KIRCA'ya, Kerem ÖZŞAHİN'e ve Selen DERİN'e teşekkürü bir borç bilirim. Eksiklikler ve hatalar yazara aittir.

*services provided by them. As a result, investors are exposed to different market failures and deficiencies with respect to each role. Sufficient protective mechanisms and rules should be developed by the securities regulation in order to address these failures and deficiencies.*

**Key Words:** *Capital markets, investor, investor protection, consumer, disclosure.*

## **I.GİRİŞ**

Sermaye piyasası hukukunun temel yapı taşlarından biri olan yatırımcının korunması ilkesi, teorik yönü ve pratik sonuçları itibariyle ulusal ve uluslararası düzeyde, öğretilerde ve uygulamada yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Esasında, sermaye piyasalarının tarihsel gelişimine bakıldığında, yatırımcıların çok sayıda finansal krizle yüzleştiğini, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının olumsuz işlem ve eylemlerine maruz kaldıklarını görmek mümkündür. Bu tür olaylar, bir yandan yatırımcıların büyük zararlara uğramasına, diğer yandan sermaye piyasalarına duyulan güvenin azalmasına neden olmuştur.

Aslında bu tür krizlerin ve olumsuzlukların yaşanmış olması nedeniyle, yatırımcı hak ve yararlarının korunması ile piyasaya duyulan güvenin yeniden inşası amacıyla yasa koyucular tarafından düzenlemeler yapılmış, bu suretle sermaye piyasası hukuku ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu yönüyle sermaye piyasası hukukunun, piyasada yaşanan olumsuz gelişmelere tepki niteliğinde bir kurallar bütünü olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır. Tüm bu gelişmelerin, yatırımcının korunması kavramına etkisi ise “caveat emptor” prensibi olarak adlandırılan ve yatırımcının yapmış olduğu işlemlerin farkında olması ve kendi menfaatlerini koruması gerektiğini kabul eden yaklaşımın, yerini yatırımcının korunması ilkesine bırakması şeklinde özetlenebilecektir.

Yatırımcının korunması ilkesi çerçevesinde sermaye piyasası yatırımcılarına yeterli ve etkin bir koruma sistemi sağlayabilmek için değişik kurallar ve mekanizmalar geliştirilmiştir. Ancak, bu kuralların ve mekanizmaların tamamlanmış bir reformun parçaları olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Zira sermaye piyasalarında süreklilik arz eden değişim, yeni ve karmaşık finansal ürünler ve işlemler üretmekte, bu durum aynı zamanda

yatırımcılar, ihraççılar ve finansal kuruluşlar arasında yeni çıkar çatışmalarının ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple, piyasalarda ortaya çıkan gelişmelerin ve yeniliklerin takip edilerek, yatırımcıları koruyucu yeni kuralların süregelen bir şekilde geliştirilmesi zorunlu hale gelmektedir.

Bu makalenin temel amacı, sermaye piyasası hukukunun amaçlarından biri olan yatırımcının korunması ilkesinin teorik çerçevesini araştırmak ve tartışmaktır. Bu bağlamda, öncelikle sermaye piyasalarını düzenleme amaçları ve bu amaçların içinde yatırımcının korunması ilkesinin yeri ele alınacaktır. Sonrasında, yatırımcının piyasalarda işlem yaparken oynadığı roller ve maruz kaldığı riskler dikkate alınmak suretiyle, yatırımcı kavramının işlevsel sınıflandırması yapılacaktır. Ancak, yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, bu makalede yatırımcı kavramı ile kastedilen, sermaye piyasalarında yatırım yapan küçük, bireysel yatırımcılardır.<sup>1</sup> Çalışma kapsamında son olarak, yatırımcının işlevsel sınıflandırılmasına karşılık gelmek üzere geliştirilen koruma mekanizmaları ve bunların sınıflandırılması üzerinde durulacaktır.

## **II. SERMAYE PİYASASININ DÜZENLENMESİNİN AMACI OLARAK YATIRIMCININ KORUNMASI**

Sermaye piyasaları büyümenin ve iktisadi kalkınmanın temel bileşenlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan, sermaye piyasaları ihraççılar ve yatırımcılar için çok sayıda ve çeşitli yatırım olanakları

<sup>1</sup> Bu makale kapsamında yatırımcı kavramının küçük ve bireysel yatırımcılara hasredilmesi çalışmanın kapsamını sınırlar gibi görünmekle birlikte, yatırımcı koruma mekanizmalarının tamamının ele alınması bu yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle, bu yaklaşım çalışmanın kapsamını geniş tutmayı sağlamaktadır. Çünkü sermaye piyasalarında genel olarak yatırımcının korunmasından bahsedilirken, küçük yatırımcıların korunması ön planda tutulmaktadır. Elbette bu durum, mevzuatta açıkça küçük ve bireysel yatırımcılarla sınırlanmadığı sürece, getirilen koruma mekanizmalarından büyük ve kurumsal yatırımcıların yararlanmasına engel teşkil etmemektedir. Bu sebeple, çalışma kapsamında incelenen koruma mekanizmalarının çoğu büyük ve kurumsal yatırımcılara da hizmet etmektedir. Ancak, özellikle uyumsuzluk çözümü ve tüketici sıfatından kaynaklanan bazı koruma mekanizmalarının küçük ve bireysel yatırımcılara hasredilmesi mümkün olduğu gibi, tazmin sistemi gibi bazı mekanizmalar da kapsamı itibarıyla büyük ve kurumsal yatırımcılar için herhangi bir anlam ifade etmeyebilecektir. Buna ilave olarak, büyük ve kurumsal yatırımcıların profesyonel nitelikte oluşları, bu yatırımcıların mevzuatta öngörülen asgari koruma mekanizmalarının ötesinde kendi hak ve yararlarını koruyabileceği konusunda hakim bir kanaat oluşturmaktadır. Buradan hareketle, özellikle kamuyu aydınlatma konusunda, bu tür yatırımcılara yapılan menkul kıymet satışlarında asgari korumadan dahi vazgeçildiği durumlara mevzuatta yer verilmektedir. Dolayısıyla yatırımcı kavramının küçük ve bireysel olarak belirlenmesi, çalışmanın kapsamını daraltma anlamına gelmemekte, sadece konuyu işlenişinde kavramın anlamını belirlemektedir.

sunmaktadır. Öte yandan, güçlü ve etkin sermaye piyasası düzenlemeleri veya hukuku ise, bu piyasaların gelişimi ve piyasaya olan güvenin sağlanması bakımından hayati önem taşımaktadır.<sup>2</sup> Sermaye piyasalarının düzenlenmesi gerektiğine yönelik yaklaşımı, değişik nedenler çerçevesinde gerekçelendirmek mümkündür. Sermaye piyasası hukukunun piyasaya ve firmalara empoze edilmesinin temel nedeni, bu piyasaların düzgün bir şekilde işlemesini sağlamak için gerekli olan sonuçlara ulaşmak ve bu sonuçları garanti altına almaktır. Bu sonuçlar sermaye piyasası hukukunun amaçları olarak adlandırılabilir.<sup>3</sup>

Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu Örgütü (The International Organization of Securities Commissions, IOSCO) tarafından yayımlanan Sermaye Piyasası Düzenlemelerinin Amaçları ve İlkeleri (Objectives and Principles of Securities Regulation) adlı raporda, sermaye piyasası düzenlemelerinin üç temel amacı olduğu ifade edilmektedir. Bu amaçlar; yatırımcının korunması, piyasaların adil, etkin ve şeffaf oluşunun sağlanması ve sistemik riskin azaltılmasıdır. Bu üç amaç arasında yakın ve süreklilik arz eden bir ilişki mevcuttur. Bu anlamda, adil, etkin ve şeffaf bir piyasanın varlığını amaçlayan düzenlemelerin veya yükümlülüklerin çoğu, aynı zamanda yatırımcının korunması ve sistemik riskin azaltılması ile de bağlantılıdır. Benzer şekilde, sistemik riski azaltmayı amaçlayan mekanizmaların bazıları, aynı zamanda yatırımcının korunması açısından yararlı önlemlerdir.<sup>4</sup>

Sermaye piyasası düzenlemelerinin bu üç temel amacı arasında esas itibarıyla herhangi bir öncelik-sonralık ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, yatırımcının korunmasının sermaye piyasası düzenlemelerinin merkezinde yer aldığını savunmak da mümkündür. Çünkü, yatırımcının korunması, sermaye piyasalarında düzenleme yapmanın en önemli gerekçelerinden biridir. Esasında, sermaye piyasası düzenlemelerinin nihai amacı, yatırım için güvenli bir ortam yaratmak ve piyasa eksikliklerini ve hatalarını gidermek suretiyle, yatırımcılar için yeterli düzeyde koruma sağlamaktır. Öğretide Mayer tarafından da vurgulandığı üzere, yatırımcının

<sup>2</sup> Bkz. IOSCO, 'Objectives and Principles of Securities Regulation' (Mayıs 2003) (<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>, son erişim 10 Temmuz 2010) s. 1.

<sup>3</sup> Düzenlemenin amaçları, düzenlemenin mantıki temeli ve düzenlemenin gerekçeleri kavramları arasındaki ayrım için bkz. D. Llewellyn, 'The Economic Rationale for Financial Regulation' (FSA Occasional Paper, Nisan 1999) ( <http://www.fsa.gov.uk/pubs/occpapers/OP01.pdf>, son erişim 10 Temmuz 2010) s. 8-9.

<sup>4</sup> Bkz. IOSCO, s. 5.

korunması mevzuat tarafından açıklığa veya çözüme kavuşturulması gereken temel konudur.<sup>5</sup> Nitekim, yatırımcı haklarını korumaya elverişli mevzuatın, gelişmiş ülkelerde finansal hizmetlerin sağlıklı bir şekilde ilerlemesinde temel bir unsur olarak kabul edildiği iddia edilmektedir.<sup>6</sup> Bunun yanı sıra, bazı ampirik çalışmalarda sermaye piyasalarının gelişmişliğinin, mevzuat çerçevesinde sağlanan yatırımcının korunması seviyesi ile göreceli olarak orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>7</sup>

### **III. YATIRIMCININ FONKSİYONEL AÇIDAN SINIFLANDIRILMASI**

Yatırımcının korunmasının sermaye piyasası düzenlemelerinin en önemli amaçlarından biri olduğu bu şekilde belirlendikten sonra, yatırımcı kavramının işlevsel açıdan analiz edilmesinde yarar bulunmaktadır. Yatırımcıların, sermaye piyasalarında gösterdikleri faaliyetler çerçevesinde, işlevsel açıdan üçlü bir ayrıma tabi tutulmaları mümkündür. Öncelikle, yatırımcılar, bir ihraççının menkul kıymetlerine yatırım yaptıklarında katılımcı sıfatını haizdirler. İkinci olarak, yatırımcılar, ikincil piyasalarda menkul kıymetlerin alım satımını yaparken piyasa oyuncusu olarak hareket etmektedirler. Nihayet, yatırımcılar finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken, bu kuruluşların müşterisi konumundadırlar. Bu fonksiyonel nitelikler, sermaye piyasalarında işlem yapan yatırımcıların çıkar çatışmalarına, piyasa eksikliklerine ve hatalarına ve finansal aracı kuruluşların olası suistimallerine karşı korunması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.<sup>8</sup>

#### **A. Katılımcı Sıfatıyla Yatırımcı**

Yatırımcılar, ihraççılar tarafından ihraç edilen menkul kıymetleri yatırım yapmak üzere satın aldıklarında, esas itibariyle bir katılım ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu katılım ilişkisi sayesinde yatırımcılar, ihraççıların finansman ihtiyacını gidermeye katılmaktadırlar. Ancak, bu katılım ilişkisi

<sup>5</sup> C. Mayer, 'Regulatory Principles and the Financial Services and Markets Act 2000' E. Ferran and C. Goodhart (eds), *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century* (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2001) s. 26.

<sup>6</sup> A.C. Page/R.B. Ferguson, *Investor Protection* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1992) s. 32.

<sup>7</sup> Bkz. S.M. Solaiman, 'Disclosure philosophy for investor protection in securities markets: does one size fit all?' (2007) 28 Co Law, s. 136 ve anılan çalışmaların bazıları için dipnot 4.

<sup>8</sup> Page ve Ferguson tarafından, çeşitli türdeki yatırımlardan ve yatırım araçlarından kaynaklanan farklı kategorilerdeki hukuki ilişkilerin sınıflandırılmasına ilişkin yaklaşım için bkz. Page/Ferguson, s. 11.

neticesinde ortaya çıkan hukuki münasebetler, elde edilen menkul kıymetin niteliğine göre değişmektedir. Buna göre, yatırımcılar tarafından halka açık bir anonim ortaklığın pay senetlerine yatırım yapılması halinde, sermayeye katılım niteliğindeki bu yatırım, anonim ortaklık ile pay sahibi arasında (hukuki anlamda) hissedarlık ilişkisinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Yatırımcılar tarafından bir ihraççının tahvil, bono gibi menkul kıymetlerine yatırım yapılması halinde ise, (hukuki anlamda) ihraççı ile yatırımcılar arasında alacak-borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Yatırımcının katılımcı sıfatı ile hareket etmesi neticesinde ortaya çıkan temel problem, yatırımcılar ile ihraççılar arasındaki asimetrik bilgi sorunudur. Gerçekten de, ihraççıların, yatırımcılara nazaran kendileri ve ihraç ettikleri menkul kıymetler hakkında daha iyi ve yeterli bilgiye sahip oldukları açıktır. İşte, bazı ihraççıların, sözü edilen konularını kötüye kullanarak, yatırımcılar için hayati önemi haiz bazı bilgileri gizlemek veya yanlış ve yanıltıcı bilgileri kamuya açıklamak suretiyle, yatırımcıları yanıltmaya, dolayısıyla onların bilgiye dayalı/bilgilenmiş bir şekilde yatırım kararı almalarını engellemeye çalışmaları ihtimal dahilindedir.<sup>9</sup>

Bu asimetrik bilgi sorunun yanı sıra, özellikle halka açık anonim ortaklıkların pay sahipleri, ortaklık kontrolünün ele geçirilmesi, el değiştirmesi ve buna ilişkin gelişmeler konusunda da hassas ve zayıf durumdadırlar. Bu hassasiyet, bir yandan yatırımcıların ortaklığın kontrolüne ilişkin bilgilere erişimi hususunda asimetrik bilgi sorununu yaratırken, diğer taraftan ortaklık kontrolünde meydana gelen değişimler sonucunda, yatırımcıların söz konusu değişimler karşısında çaresiz kalması, haksız uygulamalara maruz bırakılması gibi sorunlara da neden olabilmektedir.<sup>10</sup>

### **B. Piyasa Oyuncusu Sıfatıyla Yatırımcı**

Yatırımcılar, ikincil piyasalarda menkul kıymetlerin alım satımını yaparken piyasa oyuncusu sıfatı ile hareket etmektedirler. Bu sıfatla hareket eden yatırımcılar, bir yandan borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar tarafından sunulan hizmetlerden yararlanan konumunda bulunmaları sebebiyle, bu piyasaların işleyişine ilişkin kurallara muhatap olurlarken; diğer yandan, piyasalarda gerçekleştirdikleri işlemler vesilesiyle diğer piyasa oyuncularını ile ilişki kurmaktadır.

<sup>9</sup> Bkz. Solaiman, s. 135-136; Ayrıca bkz. B. S. Black, 'The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets' (2001) 48 UCLA Law Review, s. 786.

<sup>10</sup> IOSCO, s. 24-25.



Yatırımcıların piyasa oyuncusu sıfatıyla hareket ettikleri durumlarda karşılaşmaları ve korunmaya ihtiyaç duymaları muhtemel problemler iki noktadan kaynaklanabilecektir. Bunlardan ilki, piyasaların düzeni ve işleyiş sistemi ile ilgilidir. Bu noktadan kaynaklanması muhtemel temel problemler, piyasanın etkin olmaması, piyasa hizmetlerine adil ve eşit erişim sağlanamaması veya işlem bilgilerinin yatırımcılara etkin bir şekilde duyurulmamasıdır. İkinci nokta ise, piyasanın diğer oyuncularıdır. Bu anlamda, yatırımcıların piyasanın diğer oyuncularından tarafından gerçekleştirilen manipülasyon, içerden öğrenenlerin ticareti gibi piyasayı bozucu uygulamalara maruz kalmaları ve bu uygulamalar nedeniyle zarara uğramaları mümkündür.<sup>11</sup>

### **C. Müşteri Sıfatıyla Yatırımcı**

Finansal aracı kuruluşlar, sermaye piyasalarındaki müşterilerine menkul kıymetlerin alım satımı, korunması, idaresi ve yönetimi, bu kıymetlerin alım satımına yönelik danışmanlık gibi çok değişik hizmetler sunmaktadırlar.<sup>12</sup> Yatırımcılar, finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken bu kuruluşların müşterisi konumundadırlar. Diğer bir ifadeyle, yatırımcılar, anılan hizmetleri tüketmek suretiyle kendi yatırım amaçlarını gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar. Bu etkileşim, asimetric bilgi sorunu, yatırımcıların karmaşık finansal ürünlerin ve kamuya açıklanmış bilgilerin değerlendirilmesine yönelik sınırlı yeterlilikleri ve zayıf karar alma kapasitesi gibi temel kusurlarla örülü bir yatırımcı-firma ilişkisi yaratmaktadır. Buna ilave olarak, yatırımcılar finansal aracı kuruluşların hizmetlerini ve eylemlerini değerlendirme ve denetleme konusunda yeterli güç ve kabiliyete sahip değildirler. Bu problemlerin ve eksikliklerin bir sonucu olarak yatırımcılar, hileli davranışlar, sahibi buldukları varlıkların ve fonların kötüye kullanımı, çıkar çatışmaları ve firmanın hizmet sağlamadaki yetersizliği gibi çok değişik piyasa eksikliklerine ve kusurlarına maruz kalabileceklerdir. Bu eksiklik ve kusurların, yatırımcının korunması ilkesi çerçevesinde, sermaye piyasası düzenlemeleri tarafından giderilmesi gerekmektedir.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> IOSCO, s. 6.

<sup>12</sup> Finansal aracı kuruluşların, sermaye piyasalarının önemli aktörleri olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Gerçekten de, finansal aracı kuruluşlar, birincil ve ikincil piyasalardaki faaliyetleriyle, yatırımcılar ile sermaye arayışında olanlar arasında bir köprü vazifesi görmektedirler. Bu sebeple, güvenli ve güçlü aracılık sektörü, finansal gelişmenin ve ekonomik büyümenin temel bir unsurudur. Bkz. N. Moloney, *EC Securities Regulation* (Oxford and New York: OUP, 2nd ed, 2008) s. 340.

<sup>13</sup> Bkz. Moloney, *EC*, s. 536 ve N. Moloney, 'Building a Retail Investment Culture through

#### D. Yatırımcı-Tüketici İlişkisi

Yatırımcıların, finansal aracı kuruluşlardan hizmet alırken nasıl bir sığata sahip oldukları tartışmalı bir konudur. Aslında, hizmete dayalı bu ilişkinin, geleneksel yatırımcı kavramının ötesinde, yatırımcının finansal hizmetleri alırken ve tüketirken haiz olduğu tüketici/tüketen sıfatı çerçevesinde farklı bir yaklaşımla analiz edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, sermaye piyasalarındaki yatırımcıların teknik ve hukuki anlamda tüketici sıfatını haiz olup olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. Yatırımcıların tüketici sayılması aleyhine ileri sürülebilecek argümanların birkaç noktada toplanması mümkündür. İlk olarak, iktisadi süreç içinde, yatırımcıların tüketicilere kıyasen farklı bir sıfat ile hareket ettiği ileri sürülebilir. Bu bağlamda, yatırım kavramının, tüketim kavramından farklı hukuki ilişkilere vücut verdiği söylenebilecektir. Nihayetinde, yatırımcılar ile tüketiciler arasındaki benzerliklerin, yatırımcıların tüketim olgusuna nazaran, yatırım yapmak suretiyle üretici ekonomik sürecin bir parçası olduğu gerçeğini değiştirmediği ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, bu tür yaklaşımların tüketici kavramının sınırlandırılmış ve dar bir şekilde yorumlanmasının bir tezahürü olduğu ifade edilmektedir.<sup>14</sup>

Tüketici kavramının bu dar yorumuna karşı değişik argümanlar ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre, modern finansal piyasalardaki yatırımcılar, mal ve ürün piyasalarındaki tüketicilere benzemektedirler. Yatırımcılar da finansal piyasalardaki geniş yelpazeye yayılmış alternatif, karmaşık yatırım araçlarının ortaya çıkması, doğru olmayan ve yanıltıcı reklamlar, saldırgan satış teknikleri, organize olmuş, komplike finansal aracı kuruluşlar ile aralarındaki güçler dengesizliği gibi değişmeler ve gelişmeler nedeniyle, tüketicilere benzer şekilde belirli düzeyde bir korumaya ihtiyaç duymaktadırlar.<sup>15</sup> Bunun da ötesinde, Page ve Ferguson, yatırımın ertelenmiş tüketim olduğunu iddia etmektedirler. Anılan yazarlara göre, yatırımcılar yatırım danışmanlarından, aracı kuruluşlardan ve yönetim şirketlerinden finansal hizmet alırken tüketici

---

Law: The 2004 Markets in Financial Instruments Directive' (2005) 6 EBOR, s. 367; Ayrıca bkz. P. Cartwright, 'Optimal Consumer Protection in Financial Services' (ECRI/CEPS Seminar 7th June 2001 Brussels, European Credit Research Institute and Centre for European Policy Studies.) s. 3 ve 7-8.

<sup>14</sup> P. Cartwright, *Banks, Consumers and Regulation* (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004) s. 4.

<sup>15</sup> Bkz. David Graham and diğerleri, *A Report by Justice, The Protection of the Small Investor* (Cambridge: Justice, 1992) s. 9-10.

olarak kabul edilmelidirler. Bu sebeple, yatırımcının korunması ile tüketicinin korunması arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.<sup>16</sup> Öğretide Cartwright da, benzer şekilde, finansal piyasalara ilişkin tüketici kavramının, tüketicinin iktisadi tanımı ile sınırlandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, bireysel yatırımcılar, karmaşık malların tüketicilerinin karşı karşıya kaldıkları sorunlara benzer sorunlarla yüz yüze kaldıkları için, tüketici olarak kabul edilmelidirler.<sup>17</sup>

Esasında, yatırımcıların finansal aracı kuruluşlardan yatırım hizmeti alırken tüketici kavramının dışında tutulmasını haklı gösterecek bir gerekçe bulmak oldukça zordur. Her ne kadar yatırımcılar finansal hizmetlerden tüketim değil yatırım amaçlı yararlanıyorlar gibi gözükseler de nihayetinde yatırım yapabilmek için finansal aracı kuruluşlar tarafından sağlanan hizmetleri tüketiyor olduklarından, onlar ile diğer herhangi bir hizmetin tüketicileri arasında gerçek bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, yatırımcıların tüketici sıfatı dikkate alınmak suretiyle, finansal hizmetlerin yatırımcılar tarafından alınmasına ve tüketilmesine ilişkin olarak en azından tüketicilerle benzeri koruma mekanizmalarının sağlanması gerekmektedir.<sup>18</sup> Bu çerçevede, sermaye piyasasındaki yatırımcılara özel olarak sağlanan olanaklar dışında veya böyle bir özel düzenleme bulunmayan hallerde, yatırımcıların da tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinden faydalanabilmesi gerekmektedir.

#### **IV. YATIRIMCININ KORUNMASINDA OPTİMAL DENGE**

Sermaye piyasası düzenlemelerinin bir amacı olarak yatırımcının korunmasının önemi, ulusal ve uluslararası otoriteler tarafından kabul edilmektedir. IOSCO tarafından yayımlanan rapor, bu amacın önemini açıkça ortaya koymaktadır.<sup>19</sup> Buna ek olarak, Dünya Bankası tarafından

<sup>16</sup> Bkz. Page and Ferguson, s. 14.

<sup>17</sup> Cartwright, *Banks*, s. 3-4; P. Cartwright, 'Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context' P Cartwright (ed), *Consumer Protection in Financial Services* (International Banking, Finance and Economic Law Series) (London and Dordrecht: Kluwer Law International, 1999) s. 6.

<sup>18</sup> İngiliz hukukundaki yaklaşım anılan argümanı bütünüyle destekler mahiyettedir. Zira, finansal hizmetleri ve piyasaları düzenleyen kanunun (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA) temel amaçlarından birinin tüketicinin korunması olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda kanunda, sağlanan finansal hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın, faaliyette bulunmaya yetkilendirilmiş kişiler, finansal hizmetler ve düzenlenmiş faaliyetler ile bağlantılı geniş bir tüketici tanımına yer verilmiştir. Bkz. FSMA md. 5 (3) ve 138 (7).

<sup>19</sup> IOSCO, s. 5.

yayımlanan ve aşağıda ayrıntılarına yer verilen finansal piyasalardaki tüketicilerin korunmasına ilişkin danışma taslağında, sermaye piyasalarının gelişimi için tüketicinin korunmasının ne derecede önemli olduğu özellikle vurgulanmaktadır.<sup>20</sup> Ulusal yasalardaki yaklaşım da sermaye piyasalarında yatırımcının korunmasının önemini fark etmekte ve bu amacı sağlamaya elverişli düzenlemeler öngörmektedir. Örnek kabilinden olmak üzere, İngiliz hukukunda Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA) sermaye piyasalarındaki yatırımcılar da dahil olmak üzere, tüm finansal piyasalardaki tüketicilerin korunmasını bir düzenleme amacı olarak kabul etmekte ve finansal piyasalardaki tüketicinin korunmasının kapsamını açıklamaktadır.<sup>21</sup> Benzer şekilde, Türk hukukunda 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu da sermaye piyasalarında tasarruf sahipleri olarak adlandırılan yatırımcının hak ve yararlarının korunmasını amaçlamaktadır.<sup>22</sup>

Bununla birlikte, kanunda bir amaç olarak yatırımcının korunması ilkesine yer verilmesi, tek başına yatırımcılara yeterli düzeyde koruma sağlandığı anlamına gelmemektedir. Kanunda genel ve soyut olarak belirlenen bu amacın, yatırımcıya koruma sağlamaya elverişli kurallar ve mekanizmalar ile desteklenmesi ve somutlaştırılması gerekmektedir. Ancak, bunu yaparken, söz konusu koruma kurallarında ve mekanizmalarında nasıl bir optimal denge kurulacağı; başka bir deyişle, hangi kurallar ve mekanizmalar sayesinde sermaye piyasalarında yatırımcıların korunmasının en etkin ve uygun bir şekilde sağlanacağı sorunu büyük önem taşımaktadır.

Anılan soruna ilişkin olarak İngiltere’de yapılan bir çalışmada, bireysel, küçük yatırımcıların korunmasını sağlayan kural ve mekanizmaların ihdasında dört temel konuya dikkat edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, sağlam, güvenilir ve uzman yatırım tavsiyelerinin mevcudiyetinin sağlanmasıdır. İkincisi, dürüst ve güvenilir reklam ve promosyon uygulamalarıdır. Üçüncüsü, etkin ve hızlı bir yatırımcı tazmin

---

<sup>20</sup> The World Bank, ‘Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool’ (Eylül 2009) s. 1-8 ve 36.

<sup>21</sup> Bkz. FSMA md. 2 ve 5. İngiliz hukukunda 14 Haziran 2000 tarihinde yasalanan ve 1 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe giren Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA) ile finansal piyasaların düzenlenmesine yönelik genel çerçeve belirlenmiştir. Bkz. Walker, G.: ‘Financial Services Authority’ *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006) s. 3-7.

<sup>22</sup> Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu md. 1.

sisteminin varlığı ile birlikte, yükümlülüğünü yerine getirmeyenler aleyhine sürekli ve etkili çarelerin bulunmasıdır. Nihayet, konuya ilişkin mevzuat, açık, yani kolaylıkla anlaşılabilir ve yeterli koruma sağlayacak ölçüde kapsamlı olmalıdır.<sup>23</sup>

Öte yandan, yukarıda değinildiği üzere, Dünya Bankası tarafından yayımlanan finansal piyasalarda tüketicilerin korunmasına ve finansal kültüre ilişkin iyi uygulamalar Danışma Taslağından da söz etmek gerekir. Taslağa göre, iyi uygulamalar tüm ülkelerin yerine getirmesi gereken asgari standartlar olarak algılanmamalıdır. Bunlar, esas itibariyle finansal piyasalardaki tüketicilerin korunmasına ve finansal kültüre ilişkin iyi uygulamalar konusunda uluslararası yaklaşımların bir özeti niteliğinde olup, düzenleyicilere finansal tüketicilere sağlanan korumanın güçlendirilmesi amacıyla değişik alternatifler sunmaktadır.<sup>24</sup> Danışma Taslağı, sermaye piyasalarındaki yatırımcıların korunmasına ilişkin olarak yedi önemli konuya açıklık getirmektedir. Bu konular; yatırımcıların korunması müesseseleri, kamuyu aydınlatma ve satış teknikleri, müşteri hesabının idaresi ve korunması, gizlilik ve bilgi korunması, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, aracı kuruluşların iflasi ve tüketicilerin yetkilendirilmesidir. Sözü edilen konular, Danışma Taslağında birçok alt başlık ile detaylandırılmıştır.<sup>25</sup>

Aslında, Dünya Bankası'nın Danışma Taslağı, başta gelişmekte olan ekonomiler gelmek üzere, sermaye piyasalarında tüketicinin korunması için iyi uygulamalar kılavuzu olarak düşünülmelidir. Danışma Taslağı, tüketicinin korunması ile alakalı ve dikkatli bir şekilde açıklanmış birçok konuyu ele almaktadır. Danışma Taslağının ayırt edici özelliği, koruyucu düzenlemelerin etkili icrası, işleyiş kuralları, kamuyu aydınlatma ve pazarlama teknikleri, müşteri varlıklarının ve fonlarının yönetimi ve korunması, gizlilik ve bilgi korunması, uyuşmazlık çözümü, tazmin sistemleri, finansal eğitim gibi çok geniş alandaki konuları içeren geniş bir tüketicinin korunması anlayışı ile kaleme alınmış olmasıdır.

Ancak, gerek İngiltere'de yapılan çalışma gerek Dünya Bankası'nın Danışma Taslağı, yatırımcının korunmasında optimal dengeye ulaşma konusuna belirli bir açıdan yaklaşmaktadır. Halbuki, bütünlük arz eden

<sup>23</sup> Bkz. David Graham and diğerleri, s. 10.

<sup>24</sup> The World Bank, s. 6-7.

<sup>25</sup> The World Bank, s. 36-45.

yaklaşım, yatırımcının sermaye piyasalarındaki faaliyetlerinin işlevsel sınıflandırılması sonucunda ortaya çıkan ayrımları dikkate alarak, her bir fonksiyonun gerçekleştirilmesi sırasında karşılaşılan piyasa eksikliklerini ve hataları ortadan kaldıracak ve gerektiğinde telafi mekanizmalarını devreye sokacak bir koruma sistemini gerektirmektedir. Yatırımcının korunması ilkesi bu açıdan ele alındığında, optimal dengeyi sağlamaya elverişli ve yatırımcının fonksiyonel anlamda sınıflandırılmasına karşılık olarak üretilen koruma mekanizmalarının incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda, bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla geliştirilen koruma mekanizmaları belirli bir sistematik içinde ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

## **V. YATIRIMCIYI KORUMA MEKANİZMALARININ SINIFLANDIRILMASI**

### **A. “Katılımcı” Olarak Yatırımcının Korunması**

Yukarıda belirtildiği üzere, katılımcı sıfatı ile hareket eden yatırımcının karşı karşıya kaldığı en temel sorun, asimetrik bilgi sorunudur.<sup>26</sup> Tam, doğru ve zamanında yapılan kamuyu aydınlatma ise, bu sorun ile başa çıkabilmenin en önemli ve etkili yöntemidir. IOSCO raporunda ifade edildiği üzere, yatırımcı kararları açısından önem taşıyan bilgilere ilişkin olarak getirilen tam ve doğru kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, yatırımcı menfaatlerinin korunmasını sağlayan hayati niteliği haiz bir mekanizmadır. Bu sayede, yatırımcıların, kendi yatırımlarının olası risk ve getiri değerlendirmelerini yapmaları ve bilgiye dayalı bir şekilde karar almaları mümkün olacaktır.<sup>27</sup> Kamuyu aydınlatma mekanizmalarının önemi, akademik çevrelerde geniş ölçüde kabul görmektedir.<sup>28</sup> Buradan hareketle, yatırımcıların korunması için, güçlendirilmiş, zorunlu kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün gerekliliği üzerinde bir uzlaşının varlığından söz etmek mümkündür. Bununla birlikte, sınırlı ölçüde de olsa, zorunlu kamuyu aydınlatma rejimi aleyhine bazı görüşler de bulunmaktadır.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Black tarafından, bu asimetrik bilgi problemi ile mücadelede varlığı gerekli ve önemli olan müesseseler konusunda uzun bir liste hazırlanmıştır. Bkz. Black, s. 789-799.

<sup>27</sup> IOSCO, s. 5.

<sup>28</sup> Bkz. L. Loss and J. Seligman, *Fundamentals of Securities Regulation* (New York: Aspen Publishers, 4th ed, 2004) s. 32-45; E.A. Welle, ‘Freedom of Contract and the Securities Laws: Opting Out of Securities Regulation by Private Agreement’ (1999) 56 Wash.& Lee L.Rev., s. 534-535; Solaiman, s. 135-137; E. Ferran, *Building an EU Securities Market* (Cambridge: CUP, 2004) s. 127-129.

<sup>29</sup> Bkz. Llewellyn, s. 32.

Kamuyu aydınlatmada temel amaç, yatırımcıların yatırım kararlarına etki edebilecek tüm bilgilerin, tam, doğru ve zamanında açıklanmasının sağlanmasıdır. Öte yandan, bu bilgilerin güncelliğinin korunması gereği, sonradan meydana gelen olayların da kamuya açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede mevzuat ile, ihraççılar, öncelikle sermaye piyasası araçlarının ihracında, halka arzında veya düzenlenmiş (organize) piyasalarda işlem görmeye kabulünde, yatırımcıların bilgilendirilmiş bir şekilde yatırım kararı alabilmelerini sağlayacak bilgileri kamuya açıklamak zorunda tutulmaktadır. Daha sonra kamuya açıklanan bu bilgilerde meydana gelen değişiklikler ve gelişmeler ile yeni durumlar ve olaylar da sürekli kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde yatırımcıların bilgisine sunulmaktadır.<sup>30</sup>

Kamuyu aydınlatma konusunda iki tamamlayıcı unsurun daha dikkate alınması gerekmektedir: Öncelikle, kamuyu aydınlatmanın konusunu teşkil eden finansal bilgilerin güvenilirliğini sağlamak için muhasebe ve denetim standartları bulunmalıdır.<sup>31</sup> İkinci olarak, kamunun yanlış ve yanıltıcı aydınlatılmasından kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk rejimi, belirli ve açık bir şekilde düzenlenmelidir.<sup>32</sup> Bu iki husus, kamuya açıklanacak bilgilerin tam ve doğru olmasını sağlama konusunda özel bir önem arz etmektedir.<sup>33</sup>

Nihayet, halka açık anonim ortaklık pay sahibinin adil ve eşit uygulamalardan yararlanabilmesi amacıyla, ortaklığın kontrolüne ve bu kontrolde meydana gelen değişikliklere ilişkin bilgiler kamuya açıklanmalıdır. Bu bağlamda, kontrol değişikliklerinde ve pay alım tekliflerinde yatırımcıların, bilgilendirilmiş bir şekilde değerlendirme yapabilecekleri verilere erişiminin sağlanması, bu konuda sunulan menfaatlerden eşit bir şekilde yararlanabilmeleri ve özellikle azınlıkta kalan pay sahiplerinin korunabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> IOSCO, s. 22-24; İhraççılara sürekli kamuyu aydınlatma yükümlülüğü getirilmesinin temel gerekçeleri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. H. Chiu, 'Examining the justifications for mandatory ongoing disclosure in securities regulation' (2005) 26 (3) Comp. Law., s. 67 vd.

<sup>31</sup> Bu bağlamda, muhasebe kurallarının yatırımcılara faydalı bilgiler sunacak şekilde tasarlanması önerilmektedir. Bu kurallar, şirketin geçmiş performansını ulusal ve uluslararası düzeyde benzer şirketlerle karşılaştırmaya olanak sağlamalı ve yöneticilerin kendi şirketlerini daha karlı gösterebilmek amacıyla alternatif muhasebe uygulamaları arasındaki seçimlerindeki esnekliği sınırlamalıdır. Ayrıca denetim standartlarının, hukuka aykırı hileleri yakalamaya ve potansiyel hileli uygulamaları caydırmaya yetecek ölçüde sıkı ve özenli olması gerekmektedir. Bkz. Black, s. 792-793.

<sup>32</sup> Black, s. 796-797.

<sup>33</sup> IOSCO, s. 24-25.

<sup>34</sup> IOSCO, s. 24-25.

## **B. “Piyasa Oyuncusu” Olarak Yatırımcının Korunması**

Piyasa oyuncusu olarak yatırımcının korunması amacıyla, ikincil piyasalarda birtakım yasal yükümlülükler geliştirilmiştir. Bu bağlamda, sermaye piyasası düzenlemelerinin diğer bir amacı olan piyasaların adil, etkin ve şeffaf oluşunun sağlanması amacı ile yatırımcının korunması amacı arasındaki yakın ilişkinin varlığı göze çarpmaktadır. Gerçekten de, piyasaların adil ve etkin işlemesi ile şeffaflığının sağlanmasına yönelik düzenlemeler, aynı zamanda yatırımcılar için güvenli bir yatırım ortamı yaratmaktadır.<sup>35</sup>

Bunun yanı sıra, sermaye piyasası düzenlemeleri, piyasa hizmetlerine adil ve eşit erişimi temin etmeli, işlem bilgilerinin kamuya açıklanmasını sağlamalı ve piyasa etkinliğini artırmalıdır. Bunlar arasında işlem bilgilerinin kamuya açıklanmasıyla kastedilen, işlemlere ilişkin bilgilerin, hem işlem öncesi hem sonrası, gerçek zamanlı olarak kamunun erişimine elverişli hale getirilmesidir. İşlem öncesi bilgiler, mevcut teklifler ile ilgili olup, yatırımcıların işlem yapabiliş yapamayacaklarını ve yapabileceklerse hangi fiyattan işlem gerçekleştirebileceklerini bilmelerini sağlayacak bir mekanizmadır. İşlem sonrası bilgiler ise, sonuçlandırılan tüm işlemlerin fiyatı ve hacmi ile alakalıdır. İkincil piyasalardaki bu bilgilere zamanında erişimin sağlanması, yatırımcılara kendi menfaatlerini koruma, bilgiye dayalı olarak işlem yapma ve manipülatif işlemlere ilişkin riski azaltma olanağı sağlayacaktır.<sup>36</sup>

Son olarak, piyasa oyuncusu olan yatırımcı, piyasanın diğer oyuncuları tarafından gerçekleştirilebilecek piyasayı bozucu uygulamalara karşı korunmalıdır. Bu bağlamda, içerden öğrenenlerin ticareti, piyasa manipülasyonu ve diğer hileli uygulamaların önlenmesi, ortaya çıkarılması, yasaklanması ve bu eylemlere karışanlara etkin ve caydırıcı yaptırımlar uygulanması ikincil piyasalarda işlem yapan yatırımcıların korunması ve piyasaya duyulan güvenin artırılması açısından hayati önemi haizdir. Bu tür uygulamaların önlenmesi, doğrudan gözetim, denetim, raporlama, pozisyon limitleri, takas ve fiyat kuralları veya işlemlerin durdurulması ve düzenlemelerin ve işlem kurallarının sıkı bir şekilde uygulanması ile sağlanabilir.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> IOSCO, s. 6.

<sup>36</sup> Bkz. Black, s. 797; IOSCO, s. 43.

<sup>37</sup> IOSCO, s. 43



### **C. “Müşteri” Olarak Yatırımcının Korunması**

Sermaye piyasalarında yatırımcının korunmasının en önemli bölümlerinden birini teşkil etmesine rağmen, müşteri yatırımcının korunması başlığı altında geliştirilen koruma mekanizmalarının teorik ve sistematik açıdan incelenmesi ve tartışılması, büyük ölçüde ihmal edilmiştir. Esasında, sermaye piyasalarında finansal aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan ilişkide, yatırımcıların korunmasını sağlamak amacıyla çok sayıda koruma mekanizması geliştirilmiştir. Bu mekanizmaların sistematik olarak ele alınması ve sınıflandırılması, konunun anlaşılması bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. İşte, aşağıda, bahse konu mekanizmalar, özellik derecesi, kapsamı ve sağladığı korumanın zamanı itibariyle üçlü bir ayrıma tabi tutularak ele alınmakta ve incelenmektedir.

#### **1. Özellik Derecesine Göre Koruma Mekanizmaları**

Müşteri yatırımcının korunmasına yönelik mekanizmalar, (özel hukuka ilişkin) genel kurallar, finansal hukuka ilişkin düzenlemeler veya daha özel bir şekilde sermaye piyasası hukuku vasıtasıyla getirilebilir. Öğretide Moloney<sup>38</sup>, özel hukuk kurallarının, müvekkil/vekil, yediemin veya emanetçinin sorumluluğu aracılığıyla yatırımcılar için belirli ölçüde koruma sağlayabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yatırımcılar, finansal aracı kuruluşların hukuka aykırı uygulamalarına karşı sözleşme hukuku ve haksız fiil hukuku aracılığıyla korunabilecektir. Buna ilave olarak, yukarıda yatırımcının tüketici sayılmasına ilişkin yapılan tespitler çerçevesinde tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeler de genel hukuk altında sınıflandırılabilir.

Bununla birlikte, genel sözleşme ve haksız fiil hukukunun yatırımcılar için yeterli bir koruma sağlamadığı ileri sürülmüştür.<sup>39</sup> Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, tüketici yatırımcıların etkili bir şekilde korunmasını sağlayabilmek amacıyla getirilen finansal piyasalara özgü düzenlemelerin haklılığını ortaya koyan çok sayıda piyasa hataları ve eksiklikleri ve diğer önemli iktisadi nedenler bulunmaktadır. Bu sebeplerin bir sonucu olarak, yatırımcıların özel düzenlemeler aracılığıyla korunmasına duyulan ihtiyaç kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu ihtiyaç ise, genel hukuk tarafından

<sup>38</sup> Moloney, *EC*, s. 541.

<sup>39</sup> Bkz. R. La Porta, F. Silanes and A. Shleifer, ‘What Works in Securities Laws?’ (2006) 61 (1) *The Journal of Finance*, s. 2.

sağlanan korumanın ötesinde, sermaye piyasası düzenlemeleri tarafından sağlanan özel koruma mekanizmaları vasıtasıyla giderilmektedir.

## **2. Kapsamına Göre Koruma Mekanizmaları**

Müşteri yatırımcılara koruma sağlayan özel kurallar ve mekanizmalar, kapsamlarına göre de farklılık göstermektedirler. Bu bağlamda, öncelikle ihtiyatlılık düzenlemeleri (prudential regulations) ile finansal faaliyetin yürütülmesine yönelik düzenlemeler (conduct of business regulations) arasında bir ayırım yapılmalıdır.<sup>40</sup> Bunun yanı sıra yatırımcıların finansal aracı kuruluşlarla olan ilişkilerinden kaynaklanan zararlarını telafi etmelerine olanak sağlayan giderim mekanizmaları da (redress mechanisms) diğer bir düzenleme kategorisi olarak dikkate alınmalıdır. Öğretide Moloney<sup>41</sup>, yatırımcı-finansal aracı kuruluş ilişkisine dair koruma mekanizmalarını önleyici ihtiyatlılık kuralları ve koruma kuralları olarak iki geniş kategoriye ayırmaktadır. Öğretide bir kısım yazar ise, sadece sistemik endişeler açısından finansal aracı kuruluşların güvenliği ve sağlamlığına yönelik sistemik düzenlemeler ile ihtiyatlılık düzenlemeleri arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. İhtiyatlılık düzenlemeleri, yatırımcının veya tüketicinin korunması bağlamında finansal aracı kuruluşların sağlamlığına ve güvenliğine odaklanmaktadır.<sup>42</sup>

Yatırımcıların finansal aracı kuruluşların güvenliğini değerlendirme yeterliliğine ve bu değerlendirmeyi yapacak zamana sahip olmaması ihtiyatlılık düzenlemelerinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.<sup>43</sup> Bu anlamda, finansal aracı kuruluşlara faaliyet lisansı verilmesi, başlangıçta ve süreklilik arz edecek şekilde sermaye yeterliliğini sağlamanın istenmesi, yönetici ve çalışanlarında belirli özellikler aranması ve diğer ihtiyatlılık kuralları, sadece güçlü ve yeterliliğini kanıtlamış firmaların sermaye piyasalarında yatırım hizmetleri sunabilmesini sağlamaktadır.<sup>44</sup> Moloney<sup>45</sup>, ihtiyatlılık düzenlemelerinin yetkilendirme kurallarını, sermaye yeterliliği

---

<sup>40</sup> Bkz. Charles Goodhart ve diğerleri, *Financial Regulation Why, how and where now?* (London and New York: Routledge, 1998) s. 5; Ayrıca bkz. Cartwright, *Banks*, s. 5; Llewellyn, s. 10.

<sup>41</sup> Moloney, *EC*, s. 539.

<sup>42</sup> Goodhart ve diğerleri, s. 5.

<sup>43</sup> Llewellyn, s. 10.

<sup>44</sup> IOSCO, s. 5.

<sup>45</sup> Moloney, *EC*, s. 539-540.

ve organizasyonel yükümlülükleri kapsadığını ve firmaların risk yönetim politikaları ve sağlamlığı ile ilgilendiğini ifade etmektedir. Bu kuralların diğer bir amacı da elbette yatırımcıları korumaktır.

Faaliyetin yürütülmesine yönelik düzenlemeler ise temel olarak yatırımcı-finansal aracı kuruluş arasındaki ilişki ile ilgilidir. Bu türden düzenlemelerin genel olarak, yatırım ürünlerinin tüketicilere pazarlanmasına yönelik kapsamlı bir sistem olduğu ifade edilmektedir.<sup>46</sup> Llewellyn tarafından belirtildiği üzere, faaliyetin yürütülmesine yönelik düzenlemeler, finansal aracı kuruluşların, müşterileri ile olan ilişkilerinde uygun davranışlar ve ticari uygulamalar sergilemeleri amacına yönelik kuralları içermektedir. Faaliyetin yürütülmesine yönelik kurallar; çıkar çatışmaları, kamuyu aydınlatma, piyasa iletişimi, yeterlilik, firmaların ve çalışanlarının doğruluğu ve dürüstlüğü, adil ticari uygulamalar, tavsiyelerin ve takdire dayalı kararların uygunluğu gibi çok sayıda konuyu içermektedir.<sup>47</sup> Bunlara ilave olarak, yatırımcı hak ve yararlarının finansal aracı kuruluş tarafından ihlali halinde uygulanacak tazmin prosedürünün de sözü geçen düzenlemelerin kapsamına dahil olduğu iddia edilmektedir.<sup>48</sup>

Sermaye piyasalarındaki yatırımcıların, finansal araçların ve piyasa yapısının karmaşıklığından dolayı finansal aracı kuruluşların uygunsuz ve hileli davranışlarına muhatap olma riskiyle karşı karşıya oldukları ortadadır. Yatırımcıların kendi çıkarlarını koruma konusundaki yetersizlikleri, sermaye piyasası düzenlemelerinin etkin bir şekilde icra edilmesine ve diğer korumacı önlemlere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır.<sup>49</sup> İşte, üçüncü kategori koruma mekanizmalarını oluşturan bu önlemleri, telafi veya giderim mekanizmaları olarak adlandırmak mümkündür. Bu mekanizmalar, etkin uyuşmazlık çözüm sistemi, finansal aracı kuruluşların yükümlülüklerini karşılayamaması halinde devreye giren tazmin sistemleri, düzenleyici otoriteler tarafından sermaye piyasası hukukunun etkin bir şekilde icrası gibi mekanizmaları kapsamaktadır.

Moloney, faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralları ve telafi mekanizmalarını geniş anlamda koruyucu düzenlemeler olarak nitelendirmektedir. Koruyucu düzenlemeler, yeterli kamuyu aydınlatmaya,

<sup>46</sup> G. McMeel/J. Virgo, *Financial Advice and Financial Products Law and Liability* (Oxford and New York: OUP, 2001) s. 20.

<sup>47</sup> Llewellyn, s. 11; Ayrıca bkz. Moloney, *Building*, s. 368.

<sup>48</sup> Goodhart ve diğerleri, s. 6.

<sup>49</sup> IOSCO, s. 6.

şeffaflığa ve faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralları kapsamaktadır. Koruyucu düzenlemeler, aynı zamanda tazmin sistemlerini ve özellikle telafi ve şikâyet sistemlerine dair usule ilişkin kurallar olmak üzere, tüketiciyi korumaya yönelik tüm genel kuralları kapsamaktadır.<sup>50</sup>

### 3. Zamanlama Açısından Koruma Mekanizmaları

Müşteri yatırımcıya yönelik koruma mekanizmalarının, yukarıda yapılan ayrımlarına ilaveten, sağladıkları korumanın zamanına göre iki kategoriye ayrılması mümkündür. Buna göre *ex ante* kurallar veya mekanizmalar faaliyetin yürütülmesi sürecinde yatırımcıyı korumayı amaçlamaktadır. Bu kurallar, finansal aracı kuruluşların işlerini gerekli dikkat ve özen ile mevcut mevzuat çerçevesinde yürütmelerini sağlamaktadır. Bu anlamda *ex ante* kurallar, ihtiyatlılık düzenlemelerini, faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralları ve benzeri koruyucu mekanizmaları kapsamaktadır.<sup>51</sup> *Ex post* kurallar veya mekanizmalar ise yatırımcıların, finansal aracı kuruluşlar ile olan ilişkilerinde meydana gelen ihlaller ve hukuka aykırılıklar neticesinde ortaya çıkan zararlarını telafi edebilmelerine yarayacak yeterli ve etkili araçlara sahip olabilmelerini sağlamaya yöneliktir.

Görüldüğü üzere, *ex ante* kurallar önleyici özelliğe sahip iken, *ex post* mekanizmalar giderim ve telafi aracıdırlar. Bu çerçevede, *ex ante* kuralların yatırımcılar için belirli derecede koruma sağladığı ve ihlal halinde ortaya çıkacak zararın miktarını azalttığı ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Bununla birlikte, bu kuralların finansal aracı kuruluşların yanlış uygulamalarını ve hileli davranışlarını tamamen önleyemeyeceği de açıktır. Bu sebeple, *ex post* mekanizmalar bu kuralların ihlali halinde yatırımcı zararlarının tazminini sağlayacak kurallar ve araçlar geliştirmek üzere tasarlanmıştır. Bu itibarla, *ex post* mekanizmalar, düzenleyici otoritelerin icra gücünü, etkin uyuşmazlık çözüm sistemini, yatırımcı tazmin sistemlerini ve hatta nihai bir çare olarak düzenleyici otoritelerin hukuki sorumluluğunu kapsamaktadır.

İhtiyatlılık düzenlemeleri ve faaliyetin yürütülmesine yönelik kurallar gibi *ex ante* mekanizmalar ve kurallar da, tüketici yatırımcının haklarının korunması için gerekli önlemlerdir. Finansal aracı kuruluşların, bu tip kurallar ile yaratılan yüksek ticari standartlara uygun olarak hareket etmesi

---

<sup>50</sup> Moloney, *EC*, s. 540-541.

<sup>51</sup> Moloney, *EC*, s. 726.

<sup>52</sup> Moloney, *EC*, s. 726.

gerekmektedir. Ancak, düzenleme sistemleri, finansal aracı kuruluşların ne yüksek düzeydeki bu standartlar tarafından veya faaliyetin yürütülmesine dair kurallar çerçevesinde belirlenen yükümlülüklerini tam olarak yerine getireceklerini, ne de yatırımcılara yönelik taahhütlerini karşılayabileceklerini garanti edebilecektir.<sup>53</sup> Bu sebeple, *ex post* koruyucu önlemler, sermaye piyasalarında finansal aracı kuruluşların yanlış uygulamalarından veya taahhütlerini karşılayamamasından kaynaklanan yatırımcı zararlarının giderimi için hayati önem taşımaktadır. Bu bağlamda, etkin şikayet, uyuşmazlık çözüm ve yatırımcı tazmin sistemlerinin hem yatırımcının korunmasını hem de piyasaya güveni sağladığı ifade edilmektedir.<sup>54</sup>

Sonuç olarak, yatırımcının korunması amacının gerçekleştirilebilmesi için, yeterli düzeyde koruyucu kuralların ve mekanizmaların yürürlükte olması gerekmektedir. *Ex ante* koruma mekanizmaları, sermaye piyasalarındaki tüketici yatırımcılar için önemli koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte, *ex post* mekanizmalar da sermaye piyasalarındaki tüketici yatırımcılar için optimal seviyede bir korumaya ulaşmak amacıyla *ex ante* kuralları ve mekanizmaları desteklemekte ve tamamlamaktadır. Bu sebeple, telafi mekanizmaları olmaksızın, yatırımcının korunmasının tam olarak sağlanması mümkün değildir.

## VI. SONUÇ

Sermaye piyasası hukukunun genel olarak üç temel amacı olduğu kabul edilmektedir. Bu amaçlar; yatırımcının korunması, piyasaların adil, etkin ve şeffaf olmasının sağlanması ve sistemik riskin azaltılmasıdır. Bu üç temel amaç arasında herhangi bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamakla birlikte, yatırımcının korunması sermaye piyasalarında düzenleme yapmanın en önemli gerekçelerinden biridir. Yatırımcının korunmasının önemi bu şekilde tespit edildikten sonra, bu korumayı etkin ve verimli bir şekilde sağlayacak kuralların ve mekanizmaların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yatırımcının sermaye piyasalarındaki faaliyetlerinin işlevsel sınıflandırılması sonucunda ortaya çıkan ayrımları dikkate alarak, her bir fonksiyonun gerçekleştirilmesi sırasında karşılaşılan piyasa eksikliklerini ve hataları ortadan kaldıracak ve gerektiğinde telafi mekanizmalarını devreye sokacak bir koruma sistemine ihtiyaç duyulmaktadır.

<sup>53</sup> Bkz. A. Kuczynski, 'Financial Redress-Complaints, Disputes, and Compensation' M. Blair and G. Walker (eds), *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006) s. 149.

<sup>54</sup> Kuczynski, s. 149.

Yatırımcıların, sermaye piyasalarında gösterdikleri faaliyetler çerçevesinde, işlevsel açıdan üçlü bir ayrıma tabi tutulmaları mümkündür.

Öncelikle, yatırımcılar, bir ihraççının menkul kıymetlerine yatırım yaptıklarında katılımcı sıfatını haizdirler. Yatırımcının, katılımcı sıfatı ile hareket etmesi neticesinde ortaya çıkan temel problem yatırımcılar ile ihraççılar arasındaki asimetrik bilgi sorunudur. Tam, doğru ve zamanında yapılan kamuyu aydınlatma ise bu sorun ile başa çıkabilmenin en önemli ve etkili yöntemidir. Buna ilave olarak, kamuyu aydınlatmanın konusunu teşkil eden finansal bilgilerin güvenilirliğini sağlamak için muhasebe ve denetim standartları bulunmalıdır. Ayrıca, kamunun yanlış ve yanıltıcı aydınlatılmasından kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk rejimi, belirli ve açık bir şekilde düzenlenmelidir. Kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün yanı sıra, kontrol değişikliklerinde ve pay alım tekliflerinde yatırımcıların, bilgilenmiş bir şekilde değerlendirme yapabilecekleri verilere erişiminin sağlanması, bu konuda sunulan menfaatlerden eşit bir şekilde yararlanabilmeleri ve özellikle azınlıkta kalan pay sahiplerinin korunabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

İkinci olarak, yatırımcılar, ikincil piyasalarda menkul kıymetlerin alım satımını yaparken piyasa oyuncusu olarak hareket etmektedirler. Piyasa oyuncusu yatırımcının korunması amacıyla, sermaye piyasası düzenlemeleri, piyasa hizmetlerine adil ve eşit erişimi temin etmeli, işlem bilgilerinin kamuya açıklanmasını sağlamalı ve piyasa etkinliğini artırmalıdır. Buna ilave olarak, piyasa oyuncusu olan yatırımcının, piyasanın diğer oyuncularını tarafından gerçekleştirilebilecek piyasayı bozucu uygulamalara karşı korunabilmesi için içerden öğrenenlerin ticareti, piyasa manipülasyonu ve diğer hileli uygulamaların önlenmesi, ortaya çıkarılması, yasaklanması ve bu eylemlere karışanlara etkin ve caydırıcı yaptırımlar uygulanması gerekmektedir.

Son olarak, yatırımcılar finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken, bu kuruluşların müşterisi konumundadırlar. Müşteri sıfatıyla hareket eden yatırımcılar, hileli davranışlar, sahibi buldukları varlıkların ve fonların kötüye kullanımı, çıkar çatışmaları ve firmanın hizmet sağlamadaki yetersizliği gibi çok değişik piyasa eksikliklerine ve kusurlarına maruz kalabileceklerdir. Müşteri yatırımcıların bu kusurlara karşı korunmasını sağlamak amacıyla geliştirilen mekanizmalar, özellik derecesi, kapsamı ve sağladığı korumanın zamanı itibarıyla üçlü bir ayrıma tabi tutulabilecektir.

Müşteri yatırımcının korunmasına yönelik mekanizmalar, özel hukuka ilişkin genel kurallar veya daha özel bir şekilde sermaye piyasası hukuku vasıtasıyla getirilebilir. Öte yandan, bu özel kurallar ve mekanizmalar, kapsamlarına göre ihtiyatlılık düzenlemeleri, finansal faaliyetin yürütülmesine yönelik düzenlemeler ve yatırımcıların finansal aracı kuruluşlarla olan ilişkilerinden kaynaklanan zararlarını telafi etmelerine olanak sağlayan giderim mekanizmaları şeklinde üç ayrı başlık altında ele alınabilecektir. Son olarak, bu mekanizmalar sağladıkları korumanın zamanına göre, faaliyetin yürütülmesi sürecinde yatırımcıyı korumayı amaçlayan *ex ante* kurallar veya mekanizmalar ve yatırımcıların finansal aracı kuruluşlar ile olan ilişkilerinde meydana gelen ihlaller ve hukuka aykırılıklar neticesinde ortaya çıkan zararlarını telafi edebilmelerine yarayacak *ex post* kurallar veya mekanizmalar olarak iki kategoriye ayrılabilir.

Sonuç olarak, yatırımcının korunması ilkesinin sermaye piyasalarında düzenleme yapmanın temel gerekçesi olduğundan hareketle, asıl meselenin konuya ilişkin yapılacak düzenlemelerde optimal bir denge yakalanması ile ilgili olduğunu söylemek mümkündür. Bu dengeye ise yukarıda açıkladığımız yatırımcı faaliyetlerinin fonksiyonel olarak sınıflandırılmasına paralel olacak şekilde geliştirilecek koruma mekanizmaları ile ulaşılmasının, yatırımcının korunması ilkesi ile amaçlanan sonuçları daha etkin bir şekilde elde etmeyi mümkün kılacağı düşünülmektedir.

### **KAYNAKÇA**

- A. Kuczynski, 'Financial Redress-Complaints, Disputes, and Compensation' M. Blair and G. Walker (eds), *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006)
- A.C. Page/R.B. Ferguson, *Investor Protection* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1992)
- B. S. Black, 'The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets' (2001) 48 *UCLA Law Review*

- C. Mayer, 'Regulatory Principles and the Financial Services and Markets Act 2000' E. Ferran and C. Goodhart (eds), *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century* (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2001)
- Charles Goodhart ve diğerleri, *Financial Regulation Why, how and where now?* (London and New York: Routledge, 1998)
- D. Llewellyn, 'The Economic Rationale for Financial Regulation' (FSA Occasional Paper, Nisan 1999) (<http://www.fsa.gov.uk/pubs/occpapers/OP01.pdf>, son erişim 10 Temmuz 2010)
- David Graham and diğerleri, *A Report by Justice, The Protection of the Small Investor* (Cambridge: Justice, 1992)
- E. Ferran, *Building an EU Securities Market* (Cambridge: CUP, 2004)
- E.A. Welle, 'Freedom of Contract and the Securities Laws: Opting Out of Securities Regulation by Private Agreement' (1999) 56 *Wash. & Lee L.Rev*
- G. McMeel/J. Virgo, *Financial Advice and Financial Products Law and Liability* (Oxford and New York: OUP, 2001)
- I. H. Chiu, 'Examining the justifications for mandatory ongoing disclosure in securities regulation' (2005) 26 (3) *Comp. Law*.
- IOSCO, 'Objectives and Principles of Securities Regulation' (Mayıs 2003) (<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>, son erişim 10 Temmuz 2010)
- L. Loss and J. Seligman, *Fundamentals of Securities Regulation* (New York: Aspen Publishers, 4th ed, 2004)
- N. Moloney, 'Building a Retail Investment Culture through Law: The 2004 Markets in Financial Instruments Directive' (2005) 6 *EBOR*
- N. Moloney, *EC Securities Regulation* (Oxford and New York: OUP, 2nd ed, 2008)
- P. Cartwright, 'Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context' P Cartwright (ed), *Consumer Protection in Financial Services* (International Banking, Finance and Economic Law Series) (London and Dordrecht: Kluwer Law International, 1999)



- P. Cartwright, 'Optimal Consumer Protection in Financial Services' (ECRI/CEPS Seminar 7th June 2001 Brussels, European Credit Research Institute and Centre for European Policy Studies.)
- P. Cartwright, *Banks, Consumers and Regulation* (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004)
- R. La Porta, F. Silanes and A. Shleifer, 'What Works in Securities Laws?' (2006) 61 (1) *The Journal of Finance*
- S.M. Solaiman, 'Disclosure philosophy for investor protection in securities markets: does one size fit all?' (2007) 28 *Co Law*
- The World Bank, 'Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool' (Eylül 2009)
- Walker, G.: 'Financial Services Authority' M. Blair and G. Walker (eds), *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006)

BOŞ

# ARACI KURUMLARDA MERKEZ DIŞI ÖRGÖT OLARAK ACENTELİK

Ölgen Aslan DÖZGÖN\*

## ÖZET

Modern sermaye piyasalarının vazgeçilmez unsurlarından olan aracı kurumlar ve merkez dışı örgütleri, Sermaye Piyasası Kanunu(SerPK) ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun çıkarttığı V/46 sayılı Tebliğ ile düzenlenmiştir. Son yıllarda sermaye piyasalarının gelişmesi ve iş hacminin hızla büyümesiyle birlikte, aracı kurumların faaliyet alanları da genişlemiştir. Bunun sonucunda da düzenli bir merkez dışı örgüt ağına olan ihtiyaçları artmıştır. Şube ve irtibat bürolarıyla beraber, aracı kurumların merkez dışı örgütlerini oluşturan aracı kurum acenteleri, V/46 sayılı Tebliğ ile bankalarla tesis edilen acentelik şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde bir düzenleme yapılmasının sebebi, aracı kurum acentelerinin daha etkili bir şekilde denetimlerinin sağlanmak istenmesidir.

Çalışmamızın amacı, bankalarla yapılan bir sözleşme ile tesis edilen aracı kurum acentelerini incelemektir. Ancak, aracı kurum acentelerinin TTK'da düzenlenen acenteden farklı olan yönleri de ele alınmıştır.

Belirttiğimiz bu çerçevede, aracı kurum acenteliği sözleşmesi incelenmiş, sözleşmenin hukukî niteliği üzerinde durulmuştur. Çalışmamızda acentelik tesisi için gereken şartlar ve acentenin faaliyetleri sırasında uyacağı kurallar ilgili tebliğler ve SerPK'nın ışığında açıklanmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Aracı kurum, acente, irtibat bürosu, şube, sermaye piyasaları.

## AGENCIES OF INTERMEDIARIES

### ABSTRACT

Intermediaries and their branches, agencies and liaison offices which are the main elements of modern capital markets are regulated by the Capital Markets Act and Capital Markets Board Circular numbered V/46 in Turkish law. In recent years, with progression of the capital markets and increasing expansion of business scale, fields of intermediaries' activities expanded. Result of this process was that intermediaries needed a regular structural network, including "agencies" linked with or around the center.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Ahi Evran Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi,  
(ulgenaslan@gmail.com).

*As the decentralized institutions, agencies of intermediaries could be constructed only with banks, forced by the terms of the Circular numbered V/46.*

*According to this framework, we research the contracts which include the construction of agencies of intermediaries and of its activities and the judicial quality of these contracts.*

*Relevant circular enumerates the types of agencies of intermediaries' activities under four subarticles. According to these rulings, agencies of intermediaries could not carry out the some activities of the main intermediaries. In context with this point, we explain the appearance of joint and several liabilities of intermediaries and agencies of intermediaries, the liabilities relating with the activities of agencies of intermediaries.*

**Key words:** *intermediary, agency, liaison office, branch, capital markets.*

## **§ 1. KONUNUN TAKDİMİ**

Sermaye piyasalarında meydana gelen gelişmeler doğrultusunda aracı kurumların merkez dışı örgütlerinin önemi de artmaktadır. Aracı kurumlar faaliyetlerini daha geniş çevrelere yayabilmek ve büyüyen işlem hacmini karşılayabilmek için düzenli bir merkez dışı örgüt ağına ihtiyaç duyarlar. V/46 sayılı Tebliğ'in<sup>1</sup> 20. maddesinin birinci fıkrasına göre, aracı kurumların merkez dışı örgütleri, şube, irtibat büroları, banka ya da bankalarla tesis edilen acenteliklerden oluşmaktadır.

Çalışmamızda incelediğimiz aracı kurum acenteliği, sadece bankalar veya özel finans kurumları (katılım bankaları) ile imzalanan bir sözleşme ile tesis edilebilir. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızın konusu, Türk Ticaret Kanunu'nun 116. maddesi vd.'nda düzenlenen acentelik değildir. Ancak, yeri geldiğinde ve gerektiğinde bu acenteliğe de değinilecektir.

## **§ 2 . ARACI KURUM ACENTE LİĞİ SÖZLEŞMESİ**

### **I- Kavram**

TTK'nın 116. maddesinde (YeniTTK<sup>2</sup> m.102) acente tanımlanmıştır. Maddeden anlaşıldığı üzere acente, bir tacirin ticari işletmesini ilgilendiren

---

<sup>1</sup> Seri: V No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, R.G., 07.09.2000, S.24163.

<sup>2</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi: 13.1.2011, R.G. 14.02.2011 S. 27846

sözleşmelerin yapılmasına ya aracılık veya bu sözleşmeleri o tacir adına yapmakla görevlendirilir. Bu sebeple acenteliğin, aracılık yapan acente ve sözleşme yapan acentelik olarak iki türü bulunmaktadır.

Aracı kurum acenteleri, TTK'nun 116. maddesi ve devamında düzenlenen acentelerden farklıdır. Bu tür acenteler, SerPK hükümlerine göre kurulurlar ve sermaye piyasası mevzuatının gerektirdiği özel şartları taşımak zorundadırlar. Ancak belirtmek gerekir ki, sermaye piyasası mevzuatında hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun acenteliğe ilişkin hükümleri, aracı kurum acentelerinde uygulama alanı bulur.

Aracı kurum acenteleri, V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesi hükmü uyarınca, aracı kurumlar ile anonim şirket niteliğini haiz bankalar veya özel finans kurumları (katılım bankaları)<sup>3</sup> arasında yapılan bir sözleşmeyle tesis edildikleri için, bunların gerçek kişi olmaları mümkün değildir<sup>4</sup>. Bankalar ve özel finans kurumları dışında başka gerçek kişi veya tüzel kişiler acentelik yapamazlar.

V/46 sayılı Tebliğ m. 24/II'de aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalayan bankaların acente sıfatıyla yapabilecekleri faaliyetler dört madde<sup>5</sup> halinde sayılmıştır<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Ek madde 2, (Ek: V/64 sayılı Tebliğ, R.G. 15.04.2003 S. 25080). "Özel finans kurumlarının aracı kurumlar ile acentelik sözleşmesi imzalaması başlıklı, Ek madde 2- Bankalar yanında özel finans kurumları da bu Tebliğ'in 20, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29'uncu maddelerindeki hükümlerine tabi olmak üzere aracı kurumlar ile acentelik sözleşmesi imzalayabilirler."

<sup>4</sup> Mülga V/19 sayılı Tebliğ'in 20. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, aracı kurum acentelerinin gerçek kişi veya ticaret şirketleri olabileceği belirtilmekteydi.

<sup>5</sup> Bu faaliyetler ;"a) Sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım ve satım emirlerinin aracı kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık etmek, b) Acentesi olunan aracı kurumun halka arza aracılık faaliyetleri kapsamında, taleplerin toplanması, bu taleplerin aracı kurum merkezine iletilmesi ve paranın tahsili yada geri ödenmesi gibi işlemleri kapsamak üzere gişe hizmeti vermek, c) Acentesi olunan aracı kurum portföy yöneticiliği yetki belgesine sahip ise acente sıfatıyla bu faaliyetin tanıtımını yapmak ve bu faaliyetle ilgili sadece tahsil ve tediye işlemlerini yürütmek, d) Acentesi olunana aracı kurum yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip ise bu faaliyet kapsamında aracı kurumdan gelen doküman ve bilgileri müşterilere açıklamak ve yatırım danışmanlığı faaliyetinin tanıtımını yapmaktır".

<sup>6</sup> Kaldırılan V/19 sayılı Tebliğ'in 20. maddesinde, "acenteler...sadece sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım ve satım emirlerinin aracı kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık eden gerçek kişi veya ticaret şirketleridir" hükmü yer almaktaydı. Sözü geçen maddeyle aracı kurum acentelerinin faaliyetleri, alım satım emirlerinin iletilmesi ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesi ile sınırlandırılmıştı.

Madde metninde sayılan bu dört bentten anlaşıldığı üzere, burada söz konusu olan acente, Türk Ticaret Kanunu'ndaki *aracı acentedir*. Dolayısıyla aracı kurum acentesinin hiçbir şekilde sözleşme yapma yetkisi yoktur. Kurul, söz konusu Tebliğ'de, Türk Ticaret Kanunu'ndaki *sözleşme yapmaya yetkili acente* türünde bir acentelik öngörmemiştir<sup>7</sup>. Bu bağlamda, V/46 sayılı Tebliğ'in 27. maddesi ile aracı kurum acentesinin, müşterileri ile *çerçeve sözleşme* imzalamasının acentenin yetkilerini artırdığını savunan öğretilerdeki görüşe<sup>8</sup> katılmıyoruz. Zira, aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalayan bankaların acente sıfatıyla yapabilecekleri faaliyetler dört madde halinde sayılmıştır (V/46 sayılı Tebliğ m.24). Anılan bu maddelerde de acentelerin aracı kurum adına sözleşme yapabileceklerini belirten bir ifade bulunmamaktadır.

Bütün bunlara ek olarak, çerçeve sözleşmenin kurulmasıyla taraflar arasında, kendine özgü niteliklere sahip ve sürekli bir ilişki meydana gelir. Oluşan bu ilişkinin amacı, klasik borçlar hukuku sözleşmelerine ait fonksiyonları yerine getirmek veya edimlerin değişimini sağlamak değildir. Çerçeve sözleşme ile tesis edilen ilişkinin gayesi, ileride taraflar arasında kurulması planlanan sözleşmelerin çekirdeğini oluşturmaktır<sup>9</sup>.

Ayrıca, V/46 sayılı Tebliğ'in 38/VII. maddesinde mevduat kabul etmeyen bankalar dışındaki bankaların anılan fıkrada açıklanan türden gişe hizmetleri verilmesi dışında hiç bir surette halka arza aracılık faaliyetinde bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere anılan hüküm aracı kurum acentelerinin aracı kurumlar adına halka arza aracılık sözleşmesi yapmalarına izin vermemektedir<sup>10</sup>.

İlgili Tebliğ hükmüne göre sözleşme yapma yetkisi olmayan aracı kurum acentesi, bunun aksine davranırsa, aracı kurum, acente bankaya rücu hakkı saklı kalmak koşuluyla, isterse yapılan sözleşmeye taraf olabilir (V/46 sayılı Tebliğ m.28/I).

---

<sup>7</sup> *Yasaman*, aracı kurum acentelerinin sadece aracı acente olarak düzenlenmesi ile ilgili olarak; "Türk Ticaret Kanunu'ndaki tanıma ve buradaki unsurlara uyulması gerektiğini, Türk Ticaret Kanunu'nda iki tür acente bulunduğunu" belirtmektedir (**YASAMAN, Hamdi**: Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s.126).

<sup>8</sup> **İNCEOĞLU, Mehmet Murat**: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 66.

<sup>9</sup> **BARLAS, Nami**: "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 807-814, 817; **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1988, s.203.

<sup>10</sup> Aynı yönde bkz. **İNCEOĞLU, s. 66**.

Müvekkili adına sözleşme yapma yetkisi olmayan aracı acente, müvekkili ile üçüncü şahsın arasında hukuksal bir bağlantı tesis etmek için çalışır. Müvekkili ile müşteri çevresi arasında ilişki kurar. Bu tür acente aracılık yaparken, bunun için gerekli her türlü tedbiri de almalıdır. Müvekkilinin üçüncü şahıslar ile sözleşme yapabilmesi için gayret gösterir. Kısaca, üçüncü kişilerin, aracı acentenin müvekkili ile sözleşme yapmaya karar vermelerinde acentenin çalışmalarının etkisi olmalıdır<sup>11</sup>. Aracı acentelere, Türk Ticaret Kanunu'nun acentelikle ilgili faslında (TTK m.116-134; YeniTTK m.102-123) hüküm bulunmadığı takdirde, tellâllık (TTK m.100 vd.) hükümleri uygulanır (TTK m.116/II)<sup>12</sup>.

## II- Tarafları

V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinde, aracı kurumlar ile bankalar arasında yazılı acentelik sözleşmesi imzalanabileceği belirtilmiştir. Anılan Tebliğe V/64 sayılı Tebliğ ile getirilen Ek madde 2 hükmü ile, bankalar yanında özel finans kurumları da V/46 sayılı Tebliğ'in 20, 24-29. maddelerindeki hükümlerine tabi olmak üzere aracı kurumlar ile acentelik sözleşmesi imzalayabirler.

Bu bağlamda, aracı kurumlar ile bankalar arasında imzalanan yazılı acentelik sözleşmesinin tarafları, acente aracılığıyla daha geniş müşteri çevrelerine ulaşmak isteyen aracı kurum ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na<sup>13</sup> tabi bankalar ve özel finans kurumlarıdır.

V/46 sayılı Tebliğ ile getirilen düzenlemeler ile aracı kurum acenteliğinin sadece bankalar ve özel finans kurumları ile tesis edilebilmesinin sebebi, izinsiz acentelik faaliyetlerinin<sup>14</sup> önüne geçilmek istenmesidir. Çünkü V/46

<sup>11</sup> **KINACIOĞLU, Naci:** Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963, s.20,21; **MİMAROĞLU, Sait Kemal:** Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku, C. I, 3.Baskı, Ankara 1978, s.511; **KAYIHAN, Şaban:** Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, İstanbul 1999, s.22-23; **DOMANIÇ, Hayri:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 351; **HORN, Norbert / KÖTZ, Hein / LESER, Hans G.:** German Private and Commercial Law: An Introduction, Translated by Tony Weir, Oxford 1982, s. 229 – 231; **AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet:** Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 331.

<sup>12</sup> YeniTTK m.102/II uyarınca; bu kısımda hüküm bulunmayan hâllerde aracılık eden acentelere Türk Borçlar Kanununun simsarlık sözleşmesi (BK m. 520 vd.) hükümleri uygulanır.

<sup>13</sup> RG., 23.06.1999, S.23734.

<sup>14</sup> Aracı kurum acenteliği tesis etmek için, acentelik sözleşmesi imzalanıp başvuru yapıldıktan sonra, Kurul tarafından eksikliklerin giderilmesi istendiği halde, verilen süre içinde eksiklikler giderilmediği için dosya işlemden kaldırılmıştır. Bu durumda acentelik başvurusu yapan

sayılı Tebliğ ile yapılan düzenlemeden önce, herhangi bir şahıs veya işletme aracı kurumla acentelik sözleşmesi yapabiliyordu<sup>15</sup>. Dolayısıyla mülga V/19 sayılı Tebliğ'in uygulandığı dönemde, aracı kurum acenteliği sözleşmelerinin denetimlerinde zorluklar meydana geliyordu. Örneğin, bir aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalamadığı halde, aracı kurumun acentesi gibi davranarak yanıltıcı bir görünüş yaratan kişiler, yatırımcıların zarara uğramasına sebep oluyorlardı<sup>16</sup>.

Bu anlamda, izinsiz acentelik faaliyetleri gerçekleştikten sonra, ceza artırımı ve kamu otoritesinin yükünü ve baskısını artırmak yoluyla düzen sağlamak yerine, bankalar ve özel finans kurumları ile tesis edilen acentelik ile, gerekli olan güven ortamı ve sermaye piyasasında yatırımcıların korunması sağlanmıştır.

---

şahsın faaliyetlerine devam etmesi, *izinsiz acentelik faaliyeti* olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda Bandırma Asliye Ceza Mahkemesinin, (15.11.1995 , 1995/477 E., 1995/483 K.) verdiği karar şu şekildedir, "... sanığın Bandırma ilçesinde, (X) Menkul Değerler Acentalığı ve Ticaret Limited şirketi adı altında hisse alım-satımına ilişkin olarak faaliyet gösterdiği, (Y) Menkul değerler A.Ş. ile de, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ile irtibat kurduğu, bu amaçla 15.10.1993 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği" nin 22/2 maddesi gereğince acenta başvurusunun Kurul kaydına alınmasına takiben, ilgili ticaret siciline tescil ve ilân yaptırdıktan sonra faaliyete başlaması gerektiği, (Y) Menkul Değerler A.Ş. tarafından Bandırma acentasının kayda alınmasına dair Sermaye Piyasası Kurul'una yazı yazılmasını takiben Kurul tarafından eksikliklerin giderilmesinin istendiğini, ancak eksiklikler giderilmeyince dosyanın işlemde kaldırıldığı anlaşılmıştır. Böylece sanığın acentalık başvurusu kabul ile tescil ve ilan edilmediği halde faaliyetine devam ettiği, Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi'nin raporundan da anlaşıldığı üzere, sanığın üzerine atılı suçta subuta erdiğinden, münnet suçtan cezalandırılması gerekmiş ve mahkemede bu konuda vicdani kanaat hasıl olmuştur." (Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayınları, İstanbul 1997, s. 622 vd.)

<sup>15</sup> Mülga V/19 sayılı Tebliğ'in 20. maddesinin ikinci fıkrasında, aracı kurum acentelerinin gerçek kişi veya ticaret şirketleri olabilecekleri belirtilmekteydi.

<sup>16</sup> **TANÖR, Reha:** Türk Sermaye Piyasası, C. I, Taraflar, İstanbul 1999, s. 262. İzinsiz aracılık ve yasal olmayan acentelik faaliyetlerine ilişkin İMKB Yönetim Kurulu'nun, yapılan bir şikayet üzerine verdiği karar şu şekilde ifade edilmiştir, "Yapılan tetkikat neticesinde, yatırımcının üye nezdinde hesabının bulunmadığı, işlemlerini Bakırköy'de izinsiz aracılık faaliyetinde bulunan A. Menkul Değerler Ltd. Şti. aracılığı ile gerçekleştirdiği, yatırımcı ile üye arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığı için illiyet bağının kurulmamış olduğu, yatırımcının şikayetine konu hisse senetlerinin, anılan acentanın ortaklarından olan, üyenin müşterisi A.H.A., hesabına geçirildiği;... ..Şikayet konusu uyuşmazlığın izinsiz acentelik faaliyetinden kaynaklanması ve 2499 sayılı Kanunun 47/B-3 maddesine aykırılık nedeniyle "borsa işlemi" kapsamına girmediği; İzinsiz olarak acentalık faaliyetinde bulunan A. Menkul Değerler Ltd. Şti.'nin durumunun ... yazı ile sermaye Piyasası Kurul'una bildirildiği; görül-müştür." İMKB Yönetim Kurulu, 31.01.1995, 1994/952 E., 1995/451 K. (Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayınları, İstanbul 1997, s. 448 vd.)



Bankalar Kanunu'nun<sup>17</sup> 2. maddesine göre banka, "Bu Kanuna göre banka adı altında Türkiye'de kurulan kuruluşlar ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye'deki şubelerini, ifade eder"<sup>18</sup>. Sözü geçen hüküm uyarınca, yurt dışında kurulan bankaların Türkiye'deki şubeleri de *banka* olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple, yabancı bankalarla da acentelik tesis etmek mümkündür. Burada sözünü ettiğimiz *yabancı bankalar*, Türkiye'de şubesi olan, yurt dışında kurulmuş bankalardır.

### III- Şekli

Hukumumuzda asıl olarak şekil serbestisi kabul edilmiştir<sup>19</sup> (BK. m.11/ I)<sup>20</sup>. TTK'nun 116. maddesine (YeniTTK m.102) göre, acentelik ilişkisi tacir ile onun adına faaliyette bulunacak olan acente arasında yapılacak bir sözleşme ile kurulur. TTK'nda acentelik sözleşmesinin doğumu, bir şekil şartına bağlanmamıştır. Acentelik sözleşmeleri yazılı veya sözlü olarak yapılabilir<sup>21</sup>. Acentelik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ispat açısından önem taşır. Bununla beraber, acentelik sözleşmesi ile taraflar arasında sürekli bir hukuki ilişki kurulduğu için, uygulamada yazılı şekil tercih edilmektedir<sup>22</sup>. Bu anlamda, acentelik sözleşmesini yazılı şekilde yapmak geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır.

<sup>17</sup> 4389 sayılı Bankalar Kanunu (RG. 23.06.1999 S. 23734).

<sup>18</sup> Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda (RG., 2.5.1985 S.18742) değişiklik yapan, 512 sayılı KHK (RG., 16.9.1993, S.21700) ile *milli banka* kavramı kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile yabancı bankaların Türkiye'deki şubelerinin de Bankalar Kanunu'na tabi olmasıyla, bu Kanunun kapsamı oldukça genişlemiştir. Bkz., **TURANBOY, Asuman**: Bankacılar İçin Banka Hukuku Bilgisi, Ankara 2000, s. 6, dn. 8.

<sup>19</sup> Bu konuda bkz., **TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla**: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s.130.

<sup>20</sup> 6098 Sayılı YeniBK (Kabul Tarihi: 11.1.2011, R.G. 4.02.2011 S. Sayı : 27836 ), m.12/I.

<sup>21</sup> **ARKAN, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Ankara 2009, s.195; **KAYIHAN, Şaban**: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, İstanbul 1999, s.13,14; **KINACIOĞLU, Naci**: Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963, s.34; **BOZER, Ali/ GÖLE, Celal**: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticari İşletme- Tacir- Ticari Borçlar), 16. Bası, Ankara 2000, s. 286; **İMREGÜN, Oğuz**: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1974, s. 114; **İMREGÜN, Oğuz**: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s.182; **ALVER, Cemil**: Ticaret Kanunu'nun Genel Esasları, Açıklamalı – İçtihatlı, Ankara 1988, s. 208; **KARAHAN, Sami**: Ticari İşletme Hukuku, 9.Bası, Konya 1999, s. 277; **MİMAROĞLU, Sait Kemal**: Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku, C.I, 3.Baskı, Ankara 1978, s. 513; **POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, 8.Bası, İstanbul 1998, s.175; **DOĞANAY, İsmail**: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Bası, I. Cilt, Ankara 1990, s.496, 510; **ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN, Füsün Nomer, (Kendigelen)**: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009, s. 626.

<sup>22</sup> **KINACIOĞLU**: s.34; **KAYIHAN**: s.65 vd.; **MİMAROĞLU**: s.513.

Buna karşılık, acentelik sözleşmesinin şekli konusunda V/46 sayılı Tebliğ’de yapılan düzenleme, TTK’ndan farklıdır. Tebliğ m. 24/I uyarınca, “Bu Tebliğ kapsamında, aracı kurumlar ile bankalar arasında yazılı acentelik sözleşmesi imzalanabilir”.

Hükümdeki “*imzalanabilir*” ibaresinden, yazılı sözleşme imzalanmadan da acentelik tesis edilebilir şeklinde bir sonuca varılamaz. Sözü geçen maddeden anlaşılması gereken, aracı kurumların isterlerse bankalarla yazılı bir sözleşme ile acentelik tesis edebilecekleridir. Başka bir deyimle, aracı kurumlar acentelik tesis edip etmemekte serbesttirler. Ancak, aracı kurumlar Tebliğ’deki esaslara uygun olarak acentelik tesis etmek isterlerse, bankalarla yazılı acentelik sözleşmesi yapmak zorundadırlar<sup>23</sup>.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, tebliğ ile getirilen şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilemez. Çünkü, Kurul tarafından çıkarılan tebliğler kanun değildir. Bunlar hukuken yönetmelik veya tüzük kuvvetindedirler<sup>24</sup>. Kanımca, sürekli gelişen ve yeniliklere açık olması gereken sermaye piyasalarını düzenleyen kurallar da dinamik olmalıdır. Sermaye Piyasası Kurulu’nun, bu sürekli değişen ve gelişen şartlara uygun düzenlemeleri, tebliğler ile yapması en elverişli yoldur. Kurul bu tebliğleri SerPK tarafından kendisine verilen yetkiye dayanarak çıkarır. Bu anlamda, tebliğ hükümleriyle getirilen şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi uygundur.

#### **IV- Hukukî Niteliği**

Acentelik sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir<sup>25</sup>. Sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurması sebebiyle, acente sürekli olarak müvekkilin menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Müvekkil ise, acenteye yaptığı hizmetin ve işin karşılığı olarak komisyon ödemelidir.

Acentelik sözleşmesi, bir *iş görme* sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü, sözü geçen sözleşme ile acente, müvekkiline karşı çalışmayı ve bir hizmet ifa etmeyi üstlenmektedir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> V/46 sayılı Tebliğ ile kaldırılan V/19 sayılı Tebliğ m. 20/III’de ise, aracı kurum ile acente arasında yazılı bir acentelik sözleşmesi yapılmasının *zorunlu* olduğu açıkça belirtilmekteydi.

<sup>24</sup> **SUMER, Ayşe:** “Aracı Kurumların Meslek Kurallarına Aykırı İşlemleri Ve Sonuçları”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s. 686. Karşı görüş için bkz., **BERZEK, Ayşe Nur:** “Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s.61.

<sup>25</sup> **KAYIHAN:** s.78; **KINACIOĞLU:** s.35.

<sup>26</sup> **KAYIHAN:** s.69; **KINACIOĞLU:** s.36.

İş görme sözleşmelerinin neredeyse tümünde ortak olan nokta, taraflardan birinin diğer tarafa karşı daima bir iş görme borcu altına girmesi ve bu borcunu iş görme olarak nitelendirdiğimiz bir faaliyeti yaparak yerine getirmesidir. Bu nedenle, aralarında büyük benzerlikler bulunan iş görme sözleşmelerini, birbirinden ayırt etmek, genellikle ciddi güçlükler sebeptir<sup>27</sup>.

İş görme borcu doğuran sözleşmeler yalnız Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet, istisna, neşir, vekâlet gibi sözleşmelerden ibaret değildir. Bu saydığımız sözleşmelerden hangisine girdiği çok tartışmalı olan sözleşmeler de vardır. Buna ilâve olarak, kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların serbest iradeleriyle meydana getirdiği başka iş görme borcu doğuran (isimsiz) sözleşmeler de bulunmaktadır<sup>28</sup>. Belirttiğimiz bu tip sözleşmeler, kendine özgü (sui generis) nitelikleri olan iş görme sözleşmeleridir. Çünkü, bu sözleşmelerin yapılarına vekâlete ilişkin kanun hükümleri uygun olmadığı gibi, kanundaki diğer tiplere de girmezler (BK'nun 386. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün uygulanamayacağı sözleşmeler). Bu bağlamda iş görme alanında isimsiz sözleşmelerin var olduğunu kabul edebiliriz<sup>29</sup>.

TTK'nun 116. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde<sup>30</sup>, Ticaret Kanunu'nda gerekli düzenleme bulunmadığı takdirde, tellallık ve komisyon hükümlerinden sonra olmak üzere vekalet sözleşmesini düzenleyen BK hükümlerine boşluk doldurmak için başvurulabileceği ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Sözü geçen hükümden yola çıkarak, acentelik sözleşmesinin vekâletin özel bir çeşidi olduğunu söylemek yanlış olur. Çünkü, acentelik sözleşmesi, BK'nda vekâletin özel çeşitleri arasında değil, TTK'nda ticari işletme ile ilgili hükümlerin içinde düzenlenmiştir. Ayrıca, TTK'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasında, vekâlet hükümlerine ancak boşluk doldurmak amacıyla gidilebileceği de

<sup>27</sup> YAVUZ, **Cevdet**: Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2000, s.229.

<sup>28</sup> YAVUZ: s.229.

<sup>29</sup> TANDOĞAN, **Halûk**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara 1987, s. 385; KAYIHAN: s. 73; YAVUZ: s.229; ARAL, **Fahrettin**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası Ankara 1999, s. 409, 410.

<sup>30</sup> YeniTTK'nun 102. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre ise, Bu kısımda hüküm bulunmayan hâllerde aracılık eden acentelere Türk Borçlar Kanununun simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hâllerde vekâlet hükümleri uygulanır.

<sup>31</sup> Bu hükümlerle, İsvBK m.418,a /f.II' den farklı bir düzenleme yapılmıştır, bkz. TANDOĞAN: s.383.

belirtilmiştir<sup>32</sup>. Bunun yanı sıra, acentelik sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri sürekliliktir (TTK m.116/I)<sup>33</sup>. Bu nedenle, acenteliği, tarafların tek taraflı iradesiyle her zaman sona erdirilebilen vekaletin bir çeşidi olarak kabul etmek yanlıştır (BK m.396/I)<sup>34</sup>. Böylece, vekâletin özel bir çeşidi olarak nitelendirilemeyen acentelik sözleşmesini, *kendine özgü, sürekli bir iş görme sözleşmesi* olarak kabul etmek uygun olur<sup>35</sup>.

V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca aracı kurumlarla bankalar arasında imzalanan acentelik sözleşmesi de, TTK'ndaki acentelik gibi, *sürekli borç ilişkisi* doğuran sözleşmelerdendir. Bu nedenle TTK'nda düzenlenen acentelikte olduğu gibi, aracı kurum acentesi de aracı kurum adına aracılıkta bulunurken aynı zamanda sürekli olarak aracı kurumun menfaatlerini de korumakla yükümlüdür. Aracı kurum ise, acenteye yaptığı hizmetin ve işin karşılığı olarak komisyon ödemelidir.

#### **V- TTK'nda Düzenlenen Acentelikten Farkı**

Daha önce açıkladığımız üzere<sup>36</sup>, V/46 sayılı Tebliğ, TTK'nun aksine aracı kurum acentelerini sadece aracı acente olarak düzenlemiştir. Aracı kurum ile banka arasında yapılacak olan acentelik sözleşmesinin yazılı şekil de yapılması gerektiği de Tebliğ'de belirtilmiştir (V/46 sayılı Tebliğ, m.24). TTK'nda ise, Tebliğ'deki düzenlemeden farklı olarak, acentelik sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır<sup>37</sup>. Aracı kurum

<sup>32</sup> **KAYIHAN:** s.76; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Ticaret Hukuku, I. Giriş, Ticari İşletme, 3.Baskı, Ankara 1968, s. 516; **TANDOĞAN:** s. 383, 384. *Kınacıoğlu*, acentelik sözleşmesinin, vekaletin özel bir nevi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle birlikte, acentelik sözleşmesinin hizmet akdine benzediğini ve bu sebeple kanunda boşluk olması durumunda ferî olarak hizmet akdini düzenleyen hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Bkz. **KINACIOĞLU:** s. 37, 38). Sözleşme yapan acentenin vekaletin özel bir çeşidi olduğunu savunan, karşıt görüşler için bkz., **DOMANİÇ, Hayri:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul 1988, s.349; **BOZER, Ali / GÖLE, Celal:** Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticari İşletme- Tacir- Ticari Borçlar), 16. Bası, Ankara 2000, s. 285-286; **MİMAROĞLU, Sait Kemal:** Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku, C.I, 3.Baskı, Ankara 1978, s.513; *Doğanay'a göre ise*, "acentelik sözleşmesi ister vekalet ister hizmet akdinin özel bir nevi olarak tavsif edilsin, acenteliğin en belirgin vasfı, ticari işletmeye bir memur gibi bağlı ve tabi olmamaktır" (**DOĞANAY:** s. 496).

<sup>33</sup> YeniTTK m.102/I.

<sup>34</sup> **KARAYALÇIN:** s. 516; **TANDOĞAN:** s. 383, 384; **KAYIHAN:** s.77. Acentelik sözleşmesini vekaletten ayıran diğer farklılıklar için bkz. **KAYIHAN:** s. 49,50.

<sup>35</sup> **KAYIHAN:** s.78; **KINACIOĞLU:** s. 36; **TANDOĞAN:** s. 383, 384.

<sup>36</sup> Bkz. yukarıda, § 2.,I.

<sup>37</sup> Bu konuda bkz.§2,III.

acentelerinin belirttiğimiz bu farklılıklarının yanı sıra, bu iki acentelik türü arasındaki farkları daha iyi bir biçimde görebilmek ve aracı kurum acentelerinin özelliklerini kavrayabilmek açısından, TTK'ndaki acenteliğin unsurları ile aracı kurum acentelerinin unsurlarını ayrı ayrı incelemenin önemli olduğunu düşünmekteyiz.

İlk olarak acentenin **bağımsızlık** unsurunu ele almak uygun olacaktır. TTK'nun 116<sup>38</sup>. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, acente tacirin bağımsız yardımcılarındandır. Çalışma faaliyetlerini ve çalışma zamanlarını serbestçe düzenleyen acentelerin bağımsız oldukları kabul edilir<sup>39</sup>. Ancak, bu bağımsızlık acentenin müvekkilinden hiç talimat almaması anlamına gelmez. Acente ile müvekkil birbirlerinden tamamen kopmuş değildir. Müvekkil, acenteye yapacağı sözleşmelerin tür ve şartları hakkında talimat verebilir. Bu talimatlar ile acentenin çalışma düzen ve saatlerine müdahale edilmediği sürece acentenin bağımsızlık unsuru zedelenmiş olmaz. Aynı zamanda, acentenin belirli aralıklarla müvekkiline bilgi verme borcu altında olması da bağımsızlık unsuruna aykırı düşmez<sup>40</sup>.

TTK'nda düzenlenen bağımsız tacir yardımcısı niteliğindeki acenteden farklı olarak aracı kurum acenteleri, aracı kurumların merkez dışı örgütleri arasında sayılmışlardır. Bunun sebebi, sermaye piyasasının kendine özgü yapısı ve bu piyasanın ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması gereğidir<sup>41</sup>. Bu anlamda aracı kurum acentelerinin, aracı kurumların bünyesine dahil olduğunu söylemek yanlış olmaz. Çünkü, aracı kurum acentesinin kuruluş şartlarını yerine getirmemesinden kaynaklanan her türlü hukuki sorumluluğun aracı kuruma ait olmasının yanı sıra, acente aracılığıyla yapılan işlemler ve müşterilerle kurulan ilişkilerden doğan hukukî sorumluluk da, müteselsilen müvekkil aracı kurum ile acente bankaya aittir (V/46 sayılı Tebliğ, m.25/II; m.28/I)<sup>42</sup>. İlgili Tebliğ ile TTK'ndan farklı olarak bu şekilde bir düzenleme yapılmasının sebebi, SerPK'nun 1. maddesinde belirtilen güven ve açıklık ilkelerinin

---

<sup>38</sup> YeniTTK m.102/I.

<sup>39</sup> **KARAYALÇIN:** s.516; **ARKAN:** s.196; **KINACIOĞLU:** s.10,11; **HORN / KÖTZ/ LESER:** s.229; **BROUÏLLAUD, Jean Pierre:** Droit Commercial, Crescendo, Paris 1995, s. 122; **de JUGLORT, Michel / İPPOLITO, Benjamin:** Cours de Droit Commercial Avectroux, 11. édition, Paris 2000, s. 190.

<sup>40</sup> **ARKAN:** s.196; **KAYIHAN:** s.12, 13.

<sup>41</sup> **SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin:** "Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997, s. 177.

<sup>42</sup> Bkz., § 7.

gerçekleştirilmesi yoluyla tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmak istenmesidir.

Faaliyetlerini ve çalışma saatlerini serbestçe düzenleyebilen acentenin, bağımsız olduğunu kabul ettiğimiz için, aracı kurum acenteleriyle ilgili olarak da bu kriteri göz önünde bulundurabiliriz. SerPK'nda ve ilgili Tebliğ'de, aracı kurum acenteleriyle ilgili olarak faaliyetlerini ve çalışma saatlerini serbestçe düzenlemelerine engel teşkil edebilecek herhangi bir hüküm mevcut değildir. Yukarıda değindiğimiz üzere aracı kurum acentesi, aracı kurumun yakın gözetim ve denetimi altında olsa da üçüncü kişilerle kendi başına ilişki kurabileceği gibi faaliyetlerini ve çalışma saatlerini de kendi başına düzenleyebilir. Bu sebeple aracı kurum acentesinin yarı bağımsız olduğunu ifade edebiliriz.

Aracı kurumların, acente üzerinde denetim yetkilerinin bulunması, acentenin bağımsızlığına bir müdahale teşkil etmez. Zira, acentenin bağımsız olmadığını söyleyebilmek için, faaliyetlerinin doğrudan doğruya müvekkilin talimatlarına bağlı olması gerekir. Örnek olarak, müşterilerin müvekkil tarafından belirlenmesi, acentenin faaliyetlerini yürütürken çalışmalarını icra tarzı konusunda sıkı bir şekilde müvekkilin talimatlarına bağlı olması, yaptığı işler hakkında aralıksız olarak rapor verme zorunluluğunun bulunması durumlarında, acentenin bağımsız olduğunu söyleyemeyiz<sup>43</sup>. Bu bağlamda, aracı kurumun denetim yetkisini kullanması, aracı kurum acentelerinin faaliyetlerine ve çalışma saatlerine bir müdahale niteliğinde değildir.

Acente ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkinin sürekli olması esastır (TTK m.116/I)<sup>44</sup>. **Süreklilik** unsuru, ilişkinin hayat boyu ya da çok uzun bir süre devam etmesi anlamına gelmez. Ayrıca, kurulmasından çok kısa bir süre sonra sözleşmenin feshedilmesi halinde de süreklilik unsuru ortadan kalkmaz. Çünkü, bu unsurun varlığı, fiili duruma göre değil, tarafların sözleşmeyi yaparken güttükleri amaca göre belirlenir. Bu nedenle tarafların, acentelik sözleşmesi yapılırken ilişkinin sürekli olması yönünde iradelerini kullanmaları yeterlidir<sup>45</sup>.

Acente, tek bir veya (önceden belirlenmiş) sınırlı sayıda sözleşmenin kurulmasına, ya da bu sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmek için görev-

---

<sup>43</sup> KINACIOĞLU: s.11.

<sup>44</sup> YeniTTK m.102/I.

<sup>45</sup> ARKAN: s.198; KINACIOĞLU: s.14,15; ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3.Bası, İstanbul 1960, s.181; İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s.182; DOMANIÇ: s.349.

lendirilemez<sup>46</sup>. Bu anlamda, acentenin faaliyetleri belirli bir zaman dilimine yayılmalı ve arızî bir nitelik taşımamalıdır<sup>47</sup>.

Aracı kurum acentelerinin, faaliyetleri de belirli bir zamana yayılır ve arızî bir nitelik taşımaz. Söz konusu acenteler tek bir (veya önceden belirlenmiş sınırlı sayıda) sözleşmenin kurulması için aracılık yapmazlar. Aracı kurumların bankalarla imzaladıkları sözleşme ile tesis edilen aracı kurum acenteleri sürekli olarak faaliyette bulunmak amacıyla kurulmuşlardır. Çünkü V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinde dört bent halinde sayılan, aracı kurum acentelerinin icra edecekleri faaliyetler, nitelikleri icabı belirli bir zaman dilimine yayılırlar. Aracı kurum acentelerinin sürekli olarak faaliyette bulunmaları, sermaye piyasasının yapısı gereği de zorunludur. SerPK'nun 1. maddesinde belirtilen amaç, sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamaktır. Sermaye piyasalarında sağlanmak istenen bu güven ve kararlılık, sermaye piyasası kurumlarının ve bunların merkez dışı örgütlerinin süreklilik unsuruna sahip olmalarıyla temin edilebilir.

TTK m.116/I'de<sup>48</sup>, acentenin faaliyetlerini muayyen bir yer veya bölgede yapması gerektiği belirtilmiştir. Sözü geçen bu **tekel hakkını** acente ile müvekkil tacir, yazılı olarak kararlaştırarak kaldırılabilirler (TTK m.118)<sup>49</sup>. Bu sebeple, tekel hakkını acenteliğin bir unsuru olarak kabul etmek uygun değildir<sup>50</sup>.

V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "...Aracı kurumlar acentelik sözleşmesinde belirlenecek mahaller içinde, acenteleri aracılığıyla alacakları emirler doğrultusunda aracılık faaliyetleri çerçevesinde sermaye piyasası araçlarının alım satımında bulunabilirler". Sözü geçen hüküm uyarınca, acentelerin faaliyette bulunacakları yerlerin acentelik sözleşmesinde belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, aracı kurum acentelerine acentelik sözleşmesi ile tekel hakkı tanınmıştır.

Anılan Tebliğ'de aracı kurum acentelerine tanınmış olan bu hakkın, tarafların kendi aralarında anlaşması ile kaldırılıp kaldırılamayacağı konusunda

---

<sup>46</sup> **ARKAN**: s.198.

<sup>47</sup> **ARIK, Fikret**: Acentelik Bağıtı, Ankara 1948, s. 14,15; **İMREGÜN**: s.183; **KARAHAN**: s. 277; **MİMAROĞLU**: s.514.

<sup>48</sup> YeniTTK m.102/I.

<sup>49</sup> YeniTTK m.104.

<sup>50</sup> **ARKAN**: s. 196. Karşı yöndeki görüşler için bkz. **KARAHAN**: s. 276; **İMREGÜN**: s. 182; **KAYIHAN**: s. 15.

bir hüküm yoktur. SerPK’da ve ilgili Tebliğ’de hüküm bulunmayan durumlarda, tamamlayıcı olarak TTK hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durumda, TTK m.118<sup>51</sup> hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece, aracı kurum ile aracı kurum acentesi, kendi aralarında yapacakları yazılı bir anlaşmayla tekel hakkını kaldırılabilirler. Sözü geçen hüküm uyarınca, tekel hakkı tarafların anlaşmasıyla kaldırılabileceğinden, bunu aracı kurum acenteliğinin bir unsuru olarak kabul etmek doğru olmaz.

Aracı kurum acentelerini TTK’nda düzenlenen acentelikten ayıran en belirgin özellik, aracı kurum acentelerinin **yapabilecekleri faaliyetlerin** konu bakımından sınırlandırılmış olmasıdır. Aracı kurum acentelerinin yürütebilecekleri faaliyetler, V/46 sayılı Tebliğ’in 24. maddesinde dört bent halinde sayılmıştır. Aracı kurum acenteleri sözü geçen hükümde sayılan faaliyetler dışında hiçbir faaliyette bulunamazlar<sup>52</sup>. Buna karşılık TTK’nda düzenlenen klasik anlamdaki acentenin yürütebileceği faaliyetler konusunda Kanunda herhangi bir sınırlama yoktur. TTK’nda düzenlenen acentenin yapacağı faaliyetlerin kapsamı acentelik sözleşmesinde belirlenir. Ancak, acentelik sözleşmesinde acentenin yapabileceği işlemler belirlenmemiş veya sınırlandırılmamış olabilir. Bu durumda acente, ticari işletmenin konusuna giren sözleşmelerde aracılık eder veya bu sözleşmeleri müvekkili tacir adına yapar<sup>53</sup> (TTK m. 116/I)<sup>54</sup>.

Aracı kurum acentelerini TTK’nda düzenlenen acentelerden ayıran bir diğer fark, aracı kurum acentelerinin **sadece bankalar ve özel finans kurumları ile tesis edilebilmeleridir**<sup>55</sup>. Buna karşılık, TTK’nda acentelik için bu tür bir sınırlama mevcut değildir.

### **§ 3. ACENTELİK TESİSİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR**

#### **I-Aracı Kurumlara Getirilen Bildirim Yükümlülükleri Bakımından**

V/46 sayılı Tebliğ’in 25. maddesinin başlığı, “Acentelik şartları”dır. Aracı kurumların bankalarla acentelik tesis etmelerine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar, sözü geçen hükümde dört bent halinde sayılmıştır.

---

<sup>51</sup> YeniTTK m.104.

<sup>52</sup> Acentenin yapmasına izin verilen faaliyetler konusunda, bkz., § 4. Ayrıca, acenteye getirilen yasaklamalar ve bunların istisnası için bkz., § 5.

<sup>53</sup> **KINACIOĞLU:** s. 39; **KAYIHAN:** s. 80.

<sup>54</sup> YeniTTK m.102.

<sup>55</sup> Bkz., §2,II.



Bu şartlardan ilki, acentelik sözleşmesi imzalanan bankanın acentelik faaliyetlerinden sorumlu biriminin Kurul'a bildirilmesi yükümlülüğüdür (V/46 sayılı Tebliğ, m.25/I,a). Ayrıca aracı kurumlar, bankalarla tesis ettikleri acenteleri aracılığıyla icra ettikleri acentelik faaliyetlerinin devamı süresince, acentelik faaliyetinde bulunulan banka şubelerini de Kurul'a bildirmelidirler (m.25/III). Sözü geçen maddede bir açıklık bulunmamakla birlikte aracı kurumun, bu bildirimleri yazılı olarak yapmasında fayda vardır. Çünkü, V/46 sayılı Tebliğ'in 25. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, aynı maddede dört bent halinde sayılan koşulların yerine getirilmemesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk aracı kuruma aittir. Aracı kurumların belirtilen bu sorumlulukları nedeniyle, Kurul'a yapacakları bildirim yazılı olması ispat açısından önemlidir.

V/46 sayılı Tebliğ'in 25. maddesine göre, aracı kurumların bankalarla acentelik tesis etmesine izin verilebilmesi için, gerekli olan ikinci şart, acentelik sözleşmesi imzalanan bankanın, acentelik faaliyetlerinin yürütüleceği şubelerinde<sup>56</sup> bir müşteri temsilcisinin<sup>57</sup> acentelik işlemlerinden sorumlu personel olarak belirlenerek Kurul'a bildirilmesi zorunluluğudur (m.25/b). Aracı kurumun, belirtilen acentelik işlemlerinden sorumlu personeli, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Tebliğ'in 25. maddesinin ikinci fıkrasındaki sorumluluktan kurtulmak amacıyla yazılı olarak Kurul'a bildirmesinde fayda bulunmaktadır<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Bankalar Kanunu'nun 2. maddesinde şube tanımlanmıştır. Bu hükme göre şube, "Bankaların elektronik işlem cihazlarından ibaret birimleri hariç, şube, ajans ve mevduat kabulü veya diğer bankacılık işlemleriyle uğraşan sabit ya da seyyar büroları gibi her türlü yerel teşkilatlarını" ifade eder.

<sup>57</sup> Çağdaş bankacılıkta müşteriler ile olan ilişkilere büyük özen gösterilmesinin yanı sıra müşterilerin seçiminde de daha titiz davranılmaktadır. Bankalarda, özellikle pazarlama servislerinde işler müşteri temsilcileri (account officers) aracılığıyla yürütülür. Bu sayede bankalar müşterilerini yakından tanıyıp değerlendirme imkanına sahip olurken, müşteriler de yeni bankacılık hizmetlerinden sürekli olarak haberdar olurlar (**EYÜPGİLLER, Servet:** Bankacılar İçin Banka İşletmeciliği Bilgisi, Ankara 2000, s.220; **BERK, Metin:** "Bankalarda Pazarlama ve Müşteri Temsilcileri", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Şubat 1985, S.72, s.14,15).

<sup>58</sup> V/46 sayılı Tebliğ'in 29. maddesinde aracı kurumun acentelik faaliyetlerini takibi ve bildirim yükümlülüğü ile bunlara aykırı davranması sebebiyle doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda, anılan hükümle aracı kurumlara farklı bir bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, anılan Tebliğ'in 29. maddesi uyarınca, aracı kurumlar icra ettikleri sermaye piyasası faaliyetleri ile ilgili olarak hesap ilişkisi içine girdikleri kişi ve kurumlar hakkında gerekli araştırmaları yapmalıdırlar. Bu kişi ve kurumların birden fazla kişi adına veya temsilci sıfatıyla işlemlerde bulduklarının öğrenilmesi halinde, bu işlemlere bağlı olarak, sözü geçen maddede üç bent halinde sayılmış olan hususları tespit etmek zorundadırlar.

## **II- Bankanın Acentelik Faaliyetini Yürüteceği Şubelerinde Çalışacak Personelde Aranacak Nitelikler Bakımından**

Aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalayan bankanın acentelik faaliyetini yürüteceği şubelerinde çalışacak ihtisas personeli ile söz konusu personelin ihtisas konusuna göre işlevsel olarak bağlı bulunduğu birim yöneticisinin V/46 sayılı Tebliğ'in 9. maddesinin (d) bendinde sayılan nitelikleri taşıması gereklidir (V/46 sayılı Tebliğ, m.25/c).

## **III- Acentelik Faaliyetinin Yürütüldüğü Şubede Tabela Asılması Zorunluluğu**

V/46 sayılı Tebliğ ile aracı kurum acentelerine iki ayrı hükümle tabela ve açıklayıcı metin asma konusunda zorunluluk getirilmiştir. Bunlardan ilki, aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalayan bankanın, fiilen acentelik faaliyetinde bulunacağı şubelerine, hangi aracı kurumun acentesi olarak faaliyet gösterdiğini içeren bir tabelayı müşterilerin görebileceği şekilde asmış olması zorunluluğudur (V/46 sayılı Tebliğ, m.25/d). İkincisi ise aracı kurum acentesinin, V/46 sayılı Tebliğ uyarınca acente sıfatıyla yürütülebileceği faaliyetler ile banka sıfatıyla yetkili olduğu sermaye piyasası faaliyetlerini gösteren metni, işyerinde müşterilerin kolayca görebileceği bir yere asması şartıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/a).

Aracı kurum acentesi olan banka şubesinde, bu unsurların aranmasının sebebi, müşterilerin çıkarlarının korunmak istenmesidir. Acente olan banka ile çalışan müşteriler, o şubenin hangi aracı kurumun acentesi olarak faaliyet gösterdiğini bu şekilde rahatça öğrenebilirler. Aynı şekilde müşterilerin acentenin, acente sıfatıyla yürütebileceği faaliyetler ile banka sıfatıyla yetkili olduğu faaliyetleri kolayca görebilmeleri istenmiştir. Esasen anılan hükümlerdeki “müşterilerin kolayca görebileceği bir yer” ifadesiyle de bu açıkça ortaya konmuştur. Getirilen bu hükümlerle, sermaye piyasasının güven ve açıklık içinde çalışması sağlanmış olur (SerPK m.1).

Sermaye piyasalarında meslek ilkelerini, International Organization of Securities Commissions (Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonları Örgütü, IOSCO), evrensel birer değer olarak belirlemektedir. IOSCO'nun kabul ettiği meslek kurallarından biri de, müşteriler için bilgi sağlama (Information for Customers) ilkesidir<sup>59</sup>. Kurul söz konusu ilkeyi benimsemiş ve bu ilkeye,

<sup>59</sup> IOSCO ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., SUMER: s. 671-684; bkz. <http://www.iosco.org/> (erişim 19 Mart 2011); <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD266>.

V/46 sayılı Tebliğ'in "Faaliyetler süresince uyulması gereken ilkeler" başlıklı 11. maddesinin (d) bendinde yer vermiştir. Sözü geçen hüküm uyarınca, aracı kuruluşların, müşteriye ilgilendiren tüm konularda yeterli bilgilendirme ve şeffaflığı sağlamaları gerekir. Bu bağlamda, V/46 sayılı Tebliğ'in 25. maddesinin (d) bendinde açıklanan tabela asma zorunluluğu ve 27. maddesinin (a) bendinde açıklanan, acentenin gerekli açıklamaları içeren metni işyerine asması şartı, 11. maddenin (d) bendinde belirtilen, müşteriye ilgilendiren tüm konularda yeterli bilgilendirme ve şeffaflığın sağlanabilmesi açısından gereklidir.

V/46 sayılı Tebliğ'in 25. maddesinde dört bent halinde sayılan şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk aracı kuruma aittir (V/46 sayılı Tebliğ, m.25/II). Örneğin, acentelik faaliyetinin yürütüleceği banka şubesinde çalışacak ihtisas personelinin Tebliğ'de belirtilen niteliklere sahip olmamasından dolayı meydana gelecek zarardan aracı kurum sorumlu olacaktır. Yine, acentelik tesis edebilmek için aracı kurumun yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin ifa edilmemesi de aracı kurumun sorumluluğunu doğurur. Örneğin, bankanın acentelik faaliyetlerinden sorumlu olan biriminin Kurul'a bildirilmemesi halinde veya bankanın acentelik faaliyetini sürdüreceği şubelerinde acentelik işlemlerinden sorumlu personel olarak bir müşteri temsilcisinin belirlenerek Kurul'a bildirilmemesi durumunda aracı kurumun sorumluluğu söz konusu olacaktır.

#### **Ş 4. ACENTELERİN YAPMALARINA İZİN VERİLEN FAALİYETLER**

##### **I- Alım Satım Emirlerinin Aracı Kuruma İletilmesine ve Gerçekleşen Emirlerin Tasfiyesine Aracılık Etme**

Aracı kurum ile acentelik sözleşmesi imzalayan bankaların acente sıfatıyla yapabilecekleri faaliyetlerden ilki, sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım ve satım emirlerinin aracı kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık etmektir (V/46 sayılı Tebliğ, m.24/II,a). Bu anlamda, aracı kurum acenteleri sermaye piyasası araçlarının alım satımını yapamazlar. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere aracı kurum acenteleri aracı acente olup, bunların sözleşme yapmaya yetkileri yoktur<sup>60</sup>.

---

pdf, (erişim 19 Mart 2011), s. 104, 119.

<sup>60</sup> Bkz., §.2, I.

V/46 sayılı Tebliğ'in 45. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca alım satıma aracılık, ilgili mevzuata uygun olarak daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımını ifade eder. Tebliğ'deki bu tanım, SerPK'nun 30. maddesinin (b) bendi hükmündeki alım satıma aracılık faaliyetinin tanımıyla örtüşmektedir.

Bu faaliyet türünde aracı kuruluşlar, sermaye piyasası araçlarının 31. madde çerçevesinde, kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alım satımını yaparlar (SerPK m.30/II). Alım satıma aracılık işlemleri borsada veya borsa dışında yapılabilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.45/II; m.48).

Aracı kurumların, sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirleri kabul edebilmeleri için ilk önce müşterileriyle yazılı bir çerçeve sözleşme imzalamaları gerekmektedir (V/46 sayılı Tebliğ, m.45/II). V/46 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre çerçeve sözleşme, aracı kuruluşla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez yapılan ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmadır. Aracı kurum ile acentelik sözleşmesi imzalayan banka da, acente sıfatıyla yürüttüğü faaliyetler sırasında, müşterileri ile çerçeve sözleşme imzalamalıdır. Bu çerçeve sözleşme, her bir faaliyet için ilgili tebliğlerde öngörülen asgari unsurları içermeli ve müvekkil aracı kurumun ticaret unvanıyla kendisinin müvekkil aracı kurumun acentesi olduğunu belirten bir ibareyi de taşımalıdır. (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/b).

Alım satıma aracılık faaliyeti amacıyla müşterilerle imzalanacak olan çerçeve sözleşmeler müteselsil sıra numaralı ve en az iki nüsha olarak düzenlenir. Bu sözleşmenin bir örneği de müşteriye verilmelidir (V/46 sayılı Tebliğ, m.13/II)<sup>61</sup>.

Alım satıma aracılık faaliyetinde müşterilerden gelen sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirlerden, borsada işlem yapmayı gerektirenleri, ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde alınır ve yerine getirilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.45/II). Acenteleri olan aracı kurumlar, müşterilerinden gelen sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirleri acenteleri aracılığıyla alıp, bu emirler doğrultusunda, aracılık faaliyetleri

---

<sup>61</sup> Mülga V/19 sayılı Tebliğ'in 47. maddesinde alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinde bulunması gereken asgari hususlar belirtilmişti. V/46 sayılı Tebliğ'de ise bu tür bir hüküm mevcut değildir.

çerçevesinde sermaye piyasası araçlarının alım satımını yaparlar (V/46 sayılı Tebliğ, m.24/I).

Aracı kurumlar borsa dışında yapılacak işlemlerde, müşteri emirlerini çerçeve sözleşmesinde belirlenen esaslara göre kabul ederler ve bu emirleri özen borcu çerçevesinde yerine getirirler (V/46 sayılı Tebliğ, m.45/II). Ayrıca merkez dışı örgüt ağına sahip olan aracı kurumlar, borsa dışında yapılacak işlemlerde müşteri emirlerini acenteleri aracılığıyla alıp, yerine getirebilirler.

Borsa dışında faaliyet gösteren aracı kurumlar, mevzuatta aksine bir hüküm olmadıkça, üzerinde işlem yaptıkları sermaye piyasası araçlarının alı ve satış fiyatlarını iş yerinde ilân etmek zorundadırlar (V/46 sayılı Tebliğ, m.45/II).

Alım satıma aracılık faaliyetine ilişkin özel şartlar, V/46 sayılı Tebliğ'in 47. maddesinde düzenlenmiştir. Borsa dışı piyasalardaki alım satım işlemleri ise sözü geçen Tebliğ'de 48. maddede hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrası hükmü, borsa dışında alım satım aracılığı yapacak olan aracı kurumların bu faaliyetlerin yürütülmesine elverişli bir merkez dışı örgüt ağına sahip olma şartını aramaktadır.

## **II- Halka Arza Aracılık Faaliyetlerinde Gişe Hizmeti Vermek**

Halka arza aracılık faaliyeti, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışına aracılık yapılmasıdır. Halka arza aracılık faaliyeti, en iyi gayret aracılığı ve aracılık yüklenimi olarak iki şekilde yapılabilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.38/I).

V/46 sayılı Tebliğ'in 41. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yazılı bir *aracılık sözleşmesi* yapılması şarttır. Bu sözleşme sermaye piyasası aracını ihraç eden ile aracı kurum ya da mevduat kabul etmeyen banka arasında yapılır (V/46 sayılı Tebliğ, m.41/I).

Aracı kurum ile acentelik sözleşmesi imzalayan bankalar, acente sıfatıyla, aracı kurumun yaptığı halka arza aracılık faaliyetleri kapsamında, V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinin (b) bendinde açıklanan faaliyetleri yapabilirler. Mevduat kabul etmeyen bankalar dışındaki bankalar bu tür gişe hizmetleri verilmesinin dışında hiçbir surette halka arza aracılık faaliyetinde bulunamazlar (V/46 sayılı Tebliğ, m.38/VI).

Aracı kurum ile acentelik sözleşmesi imzalayan bankalar, başka bir deyimle aracı kurum acenteleri, acente sıfatıyla, aracı kurumun yaptığı halka

arza aracılık faaliyetleri çerçevesinde, müşterilerden gelen taleplerin toplanması, bu taleplerin aracı kurum merkezine iletilmesi ve müşteriler tarafından ilgili sermaye piyasası aracının bedeli olarak tevdi edilen paranın tahsili ya da geri ödenmesi gibi işlemleri kapsamak üzere gişe hizmeti verirler (V/46 sayılı Tebliğ, m. 24/II,b; m. 38/VI).

Aracı kurum acentesinin halka arza aracılık faaliyeti kapsamında gişe hizmeti sunmasına örnek verecek olursak, sermaye piyasası aracını ihraç eden ihraççı şirketle aracılık yüklenimi sözleşmesi yapan aracı kurum, bu aracılığı *tümünü yüklenim* (kesin bağlantı aracılığı) şeklinde yapacağını taahhüt edebilir. Tümünü yüklenim, sermaye piyasası araçlarının, bedeli satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenerek tamamının satın alınması ve bunların halka satılmasının üstlenilmesidir (V/46 sayılı Tebliğ, m.38/II,b). Bu tür bir taahhütte bulunan aracı kurumun acentesi, halka arz edilen sermaye piyasası araçlarını satın almak için müşterilerden gelen talepleri toplar, bu talepleri aracı kurum merkezine iletir. Acente ayrıca, ilgili sermaye piyasası aracının bedeli olarak, müşteriler tarafından tevdi edilen paranın tahsili veya geri ödenmesi şeklinde gişe hizmeti de verebilir. Aracı kurum acentesi, müşterilerden gelen talepleri toplayıp bunları aracı kuruma iletmek şeklindeki *aracılık* ve *gişe hizmeti vermek* dışında halka arza aracılık faaliyetiyle ilgili başka bir faaliyette bulunamaz.

### **III- Portföy Yöneticiliği Faaliyetinin Tanıtımını Yapmak ve Bununla İlgili Tahsil ve Tediye İşlemlerini Yürütmek**

Gerçek veya tüzel kişilerin, faiz veya kâr payı gibi gelir elde etmek amacıyla, çeşitli sermaye piyasası araçlarını, gayrimenkulleri, altın ve diğer kıymetli madenleri satın alarak oluşturdukları yatırımlarına (sermayelerine) portföy adı verilmektedir<sup>62</sup>. Portföy yönetimi ise, değerinin korunması ve çoğaltılması amacıyla profesyonel portföy yöneticileri tarafından portföyün yönetimidir<sup>63</sup>.

Kurul, SerPK'nun 22. maddesi uyarınca verilen yetkiye dayanarak, V/29 sayılı "Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak

---

<sup>62</sup> ÜNAL, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997, sh. 133; KAPLAN, İbrahim: "Portföy Yönetimi Sözleşmesi", BATİDER, C.XVIII, S.1-2, 1995, sh. 47; KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.1, Ankara 1996, (KAPLAN: Banka). sh. 247.

<sup>63</sup> KAPLAN: sh. 47-49; KAPLAN: Banka, sh. 244, 262; KARAKAŞ, Tülay: Portföy Yönetimi Sözleşmesi, Ankara 2000, sh. 8.

Portföy Yönetimi Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği”<sup>64</sup> ile düzenlemeler yapmıştır. Sözü geçen Tebliğ’in 4. maddesi hükmüne göre portföy yöneticisi, “Portföy yönetim şirketlerinde yatırımcılara ait portföyleri yönetmek üzere görevlendirilen ve nitelikleri bu Tebliğ ile belirlenen kişileri ifade eder”.

Portföy yönetim şirketleri ise, özellikle portföy yöneticiliği faaliyetinde bulunmak üzere Kanun’da ve V/29 sayılı Tebliğ’de belirlenen şartları yerine getirerek Kurul’dan yetki belgesi almış şirketlerdir<sup>65</sup> (V/29 sayılı Tebliğ, m.5/I).

Portföy yönetim şirketlerinin faaliyet şartları V/29 sayılı Tebliğ’de 8. madde hükmünde yedi bent halinde sayılmıştır. Faaliyet izni alabilmek için yapmaları gereken işlemler ise sözü geçen Tebliğ’in 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Kurul’ca yapılacak değerlendirme sonucunda faaliyet izni verilmesi uygun görülen portföy yönetim şirketine, portföy yöneticiliği faaliyetini icra edebileceğini gösteren *yetki belgesi* verilir (V/29 sayılı Tebliğ, m.9/III).

Portföy yöneticiliği yetki belgesine sahip olan aracı kurum ile acentelik sözleşmesi imzalayan bankalar, acente sıfatıyla portföy yöneticiliği faaliyetinin tanıtımını yapabilirler. Buna ek olarak acenteler, portföy yöneticiliği faaliyetiyle ilgili sadece tahsil ve tediye işlemlerini yürütebilirler (V/29 sayılı Tebliğ, m. 24/II,c).

Acenteler, V/46 sayılı Tebliğ’in 24. maddesinin (c) bendi hükmünde belirtilen bu iki faaliyet haricinde portföy yöneticiliği faaliyetiyle ilgili işlemleri yapamazlar. Örneğin, portföy yöneticiliği faaliyetini yapmaya yetkili olan kuruluşların yatırımcılar ile yazılı bir sözleşme yapmaları zorunludur. Bu sözleşmenin adı portföy yönetim sözleşmesidir (V/29 sayılı Tebliğ, m.14/I). Aracı kurum acenteleri ise, bahsi geçen portföy yönetim sözleşmesini imzalamazlar.

Yatırımcı, yetkili portföy yönetimi şirketine tevdi ettiği, sermaye piyasası araçlarının, gayrimenkullerinin, altın ve diğer kıymetli madenlerinin güvenli, likit ve kârlı yatırımlara yöneltmesi için, portföy yönetimi şirketi-

---

<sup>64</sup> RG., 19.12.1996, S. 22852.

<sup>65</sup> V/29 sayılı Tebliğ’in Geçici Madde 1, hükmü uyarınca, “Portföy yöneticiliği yetki belgesine sahip olan aracı kurumlar, alınacak bir Kurul Kararına kadar bu Tebliğ’deki esaslar çerçevesinde faaliyetlerini sürdürürler.”

ne tasarruf yetkisi de verir<sup>66</sup>. Bu bağlamda yatırımcı, aracı kurum ile portföy yönetimi sözleşmesi imzalamış olsa dahi, aracı kurum acentesinin bu portföy üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Daha önce değindiğimiz üzere, acente sadece, portföy yöneticiliği faaliyetinin tanıtımını yapar. Başka bir ifadeyle, acente yatırımcı ile müvekkili aracı kurumun sözleşme yapması için çaba gösterir. Ayrıca bu faaliyetle ilgili tahsil ve tediye işlemlerini yürütür.

#### **IV- Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumdan Gelen Doküman ve Belgeleri Açıklamak**

Kurul, V/47 sayılı “Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”<sup>67</sup> ile yatırım danışmanlığı faaliyetini ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlarla ilgili esasları düzenlemiştir.

Yatırım danışmanlığı, karşılığında maddi bir menfaat elde etmek amacıyla, müşterilere sermaye piyasası araçlarıyla bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında yönlendirici nitelikte yazılı ve sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulmasıdır (V/47 sayılı Tebliğ, m.3) .

Yatırım danışmanlığı faaliyetinde, yatırımcı yetkili kuruluştan bilgi ve tavsiye alır. Ancak aldığı bilgi ve tavsiyelere dayanarak tercihini ve yatırımını bizzat kendisi yapar<sup>68</sup>.

Aracı kurumların, portföy yönetim şirketlerinin ve mevduat kabul etmeyen bankaların yatırım danışmanlığı faaliyetinde bulunabilmeleri için, V/46 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde Kurul’a başvuruları ve izin almaları gereklidir (V/47 sayılı Tebliğ, m.9).

V/46 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen şekilde faaliyet izni almak için yapılan başvurular, ayrı ayrı incelenerek Kurul’ca uygun görülen kuruluşa, icra edeceği her bir faaliyeti gösteren *yetki belgesi* verilir. Yetki belgelerinin tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur (V/46 sayılı Tebliğ, m.10/III) .

Yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip olan aracı kurumun acentesi, yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında aracı kurumdan gelen doküman ve bilgileri müşterilere açıklayabileceği gibi, aynı zamanda yatırım danışman-

<sup>66</sup> KAPLAN: sh. 47. KAPLAN: Banka, sh. 247.

<sup>67</sup> RG.,7.09.2000, S. 24163.

<sup>68</sup> KAPLAN: Banka, sh. 263; ÜNAL: sh. 228.



lığı faaliyetinin tanıtımını da yapabilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.24/II,d). Aracı kurum acentesi, sözü geçen Tebliğ'in 24. maddesinin (d) bendi hükmünde, belirtilen bu iki işlem haricinde, yatırım danışmanlığı faaliyeti ile ilgili bir işlem yapamaz. Örneğin aracı kurum acentesi, bizzat yatırımcıyı yönlendirici bilgi ve tavsiye veremez.

Aracı kurum acentesi, yatırım danışmanlığı konusunda tanıtım amaçlı çalışmalar yapabilir. Ancak, bu çalışmalar tanıtım amacı dışına çıkmamalıdır. Başka bir deyişle acentenin yaptığı bu çalışmalar, sadece yatırımcıyı acentesi olduğu aracı kurumla sözleşme yapmaya yönelik nitelikte, tanıtım mahiyetinde olmalıdır.

### **§ 5. ACENTEYE YASAKLANAN FAALİYETLER**

Aracı kurum acentelerinin yapabilecekleri faaliyetler V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinde dört bent halinde sıralanmıştır<sup>69</sup>. Acente, sözü geçen madde hükmüyle kendisine tanınan yetkiler dışında, aracı kurumların faaliyet konularının kapsamına giren diğer konularda işlem yapamaz ve hizmet veremez. Bununla birlikte, acente bankanın, banka sıfatıyla sahip olduğu yetki belgelerine bağlı olan faaliyetleri bu hükmün dışındadır. Acente banka, bu tür faaliyetleri herhangi bir kısıtlama olmaksızın yapabilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/II).

V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinde belirtilmiş olan, acenteye izin verilen faaliyetlere ek olarak, acentenin müşterilerinin alım ve satım emirlerinin tasfiyesinde müşteriye yapılacak ihbar yükümlülüğünün acente tarafından yerine getirilebileceği anılan Tebliğ'in 27. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Bu hüküm 27. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen yasaklamaya istisna teşkil etmektedir.

V/46 sayılı Tebliğ'in "Aracı kuruluşların yapamayacakları iş ve işlemler" başlıklı 58. maddesinin (k) bendi uyarınca, aracı kurumların merkez dışı örgütleri, müşterilerden hisse senedi alım satım emri verme, ordino ve diğer belgeleri imzalama, nakit ve menkul kıymet yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekâletname alarak müşteri adına işlem yapamazlar. Aracı kurumların merkez dışı örgütlerine dahil olan aracı kurum acentesi de bu sınırlamalara uymak zorundadır.

---

<sup>69</sup> Bkz. §4.

## § 6. ACENTENİN UYACAĞI KURALLAR

### I- Çerçeve Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bakımından

Aracı kurum acentesinin, acente sıfatıyla yürüttüğü faaliyetlerin icrası sırasında, müşterileri ile her bir faaliyet için ilgili tebliğlerde öngörülen asgâri hususları içeren ve müvekkil aracı kurumun ticaret unvanı ile kendisinin müvekkil aracı kurumun acentesi olduğunu belirten bir ibareyi taşıyan *çerçeve sözleşmesini* acente sıfatıyla imzalaması ve sözleşmenin bir örneğini müşteriye vermesi gerekir (V/46 sayılı Tebliğ, m. 27/b). Buna göre çerçeve sözleşme, aracı kurum acentesi ile müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenler, başlangıçta bir kez yapılır ve münferit işlemlerin esasını oluşturur (V/46 sayılı Tebliğ, m.13/I).

Çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluşlar lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır (V/46 sayılı Tebliğ, m.13/III). Anılan hükümle getirilen yasaklamalar, sermaye piyasasında *yatırımcının korunması ilkesinin* benimsendiğini açıkça göstermektedir<sup>70</sup>.

Aracı kurum acentesinin, müşterilerine banka sıfatıyla yetkili olunan faaliyetlere ilişkin olarak da hizmet sunması durumunda, V/46 sayılı Tebliğ'in m.27/(b) bendinde öngörülen esaslara uygun olmak şartıyla tek bir sözleşme imzalaması da mümkündür (V/46 sayılı Tebliğ, m. 27/b). Başka bir anlatımla, aracı kurum acentesinin müşterileri ile imzaladığı çerçeve sözleşme, acentenin banka sıfatıyla yetkili olduğu faaliyetlere ilişkin olarak müşteriyle arasındaki ilişkiyi düzenleyen konuları da içerebilir. Böylece tek bir sözleşme ile hem acente sıfatıyla yetkili olunan faaliyetler yapılabilecek hem de müşteriye banka sıfatıyla hizmet sunulabilecektir.

### II- Müşterilere Ait Hesap ve İşlemlerin İzlenmesi Açısından

Aracı kurum acentesinin, müşterilerine ait hesap ve işlemleri, hem kendisinin hem de müvekkil aracı kurumun müşteri bazında izlemesi esastır (V/46 sayılı Tebliğ, m. 27/c). Bu hüküm sermaye piyasasının ilkelerinden, *özen gösterme* ilkesiyle uyumludur. Kurul, IOSCO'nun ilkeleri arasında yer

---

<sup>70</sup> SUMER: s.682.

alan *özen gösterme* (Diligence) ilkesini<sup>71</sup>, V/46 sayılı Tebliğ’de aracı kuruluşların uymak zorunda oldukları ilke ve esasların düzenlendiği, m.11/(a) bendi hükmüyle benimsemiştir. Anılan hükme göre, aracı kuruluşlar faaliyetlerini yürütürken işin gerektirdiği mesleki dikkat ve özeni göstermelidirler. Ayrıca, bunun için gereken önlemleri de almalıdırlar. Kurul, V/46 sayılı Tebliğ’in m.11/(a) bendindeki düzenleme ile TTK’nun 20.<sup>72</sup> maddesinde hüküm altına alınan tacirin basiretli davranma yükümlülüğüne objektif bir ölçü getirmiştir. Bu anlamda aracı kurum acentesi, basiretli bir tacir gibi davranarak, yaptığı faaliyetlerin gerektirdiği mesleki dikkati ve özeni gösterirken, aynı zamanda gereken önlemleri de almalıdır.

Müşterilere ait hesap ve işlemlerin aracı kurumda müşteri bazında izlenmemesi halinde alınması gereken önlemler, anılan Tebliğ m.27/(c) bendinde dört madde halinde sıralanmıştır<sup>73</sup>.

### **III- Muhasebe, Belge ve Kayıt Düzeni Açısından**

Aracı kurum acentesinin, aracılık faaliyetlerine ilişkin muhasebe, belge ve kayıt düzeni ile ilgili olarak Kurul’ca yapılacak düzenlemelere uyması zorunludur (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/d).

V/6 sayılı, “Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ”<sup>74</sup> uyarınca, müşterilere hesap ekstresi, müşteri menkul kıymet hareket listesi ve müşteri menkul kıymet hareket dökümü gönderme yükümlülüğü, ilgili hesap ve işlemlerin müşteri bazında izlendiği yere bağlı olarak acente veya aracı kurum tarafından yerine getirilebilir. Acente olarak faaliyet gösteren banka ve müvekkil aracı kurum, müşterilerine farklı sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin hizmet verebilirler. Bu durumda, yapılan işlemlerin tümünü

---

<sup>71</sup> **SUMER:** s. 678-679; bkz. <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD266.pdf>, (erişim 19 Mart 2011), s. 119.

<sup>72</sup> YeniTTK m.18/II.

<sup>73</sup> Buna göre, acente bankanın aracılık yapılan şubelerinde bu hesap ve işlemlerin müşteri bazında izlenebilmesine imkân verecek alt yapının oluşturulması gereklidir (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/c,1). Ayrıca, bankanın bu şubelerinde izlenen işlemlere ait konsolide bilgiler, bankanın acentelik faaliyetlerinden sorumlu biriminde de bulunmalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/c,2). Acente bankanın aracılık yapılan şubelerinde izlenen müşterilere ait işlemlere ilişkin bilgilere, müvekkil aracı kurumdan da ulaşılabilecek bir alt yapı oluşturulmalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/c,3). Bu önlemlere ek olarak, Kurul ya da müşteriler tarafından, müşterilere ait hesap ve işlemlere ilişkin belgeler istendiğinde aracı kurumun bunları ibraz etmesi şarttır (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/c,4).

<sup>74</sup> RG., 31.01.1992, S. 21128.

içermek kaydıyla müşteriye acente veya müvekkil aracı kurum tarafından tek bir hesap ekstresi verilebilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.27/III).

## **§ 7. ACENTE ARACILIĞIYLA YAPILAN İŞLEMLERDE HUKUKİ SORUMLULUK**

### **I- Aracı Kurum ve Acente Bankanın Sorumluluğu**

Acente aracılığıyla yapılan işlemler ve bu işlemlerle ilgili olarak müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukukî sorumluluk, müteselsilen müvekkil aracı kurum ile acente bankaya aittir. Aracı kurum ve acente bankanın mevzuat ve sözleşme gereği birbirlerine rücu hakkı saklıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.28/I).

Bu hüküm uyarınca, TTK'nda düzenlenen acenteden farklı olarak, aracı kurum acentesinin yaptığı işlemlerden, acente banka ile birlikte aracı kurum sorumlu olacaktır. Bu düzenlemenin sebebi, SerPK'nun 1. maddesinde amaçlanan güven ve açıklık ilkelerinin gerçekleştirilmesi ve tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının etkili biçimde korunmasının sağlanmak istenmesidir<sup>75</sup>. Örneğin, acentenin kusuru sonucu zarara uğrayan müşteri, zararın giderilmesini dilerse kusurlu olan acenteden isteyebileceği gibi, sadece aracı kurumdan veya her ikisinden birden isteyebilir.

Aracı kurum ile acente bankanın iç ilişkide borcu hangi oranda yükleneneği konusunda BK'nun 146.<sup>76</sup> maddesinden faydalanabiliriz. BK m.146/I'de belirtildiği üzere, zarar gören alacaklıya ödeme yapıldıktan sonra, müteselsil borçlulardan her birinin borcu hangi oranda paylaşacağı aralarındaki iç ilişkiye göre belirlenir. Payından fazla ödemedede bulunan borçlu, ödediği fazlalık oranında diğerlerine rücu edebilir. Burada müteselsil borçlular arasında kanundan doğan bir rücu hakkı mevcuttur. BK'nun 146. maddesine göre, aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil borçlular iç ilişkide eşit oranda borçlanmış sayılırlar. Bu hukuk kuralı düzenleyici bir hukuk kuralıdır, dolayısıyla taraflar aralarında bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, hakim, takdir hakkını kullanarak, BK'nun 50 ve 51. maddelerine göre, borçlular arasında farklı bir paylaşım yapabilir. Bu takdirde hakim zarar verenlerin kusurlarını göz önünde bulundurur<sup>77</sup>. Nitekim BK m.51/II hükmüne göre, ilk önce haksız

---

<sup>75</sup> Bu yönde bkz., **SÖNMEZ:** s. 177.

<sup>76</sup> YeniBK. m.167.

<sup>77</sup> **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, 5.Bası, İstanbul 1999, s. 1197-1199.

fiiliyle zarara yol açan sorumlu tutulur. Daha sonra ise, kusuru olmayan ve sözleşmeye göre sorumluluğu bulunmadığı halde kanun gereğince sorumlu tutulan kişiye başvurulur.

Sonuç olarak, zarar gören müvekkile kendi payına düşen borç miktarından daha fazlasını ödemiş olan aracı kurum müteselsil borçlu olan acenteye rücu edebilir. BK'nun 146. maddesini göz önünde bulundurursak, müteselsil borçlular iç ilişkide eşit oranda borçlanmış sayıldıklarından, aracı kurum borcun yarısından sorumlu olacaktır. Ancak anılan hüküm düzenleyici bir hukuk kuralı olduğu için aksi kararlaştırılabilir. Yukarıda değindiğimiz üzere hâkim BK'nun 50 ve 51. maddelerine göre borçlular arasında eşitliğe dayanmayan bir paylaşırma yapabilir.

## **II- Sorumluluğu Kaldıran Veya Hafifleten Anlaşmaların Geçersizliği**

Aracı kurum ve acente banka, kendi aralarında veya müşterilerle yapılacak sözleşmelerde, V/46 sayılı Tebliğ m.28/I'de düzenlenen sorumluluğu kaldıran ya da hafifleten kayıtlar koyamazlar (V/46 sayılı Tebliğ, m.28/II).

*Sorumluluktan kurtulma şartının* düzenlendiği BK'nun 99. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, borçlunun kast veya ağır kusuru sebebiyle oluşan sorumluluktan kurtulmasını veya sorumluluğun hafifletilmesini öngören önceden yapılmış anlaşmalar geçersizdir. Ancak anılan hükmün ikinci fıkrasına göre, önceden yapılmış anlaşmalar borçluyu, hafif kusurdan doğan sorumluluktan kurtarıcı nitelikteyse bağlayıcıdır. Bununla birlikte, borçlunun sorumluluğu hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa hâkim, hafif kusurda borçluyu sorumluluktan kurtaran anlaşmayı takdir hakkını kullanarak geçersiz sayabilir.

Aracı kurumların ve acentelerinin aracılık faaliyetinde bulunmalarını imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanatın icrası olarak kabul edilebiliriz (SerPK m.31/I). Bu sebeple, hafif kusurdan doğan sorumluluktan kurtulmak için, aracı kurum ve acente bankanın kendi aralarında ve müşterilerle yaptıkları sözleşmeleri hâkim, takdir hakkını kullanarak geçersiz sayabilir (BK m.99/II). Ancak, bu konuda V/46 sayılı Tebliğ ile açık bir düzenleme yapılarak, sorumluluktan kurtulma amaçlı anlaşmalar tamamen yasaklanmıştır (m.28/II). Böylelikle, aracı kurumların ve acentelerinin hafif kusurdan doğan sorumluluktan kurtulmak için yaptıkları anlaşmaların geçerliliği hâkimin takdirine

bırakılmamıştır. Bu bağlamda, aracı kurum ve acenteleri hafif kusurlarından dahi sorumludurlar.

## **§ 8. ARACI KURUMLARIN YURT DIŞINDA ACENTELİK TESİSİ**

### **I- Genel Olarak**

Aracı kurumların yurt dışında merkez dışı örgüt açmaları ile ilgili düzenlemeler V/46 sayılı Tebliğ'in "Aracı Kurumların Yurt Dışındaki Merkez Dışı Örgütleri" başlıklı Yedinci Bölümü'nde iki madde ile düzenlenmiştir. Mülga V/19 sayılı Tebliğ'de ise, aracı kurumların yurt dışında merkez dışı örgüt tesis etmeleri ile ilgili herhangi bir hüküm mevcut değildi. V/46 sayılı Tebliğ ile düzenlemeler yapılması isabetli olmuş, yurt dışında merkez dışı örgüt açmak için yapılması gerekenler 31. madde ile hüküm altına alınarak belirsizliğe son verilmiştir.

### **II- Yurt Dışında Acentelik Tesisi**

V/46 sayılı Tebliğ'in 30. maddesine göre, aracı kurumlar Kurul'dan izin almak şartıyla yurt dışında, "a) Şube veya irtibat bürosu açmak,

b) İlgili ülkenin yetkili otoritesinden faaliyet izni almış aracı kuruluşlar ile acentelik tesis etmek,

c) V/46 sayılı Tebliğ'in 26. maddesi uyarınca acentelik sözleşmesi aksettikleri bankaların yurt dışındaki şubeleri ile acentelik tesis etmek, suretiyle örgütlenebilirler."

Bu hüküm uyarınca, aracı kurum yurt dışında acentelik tesis etmek istediği takdirde önünde iki seçenek vardır. Bunlardan ilki, (b) bendinde belirtilen, Türkiye'de aracılık faaliyetinde bulunan aracı kurumun, acentelik tesis etmek istediği ülkenin yetkili otoritesinden faaliyet izni almış aracı kuruluşlar ile acentelik tesis etmesidir. Bu durumda Türkiye'de faaliyette bulunan aracı kurum, V/46 sayılı Tebliğ'in 24. maddesinde belirtilen şekilde bankalar ile acentelik sözleşmesi imzalamasına gerek olmadan, yurt dışındaki aracı kuruluşlar ile ilgili ülkede acentelik tesis edebilir.

Aracı kurumun sunulan ikinci seçenek ise, (c) bendinde açıklanmıştır. Bu bent hükmü uyarınca, aracı kurumlar V/46 sayılı Tebliğ'in 26. maddesine göre, acentelik sözleşmesi yaptıkları bankaların, yurt dışındaki şubeleri ile acentelik tesis edebilirler. Bu durumda aracı kurum, Kurul'dan her bir şube bazında izin almalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.30/II).

Aracı kurumun yurt dışında herhangi bir borsaya üye olabilmesi için de Kurul'dan izin alması gereklidir. Bu halde işlemler üye olunacak borsanın bulunduğu ülke mevzuatına uygun biçimde yapılmalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.30/III).

### **III- İzin Alma Süreci**

V/46 sayılı Tebliğ'in yukarıda açıkladığımız 30. maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri uyarınca yurt dışında merkez dışı örgüt açmak isteyen aracı kurumların Kurul'dan izin alma süreci, sözü geçen Tebliğ'de 31. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, aracı kurumun yapması gereken işlemlerden ilki, acentelik sözleşmesi imzalanacak aracı kuruluş ya da banka şubesinin ilgili ülkenin yetkili otoritesi tarafından yetkilendirilmiş olduğuna ve Türkiye'de kurulmuş olan bir aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalamasında sakınca bulunmadığına dair yetkili olan otoriteden yazı alınmasıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/I,a) .

İkinci olarak, başvuru konusu merkez dışı örgütün organizasyon yapısı ile yapılması planlanan faaliyetleri içerecek şekilde bir fizibilite etüdü hazırlanmalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/I,b).

Son olarak, başvuru konusu merkez dışı örgütte görev alacak sorumlu personel ile diğer personeli tanıtıcı bilgiler ile bu kişiler hakkında ilgili ülkenin yetkili otoritesi tarafından uygulanmış herhangi bir idari, hukuki ya da cezai müeyyidenin bulunup bulunmadığına ve şayet bir müeyyide söz konusu ise, müeyyidenin niteliğine dair bir yazı alınmalıdır (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/I,c).

Yurt dışında merkez dışı örgüt açmak isteyen aracı kurumun, V/46 sayılı Tebliğ'de üç bentte açıklanan bu üç belge ile birlikte Kurul'a başvurması gerekir (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/I,c). Bu başvurular, ilgili ülkenin yetkili otoritesi ile Kurul arasında yeterli bilgi akışı ve ülke mevzuatları arasında uyum olup olmadığı açısından değerlendirilir (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/III). Bunlara ek olarak, merkez dışı örgüt açılmak istenen ülkede ilâve şartların aranması durumunda, aracı kurum tarafından bunlar hakkında Kurul'a bilgi verilmeli ve ilgili belgeler Kurul'a gönderilmelidir (V/46 sayılı Tebliğ, m.31/II).

### **SONUÇ**

Aracı kurumların merkez dışı örgüt açma başvurularını, mevzuata uygun olup olmadıkları açısından değerlendiren Kurul, merkez dışı örgütleri faaliyete geçtikten sonra da yakından takip edip, denetler. Bu bağlamda, Kurul'a

sermaye piyasasının güven ve istikrar içinde çalışmasını sağlamak için geniş bir takdir ve etkili bir denetim yetkisi verilmiştir. Burada önemli olan nokta, merkez dışı örgütlerin mali açıdan denetimleridir. Çünkü, sermaye piyasasına ve yatırımcılara zarar veren durumlar, çoğunlukla mali problemler sebebiyle oluşur.

TTK'nda düzenlenen acentelik sözleşmesini *kendine özgü sürekli bir iş görme sözleşmesi* olarak nitelendirebiliriz. Aracı kurum ile banka arasında imzalanan acentelik sözleşmesi de *sürekli* borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir. Ancak, aracı kurum acenteliğinin özellikleri, TTK'nda düzenlenen acenteden önemli noktalarda farklılıklar göstermektedir.

Aracı kurum acentelerinin en belirgin özelliği, yapabilecekleri faaliyetlerin konu bakımından sınırlandırılmış olmasıdır. Bunlar, V/46 sayılı Tebliğ'de sayılan faaliyetler dışında hiçbir faaliyette bulunamazlar. Buna karşılık, TTK'nda düzenlenen acentelik için bu tür bir sınırlama mevcut değildir.

Acentelere izin verilen faaliyetlerden ilki, sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım satım emirlerinin aracı kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık etmektir. Ancak, aracı kurum acenteleri sermaye piyasası araçlarının alım satımını yapamazlar. Çünkü, aracı kurum acentelerine izin verilen faaliyetlerin hiç birinde, acenteye sözleşme yapma yetkisi verilmemiştir. Bu anlamda, aracı kurum acenteleri aracı acentedirler. Acentenin yapabileceği ikinci faaliyet, halka arza aracılık faaliyeti kapsamında gişe hizmeti vermektir. Acente, müşterilerden gelen talepleri toplayıp bunları aracı kuruma iletmek şeklindeki *aracılık* ve *gişe hizmeti vermek* dışında halka arza aracılık faaliyetiyle ilgili başka hiç bir faaliyette bulunamaz.

Acentenin müşterilerine ait hesap ve işlemleri hem kendisinin hem de aracı kurumun izleyebilmesi gereklidir. Bunun gerçekleşmemesi veya mümkün olmaması halinde Tebliğ'de açıklanan önlemlerin alınmasına yönelik düzenleme, sermaye piyasasının ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda isabetli bir düzenlemedir. Tebliğ ile yapılan bu düzenleme sayesinde, aracı kurumun ve acentenin gereken mesleki dikkat ve özeni göstermesi sağlanmış olur. Böylece, IOSCO ilkeleri arasında yer alan *özen gösterme* ilkesine, V/46 sayılı Tebliğ'in 11. maddesinin (a) bendinde de yer verilmiştir.

Acente aracılığıyla yapılan işlemler ve müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukuki sorumluluk müteselsilen müvekkil aracı kurum ile acente ban-



kaya aittir. Aracı kurum ve acente bankanın mevzuat ve sözleşme gereği birbirlerine rücu hakkı saklıdır. Aracı kurum veya acente bankanın, acente aracılığıyla yapılan işlemler ve müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan sorumluluğu kaldıran veya hafifleten sözleşmeler yapmaları yasaklanmıştır. Bu düzenleme, müşterilerin hak ve yararlarının etkili biçimde korunması açısından olumludur.

Çalışmamızda açıklamış olduğumuz üzere, V/46 sayılı Tebliğ ile aracı kurum acenteliği tesisinin daha sıkı koşullara bağlanmasının sebebi, izinsiz acentelik faaliyetlerinin önüne geçilmek istenmesidir. Bu anlamda, bankaların acente sıfatıyla faaliyette bulunmaları sermaye piyasasının güvenliği açısından olumlu olmuştur. Böylece kötü niyetli kişilerin bir aracı kurumla acentelik sözleşmesi imzalamadan, aracı kurum acentesiymiş gibi davranarak yatırımcıyı zarara uğratmalarının önüne geçilebilecektir. Bu açıdan bakıldığı zaman getirilen düzenleme ile sorunun çözüldüğü söylenebilir. Ancak bize göre bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden sonra aracı kurum acentelerinin sayısında büyük bir azalma olmasıdır. Sonuç olarak, aracı kurum acentelerinin daha güvenli ve denetimlerinin kolay olması uğruna uygulamada sayılarının oldukça azaldığını görmekteyiz. Bu ise modern sermaye piyasalarıyla sağlanmak istenen düzene aykırı bir olgudur. Zira gelişen sermaye piyasalarında işlem hacmi de gittikçe artmaktadır. Bunun sonucunda da aracı kurumlar merkez dışı örgütlere daha çok ihtiyaç duymaktadırlar.

Bu durumda, acentelerin, bankalarla yapılan bir sözleşmeyle kurulmasını düzenleyen ilgili Tebliğ hükümlerinde değişiklikler yapılabilir. Getirilecek düzenlemeler ile, bir gerçek veya tüzelkişiyle de acentelik sözleşmesi yapılmasına izin verilirse, aracı kurumların acentelik sözleşmesini imzalamaları kolaylaşır. Ancak izinsiz acentelik faaliyetleriyle karşılaşmamak için, acenteye kuruluş aşamasında ve faaliyetleri sırasında uygulanan sıkı denetimlerin devam etmesi uygundur.

## **KISALTMALAR**

BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz	:Bakınız
C	:Cilt
dn.	:Dipnot
E	:Esas
f	:Fıkra
IOSCO	:International Organization of Securities Commissions (Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonları Örgütü)
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsvBK	:İsviçre Borçlar Kanunu
K	:Karar
Kurul	:Sermaye Piyasası Kurulu
m	:Madde
MK	: Medeni Kanun
No	:Numara
RG	:Resmi Gazete
S	:Sayı
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
s	:Sayfa
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
T	: tarih
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vb	:ve bunun gibi
vd	:ve devamı
vs	:vesaire
YeniBK	: Yeni Türk Borçlar Kanunu
YeniTTK	: Yeni Türk Ticaret Kanunu

**BİBLİYOGRAFYA**<sup>78\*</sup>

- ALVER, Cemil: Ticaret Kanunu'nun Genel Esasları, Açıklamalı – İctihatlı, Ankara 1988.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası Ankara 1999.
- ARIK, Fikret: Acentelik Bağıtı, Ankara 1948.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2001.
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler, 3.Bası, İstanbul 1960.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2009.
- BARLAS, Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 807-814, 817.
- BERK, Metin: “Bankalarda Pazarlama ve Müşteri Temsilcileri”, Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Şubat 1985, S.72, s. .14 -15.
- BERZEK, Ayşe Nur: “Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti”, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 49 vd.
- Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayınları, İstanbul 1997.
- BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi (Ticarî İşletme- Tacir- Ticarî Borçlar), 16. Bası, Ankara 2000.
- BROUİLLAUD, Jean Pierre: Droit Commercial, Crescendo, Paris 1995.
- DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Bası, I. Cilt, Ankara 1990.
- DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul 1988.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1988.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, 5.Bası, İstanbul 1999.

---

<sup>78</sup> Birden çok eserinden yararlanan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- EYÜPGİLLER, Servet: Bankacılar İçin Banka İşletmeciliği Bilgisi, Ankara 2000.
- HORN, Norbert / KÖTZ, Hein / LESER, Hans G.: German Private and Commercial Law: An Introduction, Translated by Tony Weir, Oxford 1982.
- İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1974.
- İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.
- İNCEOĞLU, Mehmet Murat: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004.
- İPPOLİTO, Benjamin / de JUGLORT, Michel: Cours de Droit Commercial Avectroux, 11. édition, Paris 2000.
- KAPLAN, İbrahim: “Portföy Yönetimi Sözleşmesi”, BATİDER, C.XVIII, S.1-2, 1995, sh. 46 vd.
- KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.I, Ankara 1996, (KAPLAN: Banka).
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 9.Bası, Konya 1999.
- KARAKAŞ, Tülay: Portföy Yönetimi Sözleşmesi, Ankara 2000.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş, Ticari İşletme, 3.Baskı, Ankara 1968.
- KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, İstanbul 1999, s.22-23;
- KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, İstanbul 1999.
- KINACIOĞLU, Naci: Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku, C.I, 3.Baskı, Ankara 1978.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 8.Bası, İstanbul 1998.
- SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin: “Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997.
- SUMER, Ayşe: “Aracı Kurumların Meslek Kurallarına Aykırı İşlemleri ve

Sonuçları”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s. 671. vd.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara 1987.

TANÖR, Reha: Türk Sermaye Piyasası, C. I, Taraflar, İstanbul 1999.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.

TURANBOY, Asuman: Bankacılar İçin Banka Hukuku Bilgisi, Ankara 2000.

ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN, Füsün Nomer: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009.

ÜNAL, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997.

YASAMAN, Hamdi: Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2000.

<http://www.iosco.org/> (erişim 19 Mart 2011)

<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD266.pdf> (erişim 19 Mart 2011)

BOŞ

# YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE KESİNLEŞME ŞARTI

Banu ŞİT\*

## ÖZET

*Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan yabancı ilâmın kesinleşmiş olması şartı Milletlerarası Özel Hukuk literatüründe tanıma-tenfiz davasında bir ön şart veya ilâmın sahip olması gereken bir nitelik olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay kararlarında, kesinleşme şartının, davanın açıldığı anda gerçekleşmemiş olduğu hallerde bu şartın sonradan tamamlanmasının mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler ifade edilmiştir. Bu çerçevede kesinleşme şartının, medeni usul hukuku açısından bir dava şartı niteliği taşıyıp taşımadığı incelendiğinde bu şartın bir dava şartı olarak değerlendirilebileceği; dolayısıyla davanın açıldığı tarih itibarıyla gerçekleşmemiş olsa dahi, dava sürecinde tamamlanmış ise, davanın reddedilmemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak dava sürecinde ilâmın kesinleşmemiş olduğu fark edildiği takdirde davanın reddi gerekir. Bir başka deyişle, kesinleşme şartı, davacıya süre verilmek suretiyle tamamlanabilir nitelikte bir dava şartı değildir.*

**Anahtar Kelimeler:** Tanıma – tenfiz, kesinleşme şartı, ön şart, dava şartı.

## FINALITY REQUIREMENT IN RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JCOURT DECISIONS

### ABSTRACT

*Finality requirement of the foreign judgments is considered as a preliminary condition of recognition and enforcement in private international law literature. In the last decade Turkish High Court rendered contradictory statements on whether the finality can be completed after the case filed in cases where it was not met on the date of filing. In the framework of civil procedure law, finality requirement can be evaluated as a precondition of law suit and this evaluation implies that if foreign judgment finalized in the process of action the case should proceed. However if judge realize that the foreign judgment is not finalized at the date of filing and it is still not final, in this case the action should be dismissed on procedural grounds. In other words, finality requirement can not be completed by granting a period of time to the plaintiff, after the current lack of finality is discovered.*

**Key Words:** Recognition – enforcement, finality requirement, preliminary condition, preconditions of law suits.

\* Yrd. Doç. Dr. , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## **Giriş**

Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, yabancı ilâmın sahip olması gereken niteliklerden biri olan kesinleşme şartı, tanıma-tenfiz davasına ilişkin bir ön şart olarak değerlendirilmektedir. Kesinleşmenin, davanın açıldığı sırada gerçekleşmiş olması gereken bir şart olup olmadığı konusunda, bu şartın niteliğinden hareket edilerek bir sonuca varmak mümkündür.

Yargıtay'ın kesinleşme şartının davanın açıldığı anda gerçekleşmiş olması gereken bir şart olup olmadığı hususunda birbirinden farklı kararları ile karşılaşmıştır. 11. Hukuk Dairesi'nin son dönemde verdiği bir kararda, tenfiz davasının açıldığı tarihte henüz kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararının, dava sürerken kesinleşmesi halinde ilk derece mahkemesinin, bu durumu dikkate alması gerektiği ve kesinleşmenin sonradan tamamlanabilir bir şart olduğu kanaatine ulaştığı görülmektedir. Buna karşılık 2. Hukuk Dairesi, kesinleşmenin, sonradan tamamlanabilir bir şart olmadığına, davanın açıldığı sırada mevcut olması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay kararlarına yansıyan farklı görüşler karşısında, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde ön şart niteliğinde kabul edilen kesinleşme şartının anlam ve işlevi dikkate alınarak bu şartın sonradan tamamlanabilir bir unsur olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda önce kesinleşme şartının niteliği üzerinde durulacak, daha sonra Yargıtay kararları ele alınarak, bu şartın sonradan tamamlanabilir olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

## **I- KESİNLEŞME ŞARTININ NİTELİĞİ**

### **A) Genel Olarak**

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan, ilâmın kesinleşmiş olması şartı, yabancı ilâma karşı kanun yollarının tüketildiğini ve hâkimin davadan el çekmiş olduğunu; bir başka deyişle kararı geri alma veya değiştirme yetkisinin sona ermiş olduğunu gösterir. Burada ifade edilen kesinleşme, kararın şeklî anlamda kesinleşmiş olmasıdır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Çelikel, A./Erdem, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, İstanbul 2010, s. 588-590; Sakmar, A.: Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 58; Tiryakioğlu, B.: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 38; Gökyayla, C. D.: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 41; Dinç, F. B.: Nafaka İlâmlarının Tanınması ve Tenfizi (Tez), Ankara 1985, s. 40; Pribetic,



Kesinleşmenin maddî anlamda mı, yoksa şeklî anlamda mı gerçekleşmesi gerektiği bir dönem tartışma konusu olmuştur. Bilindiği üzere, mahkeme kararlarının kesin hüküm kuvveti, maddî ve şeklî anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, yabancı ilâmın, hukukî güven açısından hem maddî hem de şeklî anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerektiğini ileri sürerken<sup>2</sup>, diğer görüş şeklî anlamda kesinleşmenin yeterli olduğunu savunmuştur<sup>3</sup>. Bugün ağırlıklı olarak, ilâmın şeklî anlamda kesinleşmiş olması yeterli sayılmaktadır. İç hukukta dahi maddî anlamda kesinlikten söz edebilmek için, kararın şeklî anlamda kesinleşmiş olması gerekir. Bu nedenle yabancı ilâmın tanınması için şeklî anlamda kesinleşmenin aranması doğaldır. Yabancı ilâmın maddî anlamda kesin hüküm kuvvetinin ortaya çıkması ise, aslında tanıma (tenfiz) sonucunda gerçekleşir<sup>4</sup>. Zira şeklî anlamda kesin hüküm özelliği taşıyan bir ilâmın, tanıma-tenfizden diğer şartlarını da taşıdığı belirlenirse, bu ilâma maddî anlamda kesin hüküm kuvveti de verilmiş olur ve yabancı ilâm, tenfiz ülkesinde de hem şeklî hem de maddî anlamda kesin hüküm niteliği kazanır<sup>5</sup>.

Yabancı mahkeme kararının şeklî anlamda kesinleşmiş olması gereğini ifade eden kesinleşme şartı, 5718 sayılı yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)<sup>6</sup> 50. maddesinde yerini almıştır. Kesinleşme şartının, ilâmda bulunması gereken bir nitelik ve ön şart mı olduğu, yoksa tenfiz şartları arasında mı yer aldığı konusu, öncelikle bu hükmün içeriğinden ve Kanunun sistematüğinden hareketle değerlendirilmelidir.

MÖHUK'un "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması" başlıklı İkinci Bölüm'ünün ilk maddesi olan "Tenfiz kararı" başlıklı

A. I.: "Strangers in a Strange Land" – *Transnational Litigation, Foreign Judgment Recognition, and Enforcement in Ontario*, J. Transnational Law & Policy, 2004, Vol. 13:2, s. 31.

<sup>2</sup> Göger, E.: Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı, B. 4, Ankara 1977, s. 386; Özbakan, I.: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, s. 150; Nomer, E.: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 2001, s. 911; Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002, s. 183.

<sup>3</sup> Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 6, C. VI, İstanbul 2001, s. 5771; Çelikel/Erdem, s. 588; Doğan, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 100; Sakmar, s. 58; Dinç, s. 40; Tiryakioğlu, s. 38; Gökyayla, s. 40; Ertaş, Ş.: Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Kudret Ayiter'e Armağandan Ayrı Bası, Ankara 1988, s. 391.

<sup>4</sup> Sakmar, A.: Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, (Tez), İstanbul 1976, s. 235; Dinç, s. 40.

<sup>5</sup> Dinç, s. 40; Tiryakioğlu, s. 38.

<sup>6</sup> R.G., 12.12.2007, S. 26728.

50. maddede öncelikle hangi “karar”ların tenfiz edilebilir nitelikte olduğunun tespit edildiği görülmektedir. Bu maddeye göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Devam eden maddelerde ise görev, yetki (m. 51), tenfiz istemi (m. 52), dilekçeye eklenecek belgeler (m. 53) ve nihayet tenfiz şartları (54. maddede) düzenlenmiştir.

MÖHUK’un değinilen düzenleme tarzı karşısında, tanıma-tenfiz, ön şartları ve aslî şartları şeklinde bir ayırımı gidilmekte ve m. 50’de yer alan şartlar ön şart niteliğinde veya kararın taşınması gereken nitelikler olarak kabul edilirken, m. 54’de sayılan şartlar da aslî şartlar olarak nitelendirilmektedir<sup>7</sup>.

Kesinleşme şartının “ön şart” olarak kabul edilmesinin, bir başka deyişle yabancı kararın taşınması gereken bir “nitelik” olarak görülmesinin temelinde, yabancı kararın kesin hüküm niteliği taşıdığını göstermesi yatmaktadır. Verildiği ülkede kesin hüküm niteliği ve icra kabiliyeti kazanamamış bir kararın, Türkiye’de tanınması-tenfiz edilmesi suretiyle, Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi hüküm ve sonuç doğurması arzu edilmemektedir. Zira tanıma-tenfiz sonucunda yabancı mahkeme kararı Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi Türkiye’de kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olacağı gibi icra kabiliyeti de kazanacaktır<sup>8</sup>. Böylece Türk mahkemeleri, aynı konuda, aynı dava sebebine dayanarak, aynı taraflar arasında verilmiş olan yabancı mahkeme kararının maddî kesin hükmü ile bağlı olur. Aynı dava yeniden Türk mahkemelerinde görülemez; görülmesi halinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşılır<sup>9</sup>.

Tanınmaya ehil olmayan yabancı bir mahkeme kararı, bir mahkeme ilâmı olarak herhangi bir hukukî etkiye sahip olamaz<sup>10</sup>. Burada tanınmaya ehil olmama ile kastedilen, yabancı kararın, MÖHUK m. 50’de öngörülen niteliklere sahip olmamasıdır. Karar, hukuk mahkemelerinden verilmiş bir karar

<sup>7</sup> Bkz.: Nomer E.: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 148; Çelikel, Erdem, s. 586-591; Doğan, s. 97-100; Dinç, s. 34-44; Özbakan, s. 145 vd.; Tiryakioğlu, s. 34-38; Gökyayla, s. 40-41; Arat, T.: Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi, A.Ü.H.F.D., 1964, C. XXI, s. 451-452.

<sup>8</sup> Çelikel/Erdem, s. 588-589; Nomer, age., s. 145-146.

<sup>9</sup> Nomer, age., s. 145.

<sup>10</sup> Nomer, age., s. 146.

değilse ve kesinleşmemişse, bu takdirde tanıma- tenfiz için gerekli temel özellikleri taşımadığı sonucuna varılır ve tanıma-tenfiz için şartlarının incelenmesi aşamasına geçilmez. Bu türden bir karar herhangi bir uyumsuzlukta ancak ispat aracı olarak kullanılabilir.

Tanıma-tenfizin, mahkeme (ve hakem) kararlarının hukukî denetimine ilişkin yollar arasında olduğu tartışmasızdır. Ancak bu yol, kanun yolları denetiminden farklıdır. Kanun yolu denetiminde bir kararın, taraflar için âdil ve “hukuk”a uygun olup olmadığı incelenir. Buna karşılık tenfiz, yabancı bir kararın, mahalli yargı sistemi tarafından daha genel olarak hukukun temel ilkelerine, standartlarına ve karar verme prosedürünün gereklerine aykırılığını düşmediğinin teyit edilmesi amacıyla öngörülmesi olan şartlara uygunluk denetimidir<sup>11</sup>. Kesinleşme şartının, bu anlamda *karar verme prosedürünün gereklerine uygunluk* açısından tanıma-tenfiz denetiminin bir ön şartı olarak değerlendirilmesi gerekir.

### **B) Medeni Usul Hukuku Açısından**

Kesinleşme ön şartına, medeni usul hukuku bakış açısı ile yaklaşıldığında, bu şartın, özel kanunlarda öngörülen dava şartlarından olup olmadığı tartışılabilir görünmektedir.

Dava şartları, medeni usul hukukuna ait bir kurum olup, bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usulünü belirleme amacını taşır. Böylece, davaların daha hızlı, basit ve ekonomik bir şekilde görülmesi hedeflenmektedir<sup>12</sup>. Mahkemenin, davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için varlığı gerekli hallere olumlu dava şartları (hukukî yarar gibi); yokluğu gerekli hallere de olumsuz dava şartları (kesin hüküm gibi) denir<sup>13</sup>. Dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için gerekli olan şartlardır ve davanın dinlenebilmesi (mesmu olması) şartları olarak da adlandırılmaktadır<sup>14</sup>. Dava şartlarından biri veya bir kaçını olmaksızın açılan davada, mahkemenin durumu tespit edince esas hakkında inceleme yapmadan, davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmesi gerekir. Dava şartlarının bulunup bulunmadığı hâkim tarafından kendiliğinden ve öncelikle gözetilir; taraflar

<sup>11</sup> Şit, B.: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005, s. 83.

<sup>12</sup> Kuru, B./Aslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2002, s. 309.

<sup>13</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 309.

<sup>14</sup> Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1343-1344.

dava şartı noksanlığına muvafakat etseler bile, hâkim davayı reddetmekle yükümlüdür<sup>15</sup>. Davanın açıldığı anda var olan bir dava şartının sonradan ortadan kalkması halinde de davanın aynı gerekçe ile reddedilmesi gerekir<sup>16</sup>. Bunun gibi, dava açılırken bir dava şartı noksan olmasına karşın, dikkat edilmeyerek davanın esasına girilmiş ve bu sırada, eksik olan dava şartı tamamlanmışsa, davanın açıldığı anda eksik olan dava şartından dolayı dava reddedilmez; esas hakkında karar verilir<sup>17</sup>. Örneğin, velayet altındaki küçüğün, kendisinin açmış olduğu dava sürerken, ergin olması halinde, dava açıldığı sırada dava ehliyeti yokluğundan ötürü davanın reddine karar verilemez<sup>18</sup>.

Dava şartları mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin olabilir. Mahkemeye ilişkin dava şartları, esas olarak mahkemenin yargı hakkına sahip olması, yargı yolunun caiz olması, görev konusu ile kesin ve kamu düzenine ilişkin yetki halleri şeklinde tespit edilmektedir<sup>19</sup>. Taraflara ilişkin dava şartları da, davada iki tarafın bulunması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, davaya vekâlet ehliyeti ve geçerli vekâletname konuları olarak sayılmaktadır. Dava konusuna ilişkin dava şartları ise, kesin hüküm bulunmaması ve hukukî yarar olmasından ibarettir<sup>20</sup>.

Bunlara ek olarak, özel kanunlarda yer alan özel dava şartlarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmelidir. Örneğin, İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 277-284'e göre iptal davası açabilmek için, alacaklının elinde borç ödemenin aciz belgesi bulunmalıdır; İİK m. 69'a göre borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için, bu davayı açan borçlunun alacağın yüzde on beşi kadar bir teminatı ilk duruşma gününe kadar göstermesi şarttır. Bunun gibi Medenî Kanun m. 164'e göre, davalı eşe ihtar kararı tebliğ ettirmeden ve ihtar kararının tebliğinden itibaren iki ay geçmedikçe, terk sebebiyle boşanma davası açılamaz<sup>21</sup>.

Görüldüğü üzere, özel kanunlarda yer alan dava şartları, dava konusuna göre, ilgili kanunlarda kabul edilmiş olan şartlardır. Yargılama hukukumuzda

---

<sup>15</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 309; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkes, M.: Medenî Usul Hukuku, B. 3, Ankara 2004, s. 223.

<sup>16</sup> Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1392 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 223.

<sup>17</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 320; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 223.

<sup>18</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 320.

<sup>19</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 310-313; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 221-222.

<sup>20</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 313-319; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 222-223.

<sup>21</sup> Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1388-1391.

dava şartı kavramı, kanunda açıkça düzenlenmiş olmayıp<sup>22</sup>, doktrin ve uygulamada kabul edilen bir kavramdır. Dava şartı konusunda bir tereddüt bulunmama ile birlikte, nelerin dava şartı sayılacağı konusunda kesin bir görüş birliği bulunduğu söylenemez<sup>23</sup>. Dava şartlarının sınırlı bir şekilde sayılmadığı; hatta özel kanunlarda yer alan bir takım şartların da dava şartı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Burada ölçüt, dava şartı gerçekleşmeden hâkimin, davanın esasına geçememesi ve bu şartın varlığını-yokluğunu re'sen incelemesidir<sup>24</sup>.

MÖHUK'da tanıma-tenfiz davaları için aranan “yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması” şartının, bu anlamda özel kanunlarda yer alan dava şartlarından olup olmadığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. “Kesinleşme şartı”, dava şartının temel özelliği olan, davanın esasına geçilmesi için varlığı aranan bir şart olma özelliğini taşımaktadır. Zira MÖHUK m. 54’de sayılan tenfiz şartlarının incelenebilmesi için MÖHUK m.50 hükmüne göre, öncelikle yabancı “mahkeme”lerden verilmiş, “hukuk davalarına ilişkin” olan ve “kesinleşmiş” bulunan bir ilâmın varlığı gerekmektedir. Ancak bu şartların varlığı tespit edildikten sonra tenfizin aslî şartları sayılan; yani tenfiz davalarında “davanın esası” denilebilecek olan MÖHUK m. 54’deki karşılıklılık, yetki, kamu düzenine aykırılık, savunma haklarına riayet ile ilgili hususların incelenmesine geçilebilir.

Ayrıca kesinleşme şartının hâkim tarafından re'sen gözetilmekte olması da, bu şartın, tanıma-tenfiz davaları bakımından dava şartı niteliğinde olduğu sonucunu makul göstermektedir.

Tabii belirtilmelidir ki, bu sonuç, kabul edilecek olursa, sadece kesinleşme şartı için değil; MÖHUK m. 50 uyarınca aynı niteliği taşıyan, ilâmın “mahkeme” sayılan bir organ tarafından verilmiş olması ve “hukuk davalarına ilişkin” olması şartları için de geçerli addedilebilir.

Kesinleşme şartının, dava şartı olarak kabul edilmesi halinde, dava şartlarına ilişkin genel değerlendirmeler, bu şart için de hüküm doğuracaktır.

<sup>22</sup> 12.11.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilip, 4.2.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ise dava şartları ayrıca düzenlenmiştir. Kanununun 114 ilâ 115. maddelerinde “Dava Şartları” konusuna yer verilmiştir. 114. maddede hangi hususların dava şartı sayıldığı hükme bağlanmış ve bu maddenin son bendinde diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Kanun metni için bkz.: R.G., T. 4.2.2011, S. 27836.

<sup>23</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 220.

<sup>24</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 220.

Şöyle ki, yukarıda belirtildiği üzere, dava şartlarının davanın başından sonuna kadar varlığı aranır. Ancak bir dava şartı noksan olmasına karşın, dava açılmış ve ihmal nedeniyle dava şartı eksikliği fark edilmemişse, davanın görülmesi sırasında eksikliği giderilen ya da kendiliğinden tamamlanan dava şartı nedeniyle davanın reddine karar verilmez. Bir başka deyişle, dava şartı eksikliği, sonradan tamamlanmış ise, davanın açıldığı tarihte dava şartının bulunmaması, davanın reddini gerektirmez. Bu yorumun, dava şartı eksikliğinin hâkim tarafından fark edilmesi halinde davanın derhal reddini gerektirmeyip, duruma göre dava şartı eksikliğinin tamamlanması mümkün ise, mahkemenin önce belirli süre vermesini gerektirdiği de ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

Kesinleşme şartı bakımından, bu değerlendirmenin geçerli sayılıp sayılmaması önem taşımaktadır. Zira, kesinleşme şartı gerçekleşmediği halde dava açılmış ve davanın görüldüğü sırada durum fark edilmiş ise, iki ihtimal söz konusu olabilir. İlkinde, davanın açıldığı sırada kesinleşme şartı bulunmamaktadır; ihmal sonucu bu şartın noksan olduğu fark edilmemiştir ve dava sürerken, örneğin, temyiz aşamasında, kesinleşme şartı gerçekleşmiştir. Bu ihtimalde kesinleşme şartının davanın açıldığı sırada eksik olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddi gerekir mi?

İkinci ihtimalde ise, kesinleşme şartının eksik olduğu fark edildiği sırada yabancı ilâm hala kesinleşmemiştir. Bu halde davanın usulden reddedilmesi gerektiği sonucuna doğrudan doğruya varılabilir mi, yoksa kesinleşme şartının tamamlanabilmesi için belirli bir süre verilmesi düşünülebilir mi? Yani kesinleşme şartının eksikliği, belirli bir süre verildiğinde giderilebilir bir eksiklik midir?

Bu soruların cevabı, aşağıda görüleceği üzere kesinleşme şartının, niteliğine bağlı olarak değişmektedir.

## **II-“KESİNLEŞME ŞARTI”NIN DAVANIN AÇILDIĞI TARİHTE GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI ZORUNLU MUDUR?**

Kesinleşme şartı, MÖHUK m. 50'den hareketle bir ön şart olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, davanın açıldığı tarihte kesinleşmemiş; yani kesin hüküm niteliği kazanmamış bir ilâmın, Türkiye’de tanınması-tenfizî istendiği takdirde, davanın açıldığı tarihte ilâmın kesinleşmemiş olduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, hâkimin davayı usulden reddetmesi gerek-

---

<sup>25</sup> Kuru/Aslan./Yılmaz, s. 322; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 220.

tiği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Dolayısıyla, davanın görüldüğü sırada, kesinleşme şartının eksik olduğu anlaşılırsa, hâkimin süre vererek bu şartın tamamlanmasını kabul etmesi mümkün değildir. Yabancı ilâmın kesinleşmediğinin anlaşılması üzerine, tanıma-tenfiz davasının reddine karar verilmesi gerekir.

Yabancı ilâmın, tanıma-tenfiz davası sürerken kesinleşmiş olduğunun sonradan fark edilmesi halinde ise, davanın reddedilmesi; eğer temyiz aşamasına gelinmişse, kararın bu nedenle bozulması gerekir mi?

Kesinleşme şartının, bir dava şartı olduğunun kabul edilmesi halinde, bu şartın eksikliği davanın açıldığı sırada fark edilmemiş ve dava görülürken eksiklik giderilmişse, artık dava şartı noksanlığından ötürü davanın reddine karar verilmez.

Buna karşılık, kesinleşme şartının noksan olduğu, dava sürerken fark edildiği sırada bu şart hala eksik ise, mahkemenin süre vermek suretiyle kesinleşmenin sağlanmasını beklemesi makul değildir. Zira kesinleşme şartı eksikliği, bir zaman sorunu değildir. Bir başka deyişle, kesinleşme şartı için, *a priori* olarak belirli bir süre verilmesi ile tamamlanabilir bir şart olduğu sonucuna varılamaz. Kanun yollarına başvuru süresi henüz dolmamış bir ilâmın Türk mahkemesinde tanınması-tenfizi istendiği takdirde, son güne kadar verildiği ülkede kanun yollarına başvuru yapılması olası olduğundan, tenfiz davasında süre verilmesi anlamlı değildir. Ayrıca yabancı ilâma karşı kanun yollarına başvurulmuş ise, temyiz incelemesinin ne zaman ve ne şekilde sonuçlanacağı öngörülemeyeceği için, bu halde de kesinleşme şartının, belli bir süre verilerek tamamlanması düşünülemez. Bunun gibi, yabancı ilâma karşı başvuru yolları arasında istinaf yolunun bulunması halinde, davanın yeniden görülmesinin söz konusu olduğu ve hükmün tamamen değişebileceği de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla kesinleşme şartının sonradan tamamlanması için süre verilmesi, bu husus davacının kontrolü altında olmadığından yerinde değildir.

### **III- YARGITAY KARARLARINDA KESİNLEŞME ŞARTININ TAMAMLA-NABİLİR OLUP OLMADIĞI SORUNU**

Kesinleşme şartının, tanıma-tenfiz davası sürerken, hatta dava temyiz aşamasında iken tamamlanabilir olup olmadığı konusunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile 11. Hukuk Dairesi'nin görüşleri farklılaşmıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 6.2.2003 tarih ve 2003/495 esas, 2003/1706 karar sayılı kararında,

kanunda öngörülen kesinleşme şartının, sonradan tamamlanabilecek bir dava şartı olmadığı; bu nedenle dava tarihinde kesinleşmemiş olan yabancı mahkeme kararına ilişkin tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kesinleşme şartının, davanın açıldığı tarihte gerçekleşmiş olması gereken bir şart olduğu düşüncesiyle, bu şartın sonradan tamamlanabilir olmadığına karar vermiştir. Yargıtay kararına konu olan davada, kesinleşmeye ilişkin belgenin ibraz edilmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulması üzerine, yabancı mahkeme kararının davanın açıldığı tarihten sonraki bir tarihte kesinleşmiş olduğu anlaşılmış ve bu nedenle davanın reddi gerektiğine hükmedilmiştir<sup>27</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, kesinleşmenin, sonradan tamamlanabilir olduğu görüşündedir; 22.5.2009 tarih ve 2008/1586 esas, 2009/6229 karar sayılı kararında, yabancı mahkeme ilâmi kesinleşmeden dava açılmasının

<sup>26</sup> "...5.9.2001 tarihli dava dilekçesinde yabancı mahkeme kararının 1.3.2001 tarihinde kesinleştiği açıklanmıştır. Dairemizin kesinleşmeye ilişkin belge ibrazına değinen bozma ilâmi üzerine; yabancı mahkeme kararının 11.9.2002 tarihinde kesinleştiğine ilişkin belge dosyaya sunulmuştur. Yabancı mahkeme kararı dava açıldıktan sonra kesinleşmiştir. Eksiklik dava şartında değil davanın dinlenebilirlik koşulundadır..." Y. 2. H. D. 6.2.2003 T. ve 2003/495E., 2003/1706 K. sayılı karar metni için bkz.: <http://www.hukukturk.com> (8.12.2010). Kararda eksikliğin, dava şartında değil, "davanın dinlenebilirlik koşulunda" olduğu belirtilmiştir; ancak bu ifadenin de karışıklığa sebep olabileceği dikkate alınmalıdır. Dava şartlarının, zaten davanın dinlenebilirlik koşulu olduğu açıktır; dolayısıyla burada eksikliğin, davanın dinlenebilirlik koşulunda olduğunun belirtilmesi, kesinleşmenin davanın açıldığı tarihte gerçekleşmiş olması şartının aranmasını açıklayıcı nitelikte değildir.

<sup>27</sup> Bu kararda yer alan muhalefet şerhinde ise, "Davacı yabancı mahkemeden verilen kararın tenfizine karar verilmesini istemiştir. Tenfiz dilekçesine; yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onaylanmış aslı ve onaylanmış tercümesi ile ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca onaylanmış yazı veya belgenin eklenmesi zorunludur (MAÖ-HUH md. 37/a-b). Davacı 5.9.2001 'de tenfiz isteğinde bulunmuş, verilen karar dairemizin 7.3.2002 günlü kararı ile; tenfizi istenin ilâmın kesinleştiğini gösterir belge alınıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir gerekçesiyle bozulmuş, bozmaya uyulmuş, ilâmın 11.9.2002 'de kesinleştiğine ilişkin belge alınmış ve yeniden tenfize karar verilmiştir. Yabancı ilâmın tenfizine karar verilebilmesi için kesinleşmesi şarttır. Dava dilekçesine eklenmesi de zorunludur. Kesinleşme şerhini içeren belge dava şartıdır. Dava şartı davanın açılması için değil, esas hakkında inceleme yapılmasının koşuludur. Açılmasından hükmün verildiği tarihe kadar varlığını sürdürmesi de zorunludur. Dava şartının yokluğu davanın başında tesbit edilmişse işin esasına girilmeden usulden reddedilmelidir. Ancak dava şartı noksan olmasına rağmen işin esasını incelenmiş, hükmün anında dava şartındaki eksiklik giderilmiş ise davanın esas hakkında karar verilmelidir. Artık usulden reddedilmelidir. Bu düşünce dava ekonomisine de uygundur. Mahkemece davanın esasına girilmiştir. Dairemizce de yöntem benimsenmiş araştırmaya yönelik bozma yapılmış, bozmaya uyulmuş, gereği yerine getirilmiş, dava şartındaki eksiklik karardan önce giderilmiştir. İşin esasını incelenmelidir. Açıklanan sebeple de değerli çoğunluğun bozma kararlarına iştirak edilmemiştir..." denilerek kesinleşmenin bir dava şartı olduğu yorumuna yer verilmiştir.



“usulî bir eksiklik” olduğunu belirtmiştir. Buna göre, yargılamanın devamı sırasında bu eksikliğin tamamlanması mümkün olup, dava tarihinde bu koşul yerine gelmemişse davanın hemen reddedilmemesi, usulî eksikliğin giderilmesi için davacıya olanak tanınması gerekir<sup>28</sup>. Karara konu olan davada, yabancı mahkeme kararının, dava açıldıktan sonra kesinleşmiş olması Yargıtay tarafından yeterli görülmüş ve kesinleşme bir dava şartı olarak değerlendirilerek sonradan tamamlanabilir olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, davanın açıldığı tarihte kesinleşme şartı gerçekleşmemiş ise bunun daha sonra tamamlanması mümkün görülmüştür.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile 11. Hukuk Dairesi arasındaki görüş farklılığı kesinleşme şartının, bir dava şartı olup olmadığı noktasındadır.

Eğer kesinleşme şartının dava şartı olduğu kabul edilecek olursa bunun, davanın açıldığı tarihte gerçekleşmiş olmasa bile daha sonra gerçekleşmesi halinde davanın reddini gerektirmeyecek bir eksiklik olduğu kabul edilir. Buna karşılık, kesinleşmenin dava şartı olmadığı düşünülür ise, 2. Hukuk Dairesi'nin kararı doğrultusunda, davanın açıldığı tarihte gerçekleşmiş olması gerekir ve bu tarihte gerçekleşmemiş ise, daha sonra gerçekleşmiş olması davanın reddi sonucunu engellemez.

11. Hukuk Dairesi meseleyi daha ileri bir noktaya taşıyarak, kesinleşmenin dava şartı olduğunu kabul etmenin ötesinde, bunun aynı zamanda sonradan tamamlanabilir bir dava şartı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Burada yukarıda değinilen bir hususa Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararı çerçevesinde işaret etmek gerekmektedir. 11. Hukuk Dairesi, kararında, kesinleşme, davanın açıldığı tarihte yerine gelmemişse, davanın hemen reddedilmemesi, eksikliğin giderilmesi için davacıya olanak tanınması gerektiğini belirtmiştir. Kesinleşme, 11. Hukuk Dairesi'nin kabul ettiği üzere bir dava şartı olarak görülse dahi, bunun sonradan tamamlanmasının sadece bir zaman sorunu olmayabileceği ve davacıya süre verilmesinin sadece zaman kaybına yol açacağı dikkate alınmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, yabancı ülkede kanun yollarına başvuru süresi henüz dolmamışsa, bu sürenin sonuna kadar kanun

<sup>28</sup> “...Yabancı mahkeme ilamı kesinleşmeden dava açılması bir usuli eksiklik olup, yargılamanın devamı sırasında da tamamlanabilmesi mümkündür. Dava tarihinde bu koşul yerine gelmemiş ise, dava hemen reddedilmemeli, usuli eksikliğin giderilmesi için davacıya olanak tanınmalıdır...”. Karar yayımlanmamıştır. Yargıtay kararında yer verilen “usuli eksiklik” ibaresi dikkat çekicidir. Burada “usuli eksiklik” ile “dava şartı” kavramının aynı anlama gelmediği; dava şartı eksikliğinin her durumda sonradan tamamlanabilir nitelikte usuli bir eksiklik olmadığı da belirtilmelidir.

yollarına başvuru yapılabilir; bu husus davacının kontrolü altında olan bir husus değildir. Ayrıca yabancı ülkede kanun yollarına başvurulmuş ise, sonucun ne yönde çıkacağı konusunda bir öngöründe bulunup, kararın belli bir süre sonra kesinleşeceği düşünülemeyeceğinden, bu durumda da bir süre verilerek kararın kesinleşmesi şartının tamamlanması mümkün görülemez. Dolayısıyla kesinleşmesi beklenen kararın, kesinleşmemesi neticesi ile karşılaşılabılır ve verilen sürenin sonunda tenfiz davasının, yersiz şekilde beklendikten sonra reddi gerekebilir.

Kesinleşme şartının bir dava şartı olarak kabul edilmesi, bu şartın, dava sürecinde gerçekleşmiş olması halinde davanın reddedilmesini önlemesi açısından makul görülebilir. Eğer dava açıldığı sırada mevcut olmayan kesinleşme şartı, dava devam ederken gerçekleşmişse, bu takdirde dava reddedilmez. Bir başka deyişle, kesinleşme şartının davanın açıldığı sırada gerçekleşmediği fark edilmeyerek dava görülmeye başlanmış ve dava devam ederken kesinleşme şartının gerçekleştiği fark edilmişse, bu durumda davanın reddedilmemesi usul hukukuna göre makul bir sonuçtur.

Ancak dava şartı olarak kabul edilmesi aynı zamanda kesinleşme şartının tamamlanması için davacıya süre verilmesi uygulamasına dayanak olmamalıdır. Eğer kesinleşme şartının eksikliği fark edildiği sırada, bu şart halen gerçekleşmemişse davanın reddi gerekir. Zira dava şartının niteliği elveriyorsa, tamamlanması için süre verilir; eğer dava şartı belli bir süre verilmek suretiyle tamamlanabilir nitelikte bir şart ise, dava bekletilerek davacıya bir süre verilebilir. Ancak kesinleşme şartı bu anlamda belli bir sürenin geçmesi ile davacının, kontrolü altında tamamlayabileceği bir şart değildir. Aksine daha çok davalının kontrolü altında olan, davalının kanun yollarına başvurmaması veya başvurmuşsa kanun yolu başvurusunun reddedilmesi sonucunda gerçekleşebilecek bir şart olduğundan, davacıya süre verilerek tamamlanması mümkün değildir.

## SONUÇ

Sonuç olarak, kesinleşme şartının bir dava şartı olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak dava şartı olduğu kabul edilse dahi, bunun sonuçlarının ayrıca değerlendirilmesi ve diğer bazı dava şartları gibi süre verilmek suretiyle tamamlanabilir bir dava şartı olduğunun kabul edilmemesi gerekir.

**Kaynakça**

- Arat, T.: Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, A.Ü.H.F.D., 1964, C. XXI.
- Çelikel, A./Erdem, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, İstanbul 2010.
- Dinç, F. B.: Nafaka İlamlarının Tanınması ve Tenfizi (Tez), Ankara 1985.
- Doğan, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.
- Ertaş, Ş.: Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Kudret Ayiter'e Armağandan Ayrı Bası, Ankara 1988.
- Göğer, E.: Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı, B. 4, Ankara 1977.
- Gökyayla, C. D.: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001.
- Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 6, C. VI, İstanbul 2001.
- Kuru, B./Aslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2002
- Nomer E.: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.
- Nomer, E.: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 2001.
- Özbakan, I.: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medenî Usul Hukuku, B. 3, Ankara 2004.
- Pribetic, A. I.: "*Strangers in a Strange Land*" – *Transnational Litigation, Foreign Judgment Recognition, and Enforcement in Ontario*, J. Transnational Law & Policy, 2004, Vol. 13:2,
- Sakmar, A.: Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, (Tez), İstanbul 1976.
- Sakmar, A.: Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.
- Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların

Çözüm Yolları, İstanbul 2002.

Şit, B.: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005.

Tiryakioğlu, B.: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996.

# ADLİ YARGIDA AÇILAN DAVANIN ARACI KURUMLA YATIRIMCI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM PROSEDÜRÜNE ETKİSİ

Enver USCA\*  
H. Ebru TÖREMİŞ\*\*

## ÖZET

İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm prosedürüne ilişkin İMKB Yönetmeliği'nin md. 44/IV hükmünde, taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanuncaya kadar dosyanın Borsada işlemde kaldırılacağı hüküm altına alınmış, idari ve adli yargıda çift başlı içtihat oluşumuna engel olunması amaçlanmıştır. Tahkim bir kenara bırakılacak olursa uyuşmazlık prosedürüne konu ihtilaflarda adli yargıda açılacak davalar, uyuşmazlığın esasına ilişkin gerek eda ve tespit davalarını gerek icra takip yollarını kapsamaktadır. Uyuşmazlık adli yargıya, İMKB veya SPK nezdindeki incelemelerin devam ettiği sırada yansıtılabileceği gibi, İMKB'de henüz uyuşmazlık çözüm prosedürü başlatılmadan önce de yansıtılmış olabilir. Bu hallerde İMKB veya SPK uyuşmazlık konusuna ilişkin bir dava açıldığı veya takip başlatıldığı bilgisini aldığı noktada dosyanın işlemde kaldırılması kararı vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, usuli bir kararla sona eren uyuşmazlıkta, ihtilafların esasına yönelik bir hüküm tesis edilmediği nazara alınarak, İMKB tarafından uyuşmazlık prosedürünün işletilebileceği düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Yatırımcı, aracı kurum, uyuşmazlık çözümü, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, adli yargı, maddi anlamda kesin hüküm.

## THE EFFECTS OF LAWSUITS TO THE DISPUTE RESOLUTION PROCEDURE BETWEEN INTERMEDIARY INSTITUTIONS AND INVESTORS

### ABSTRACT

Regarding the dispute resolution procedure within Istanbul Stock Exchange (ISE/Exchange), Article 44/4 of Regulation on Istanbul Stock Exchange states that the parties may directly resort to judicial authorities. In this case, the file in the Exchange shall be set aside until the lawsuit is finalized. The aim of the article is to prevent the formation of two different convictions after administrative and judicial examinations. When the arbitration procedure is left aside, the cases to be filed within the concept of

\* Dr., Yaptırımlar ve Dava Takip İşleri Grup Başkanı, Sermaye Piyasası Kurulu

\*\* Uzman Hukukçu, Sermaye Piyasası Kurulu

Bu makalede yer alan görüşler yazarların kişisel görüşü olup, hiçbir şekilde mensup oldukları kurumu bağlamaz.

*this article can be classified as action for performance, declaratory judgment actions and execution proceedings. The parties may resort to judicial authorities during the examinations of ISE or Capital Markets Board of Turkey (CMB) or before the examination of ISE. In both cases the ISE and the CMB are obliged to decide set aside the file until the case is finalized. Nonetheless, when the case is finalized with an adjective decision, considering that no decision is established regarding the material dispute, ISE shall run the dispute resolution procedure.*

**Key Words:** *Investor, intermediary institution, dispute resolution, Istanbul Stock Exchange, ordinary courts, materially final judgment.*

## I. GİRİŞ

Menkul kıymet borsalarında, yatırımcıların hisse senedi alım satım işlemlerini doğrudan yapması yerine, borsa üyelik belgesine sahip Sermaye Piyasası Kanunu'na (SPKn) göre kurulmuş ve Sermaye Piyasası Kurulu'ndan (SPK/Kurul) izin almış aracı kuruluşlar vasıtasıyla ve borsa tarafından belirlenen kurallar dâhilinde yapması esası benimsenmiştir. Ülkemizde mevcut tek menkul kıymet borsası olan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda (İMKB/Borsa) hisse senedi alım satım sözleşmesinin temelini, aracı kurumun Borsa'da hisse senedi alım satımına aracılık faaliyeti teşkil etmektedir<sup>1</sup>. İkincil piyasaları ilgilendiren bu tür aracılıkta aracı kurumlar, müşteri emirlerine uygun olarak Borsa'da veya Borsa dışında sermaye piyasası araçlarının alım satımı faaliyetinde bulunmaktadırlar<sup>2</sup>.

Aracı kurumların, alım satıma aracılık faaliyetini yerine getirebilmele-ri için öncelikle müşterileriyle alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesini imzalamaları gerekmektedir (Seri:V, No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, md. 45). Borsa'da hisse senedi alım satım sözleşmesinin kurulmasını sağlayan icap ve kabul iradeleri, yatırımcıların aracı kuruma ilettikleri müşteri emirlerinin aracı kurum tarafından Borsa'ya iletiildiği anda borsa emrine dönüşmektedir. Borsa emri, emrin Borsa sistemine iletimindeki önceliğe göre alım satım sözleşmesinin kurulmasına

---

<sup>1</sup> Aracılık faaliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005, s. 513 vd.

<sup>2</sup> BERZEK, Ayşe Nur, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Prof. Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s.56.

yönelik icap veya kabul sıfatını kazanmaktadır. Borsa’da hisse senedi alım satım sözleşmesini kurmaya yönelik icap beyanı, klasik satım sözleşmelerinde olduğu gibi satılacak malı ve bedelini içerecek şekilde sisteme iletilmekte ve aynı esaslı unsurları içeren kabul beyanı ile karşılaşmakla sözleşmenin kurulmasına vücut vermektedir.

Hisse senedi alım satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bu sistem, aracı kurum ile yatırımcı arasında çeşitli bakımlardan uyumsuzluk doğurabilecek niteliktedir. Nitekim, uygulamada aracı kurumlar ile müşterileri arasında verilen emre aykırı işlem yapılması, emrin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi ya da emir verildiği halde aracı kurum hesabına alım veya satım yapılmaması gibi hususlarda uyumsuzluklar çıkmaktadır<sup>3</sup>.

Söz konusu uyumsuzlukların hızlı ve etkin bir biçimde sonuçlandırılabilmesini teminen 91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (91 sayılı KHK)<sup>4</sup> ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği (İMKB Yönetmeliği)<sup>5</sup> ile aracı kurumlarla yatırımcılar arasındaki uyumsuzlukların Borsa Yönetim Kurulunca sonuçlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmış, bu suretle adli yargıya alternatif bir uyumsuzluk çözüm yöntemi geliştirilmiştir.

İMKB nezdindeki uyumsuzluk çözüm prosedürü ancak borsa işlemleri için söz konusu olabilir. Borsa işlemi, Menkul Kıymet Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin (Genel Yönetmelik) 54’üncü maddesinde Borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda borsa-ya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin, rekabet koşulları altında karşılaşması olarak tanımlanmış olup, gerçekleşen alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmeleriyle borsa işleminin tamamlanmış olacağı hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte, konuya ilişkin düzenlemelerde bu tür uyumsuzluklar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklı tutulmuş, buna paralel olarak taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsada işlemde kaldırılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Bu çalışmanın amacı, anılan düzenlemeler çerçevesinde borsa uyuş-

<sup>3</sup> KONURALP, Aynur, KONURALP, Haluk, “Borsa Uyuşmazlıkları”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 594.

<sup>4</sup> 6.10.1983 tarih ve 18183 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> 19.02.1996 tarih ve 22559 sayılı Resmi Gazete.

mazlıklarının çözümü kapsamında yargı yoluna başvurulmuş olmasından neyin anlaşılması gerektiğinin, yargıda verilecek kararların niteliğine göre uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirenler ile erdirmeyenler arasında bir ayırma gidilerek, verilecek kararların uyuşmazlık çözüm prosedürüne etkilerinin irdelenmesidir. Bu amaçtan hareketle, çalışmanın birinci bölümünde, ilgili mevzuat kapsamında İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm prosedürüne ilişkin açıklamalarda bulunulmuş, ikinci bölümünde uyuşmazlığın yargıya yansımalarının etkileri irdelenmiş, bu kapsamda olmak üzere yargı organlarıncı verilen kararlardan maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyenlerin uyuşmazlık çözüm prosedürünün devamına etkisi üzerinde durulmuş ve uygulamada konuya ilişkin karşılaşılan sorunlar irdelenmiştir.

## **II. ARACI KURUMLA YATIRIMCI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM PROSEDÜRÜ**

### **A. İlgili Mevzuat**

91 sayılı KHK'nın 13'üncü maddesi ve bu KHK'ya dayanılarak yürürlüğe konulan İMKB Yönetmeliği'nin 42 vd. hükümlerinde, yatırımcı ile borsa üyesi arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda, yatırımcıların başvurabileceği bir çözüm yolu öngörülmüştür. Yatırımcının ilgili mevzuatta öngörülen yolu seçmesi halinde, uyuşmazlığın çözüm yeri İMKB olarak belirlenmiştir (91 sayılı KHK md. 13 ve İMKB Yönetmeliği md. 43 vd).

İMKB Yönetmeliği'nin 43'üncü maddesinde Borsaya getirilen uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, Yönetim Kurulu'nun yetkili olduğu hüküm altına alındıktan sonra, bu konuda, Yönetim Kuruluna Uyuşmazlık Komitesi'nin yardımcı olacağı da düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

Aynı Yönetmeliğin 46'ncı maddesi uyarınca, Borsa Başkanlığı, uyuşmazlığın çözümüne dair dilekçenin Başkanlığa iletilmesini izleyen en çok üç iş günü içinde, cevabını vermesi için dilekçe örneğini veya komite raportörlüğü tarafından hazırlanan talep özetini karşı tarafa tebliğ eder. Cevap için en çok beş iş günü beklenir. Cevap geldikten veya bu süre geçtikten sonra dosya incelenmek üzere Uyuşmazlık Komitesine intikal ettirilir veya konunun yeterince açık olduğu kanaatine varılır ise Başkanlıkça dosyanın ilk Yönetim Kurulunda görüşülmesi ve karara bağlanması sağlanır. Yönetim Kurulu kararının taraflara tebliğini izleyen on iş günü içinde Borsa kanalı ile karara karşı

<sup>6</sup> Uyuşmazlık Komitesi ve komitenin görevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; İMKB Yönetmeliği, md. 47.



SPK'ya itiraz edilebilir. Buna göre, Borsa Yönetim Kurulu kararına itiraz edilmesi halinde, SPK'nın, uyuşmazlığı denetim organı sıfatıyla inceleme yetkisi bulunmaktadır (91 sayılı KHK md. 13 ve İMKB Yönetmeliği md.43, 46).

SPK'nın uyuşmazlıklar konusunda verdiği kararlar idari anlamda nihaidir. Bununla birlikte idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğu gibi, SPK tarafından verilen kararlara karşı idari yargı mercilerine başvuru yolu da açıktır (İMKB Yönetmeliği md. 43).

Öte yandan, İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, tarafların adli yargı mercilerine başvuru hakkı saklı olup, taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosya Borsa'da işlemde kaldırıılır. Anılan hususa ilişkin olarak, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.6.1998 tarih ve E. 1998/355, K.1998/277 sayılı kararında<sup>7</sup>;

“91 sayılı KHK'nin 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, ‘Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için Borsa Yönetim Kurulu’na başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır.’ hükmü öngörülmektedir. Anılan hüküm ile aracı kurum ile müşteri arasındaki ihtilafın ihtiyari olarak Borsa'ya getirilmesine imkân sağlanmakla birlikte, tarafların yargı mercilerine başvurabilecekleri özel olarak belirlenmiş olup bununla kastedilen, özel hukuk ilişkisine tabi olan tarafların doğal yargı yeri olan adliye mahkemeleridir.” denilmektedir.

Diğer taraftan, uyuşmazlık çözüm prosedürünün hangi süre içerisinde başlatılması gerektiği ile ilgili Yönetmelik'te herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, konuya ilişkin Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, Borsa uyuşmazlıklarından kaynaklanan şikâyetlerin, -aracı kurumların müşteri emirlerine ilişkin saklama süreleri de dikkate alınarak- azami bir süreye tabi tutulmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

Borsa üyesi aracı kurumlar ile müşterileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından öngörülen uyuşmazlık çözüm prosedürü bu şekilde özetlendikten sonra, aşağıda İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesi çerçevesinde söz konusu prosedürün mahiyetine ve adli yargıda dava açılmasının bu prosedüre etkilerine değinilmiştir.

<sup>7</sup> Kararın tam metni için bknz; www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 08.04.2011.

## **B. Uyuşmazlık Çözüm Prosedürünün Mahiyeti, Gönüllük Esasına Dayanması**

Sermaye piyasası işlemleri son yıllarda hızlı şekilde gelişmekte ve çeşitlenmekte; bu haliyle oldukça dinamik bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hızlı, az maliyetle ve uzman kişiler tarafından, tarafların ticari ilişkilerine zarar vermeden çözümü, piyasanın bu yapısı nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. Anılan hususlar dikkate alınarak, ilgili mevzuatta alternatif bir yöntem olarak Borsa'da uyuşmazlık çözüm sistemi geliştirilmiştir.

İMKB uyuşmazlık çözüm sisteminin, uluslararası literatürdeki terminolojiyle alternatif uyuşmazlık çözümünün, mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözümü olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel özellikleri, uyuşmazlığın çözüm süresinin kısaltılması, konunun uzmanları tarafından çözülmesine imkân tanınması, masrafların düşmesi, taraflara özgürlük sağlanması ve mahkeme yargısına başvuruyu engellememesidir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yoluna gidilmesi tamamen ihtiyaridir. Bir başka deyişle, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi uyuşmazlık çözüm prosedüründe de gönüllülük esası geçerlidir.

Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya dayalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Anayasanın 9'uncu maddesinde ise yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin seçiminin tamamen gönüllülük esasına dayanması anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunun yanında, Anayasanın 141'inci maddesiyle davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiş olup, bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmüştür<sup>8</sup>.

Bu çerçevede, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların, müşterilerin başvuruları üzerine, İMKB'de çözümlenebilmesinin

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı kararı.

imkân dâhilinde olması ve fakat tarafların adli yargı yoluna başvurularının engellenmemesi Anayasal bir zorunluluktur. Anılan gerekçelerle, İMKB Yönetmeliği'nin md. 44/IV hükmünde, *taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsada işlemde kaldırılacağı* hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenleme idari ve adli yargıda çift başlı içtihat oluşumuna engel olmak amacına hizmet etmektedir. Zira, adli yargıya intikal eden bir borsa uyuşmazlığının, daha sonra İMKB Yönetim Kurulu tarafından tekrar ele alınması ve adli yargı tarafından verilen kararın aksine bir karar alınması halinde, Mahkeme kararının mevcudiyetine rağmen İMKB Yönetim Kurulu kararının uygulanması mümkün değildir.

Bu kapsamda çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, Yönetmelik'te varlığı dosyanın Borsa'da işlemde kaldırılması sonucunu doğuran “adli yargıda açılan dava” ile kastedilen dava türleri ve kapsamı, bu davaların uyuşmazlık çözüm prosedürüne etkisi ve adli yargıya hangi aşamada başvurulabileceği uygulamada karşılaşılan örnekler dairesinde ele alınmıştır.

### **III. ADLİ YARGIDA AÇILAN DAVANIN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM PROSEDÜRÜNE ETKİSİ**

#### **A. Uyuşmazlığın Adli Yargıya Yansımasının Kapsamı ve İçeriği**

##### **1. Adli yargının kapsamı**

Uyuşmazlık çözüm prosedürünün alternatifi olarak düzenlendiği adli yargıyı, uyuşmazlık konusunda adli yargıda açılacak davaların türlerini ve kapsamlarını belirlemek, adli yargının ne açıdan uyuşmazlık çözüm prosedürüne etkide bulunacağını tespiti bakımından ön koşul niteliğindedir.

Adli yargı, olağan ve genel yargı kolu olup, diğer yargı kollarının görevine girmeyen davalara adli yargıda bakılır<sup>9</sup>. Diğer bir ifadeyle bir uyuşmazlık, anayasa yargısının, idari yargının, askerî yargının görevine girmiyorsa, adli yargının görevine girer. Ülkemizde adli yargı iki derecelidir. İlk derece mahkemeleri kendi içinde hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri olmak üzere ikiye ayrılırken, adli yargı kolunun üst derece (temyiz) mahkemesi Yargıtay'dır. Ceza yargısı, ceza kanunlarına göre suç sayılan fiiller hakkında devletin sahip olduğu cezalandırma yetkisini kullandığı ve buna ilişkin yar-

<sup>9</sup> KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009, s. 60 (Medeni Usul), PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, s. 71 (Medeni Usul).

gılamanın yapıldığı yargı çeşidini, hukuk yargısı ise hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri ile meşgul olan yargı çeşididir<sup>10</sup>.

Ülkemizde hukuk mahkemeleri “sulh hukuk mahkemeleri”, “asliye hukuk mahkemeleri” ve “asliye ticaret mahkemeleri” gibi genel görevli mahkemeler ile tapu ve kadastro mahkemeleri, iş mahkemeleri gibi özel mahkemelerden oluşmaktadır. Bunun dışında hukuk yargısı bakımından çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikili bir ayrıma da gidilebilir. Çekişmeli yargı, bir uyuşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebiyle açılan davalarla meşgul olurken, çekişmesiz yargıya tabi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir uyuşmazlık bulunmamaktadır<sup>11</sup>. Ülkemizdeki ceza mahkemeleri ise sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza olmak üzere genel mahkemeler ile çocuk mahkemeleri, trafik mahkemeleri gibi özel mahkemelerden oluşmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, ceza yargılaması sonucunda para borcunun ifası ile ilgili uyuşmazlığın giderilmesi söz konusu olmadığından ve yatırımcı ile aracı kurum arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olduğundan, İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinde uyuşmazlığın adli yargıya yansımış olmasına ilişkin düzenleme ceza yargısını değil, hukuk yargısını ifade etmektedir.

Diğer taraftan, konunun kısaca tahkim usulü çerçevesinde irdelenmesi de uygun olacaktır. Bilindiği üzere tahkim, taraflar arasındaki tahkime elverişli bir uyuşmazlığın<sup>12</sup> aralarında akdettikleri bir sözleşme uyarınca devlet mahkemeleri tarafından değil, hakem adı verilen özel kişiler tarafından çözülmesi usulüdür<sup>13</sup>. Buna göre hakemler yetkilerini mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri hakkındaki kanunlardan değil, taraflar arasındaki anlaşmadan alırlar<sup>14</sup>. Türk hukukunda milli tahkime ilişkin düzenlemeler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) milletlerarası ilişkiler bakımından ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nda (MÖHUK) yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, taraflar arasında uyuş-

<sup>10</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 60-61.

<sup>11</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 68.

<sup>12</sup> Tahkime elverişli uyuşmazlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., YILDIRIM DEREN Nevhis, “Tahkim ve Objektif Açından tahkime Elverişlilik”, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 47 vd.

<sup>13</sup> AKINCI, Ziya, “Tahkim ve Derdestlik İtirazı”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, İzmir, s.7.

<sup>14</sup> KALPSÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 1049.

mazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi öngörüldüğü halde davacının tahkim yoluna değil, adli yargıya başvurması durumunda tahkim itirazında bulunulabilmektedir. Nitekim, HUMK'un 516-518. maddeleri gereği, tahkim şartı veya sözleşmesi mahkemeleri de bağlamakta olup, davalının tahkim itirazında bulunması üzerine mahkemenin görevsizlik kararı vererek davaya bakmayı reddetmesi gerekmektedir<sup>15</sup>. Anılan husus, tahkim anlaşmasının menfi tesiri olarak anılmakta, buna göre, aralarında tahkim anlaşması bulunan taraflar, uyuşmazlığın halli için devlet mahkemelerine müracaat edememektedirler<sup>16</sup>.

Bununla birlikte, hakemler kararlarını yetkili ve görevli mahkemeye iletmekle yükümlü olup, hakem kararı kendisine verilen mahkeme, hakem kararının kendisine verildiğini ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa da yazılı olarak tebliğ etmektedir (HUMK md. 532). Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakem kararlarının temyizi de mümkün olup, bu kararlar ancak kesinleştikten sonra cebri icra yolu ile icra edilebilmektedir (HUMK md. 536). Tahkimin konumuz bakımından önem arz eden yanı, hakem kararlarının aynı taraflar arasında aynı konuda açılan yeni bir davada kesin delil teşkil etmesidir. Nitekim, HUMK md. 237 uyarınca kesinleşen hakem kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, tahkim usulünde de uyuşmazlığın esastan sonlandırıldığı dikkate alınarak, İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinde ifadesini bulan adli yargı yolunun kapsamına hukuk mahkemelerinde açılan davaların yanı sıra tahkim usulünün de dâhil olması gerektiği kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle, İMKB nezdindeki uyuşmazlık incelemesinin devam ettiği sırada taraflardan birinin tahkime başvurması halinde de İMKB'deki dosyanın işlem den kaldırılması gerekecektir. Nitekim, konuya ilişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 25.3.2003 tarih ve E.2002/5432, K.2003/1094 sayılı kararında da "davacının hakem heyeti belirleyerek başlattığı ve devam eden tahkim prosedürünün tamamlanmasıyla davacının tazmini gereken gerçekleşmiş zararının bulunup bulunmadığı ortaya çıkacak olup, bu aşamada idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir." şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Bu kapsamda, genel hatlarıyla adi yargı kolunun ve adli yargı kolunda bulunan mahkemeler ile tahkim usulünün sınırları çizildikten sonra, yatırım-

<sup>15</sup> AKINCI, s. 9.

<sup>16</sup> KALPSÜZ, s.1052.

cılarla borsa üyesi aracı kurumlar arasındaki uyuşmazlıklar bakımından adli yargıda açılacak muhtelif hukuk davalarının irdelenmesinde fayda görülmektedir.

## **2. Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Konu Uyuşmazlıklarda Adli Yargıda Açılacak Davalar**

Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, genellikle tarafların çerçeve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığı, alım veya satım emrinin sisteme iletilmediği veya zamanında ya da belirtildiği kapsamda iletilmediği, borsa işlemlerinden doğan taahhütlerin yerine getirilmediği noktalarda baş göstermektedir. Bu kapsamda olmak üzere borsa üyesi aracı kurumun yatırımcının bilgisi ve talimatı dışında hisse senedi alım satım emri vermiş olması, vekâletsiz veya yetkisiz işlem gerçekleştirilmesi ya da verilen emirlerin sisteme geç girilmesi gibi nedenlerle doğan zararın tazmini için yatırımcılar tarafından uyuşmazlık çözüm prosedürü başlatılarak, uğradıklarını iddia ettikleri zararın tazmini talep edilebilmektedir<sup>17</sup>.

Belirtilen durumlarda yatırımcının doğduğunu iddia ettiği maddi bir zararı bulunduğundan adli yargıda aralarındaki özel hukuk ilişkisine veya geçerli bir sözleşme bulunmaması halinde haksız fiil hükümlerine dayanarak söz konusu alacağını elde etmesini sağlayacak çeşitli davalar açması da mümkündür. Buna göre gerek yatırımcı gerek borsa üyesi aracı kurum tarafından açılacak ilk dava, tespit davası olabilir. Nitekim, bir alacağın (veya bir hukuki ilişkinin) varlığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunması halinde, alacağın varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde edilebilir<sup>18</sup>. Bununla birlikte, eda davalarından farklı olarak tespit hükümleri edaya yönelik bir emir içermediklerinden ilamlı icra yoluyla takip edilemezler<sup>19</sup>. Dolayısıyla yatırımcının salt tespit hükmüne dayalı olarak alacağını tahsil edebilme imkânı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, tespit hükmüne dayalı olarak alacağın tutarına göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemelerinde alacak davası açılması mümkündür.

Bu noktada, açılacak tespit davasının türlerine göre ayrıca bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Zira, açılmasıyla İMKB nezdindeki uyuşmazlık incelemesinin durmasını sağlayacak olan tespit dava-

---

<sup>17</sup> Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlık türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., KONURALP, s. 594 vd.

<sup>18</sup> PEKCANITEZ ve ark., Medeni Usul, s. 279-281.

<sup>19</sup> İcra ve İflas Kanunu md. 24-41.

sı, ancak alacağın varlığı veya yokluğunun tespitine ilişkin bir tespit davası olmalıdır. Bunun dışında örneğin, aracı kurumun düzenlemekle yükümlü olduğu müşteri emir formu, ordino gibi belgelerdeki imzanın yatırımcıya ait olmadığına tespitine yönelik bir dava, tek başına İMKB nezdindeki uyuşmazlığın işlemi kaldırılmasını gerektirir nitelikte değildir. Bununla birlikte, bu yönde bir tespit davası İMKB nezdinde devam eden incelemede delil niteliği teşkil edeceğinden, İMKB nezdindeki uygulama bakımından bekletici mesele yapılabileceği düşünülmektedir.

Uyuşmazlık çözüm prosedürüne konu uyuşmazlıklar bakımından açılabilir diğeri bir dava türü olan alacak davası, davalının bir şeyi yapmaya veya vermeye mahkûm edildiği eda davalarındandır. Eda davasının reddine ilişkin bir hüküm, eda hükmü olmayıp yalnızca davacının iddia ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığına ilişkin bir tespit hükmü niteliğinde olacaktır. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, bu yönde bir tespit hükmü HUMK md. 237 anlamında kesin hüküm ve kesin delil teşkil edecektir<sup>20</sup>. Öte yandan, eda davasının kabulüne dair bir kararda, hem tespit hem de eda hükmüne yer verildiğinden, bu hükümlerin ilamların icrası yoluyla icra edilmeleri mümkündür<sup>21</sup>. Kural olarak kararın temyiz edilmiş olması ilamın icrasını durdurmamaktadır (HUMK md. 443)<sup>22</sup>. Bununla birlikte, ilamın icrasını durdurmak isteyen borçlu, teminat karşılığında, Yargıtay'dan icranın durdurulması kararı alabilmektedir (HUMK md. 443, İİK md. 36).

İlamlı icra yolunu başlatan takip talebinde para alacağının borçlusu haciz veya iflas yollarından birini seçme hakkına sahiptir (İİK md. 37). Takip talebi ile buna dayanak teşkil eden belgeyi alan icra müdürü, bir icra emri düzenleyerek borçluya gönderir (İİK md. 24-26). İcra emrine itiraz etmek mümkün değilken, kanun belirli hallerde icranın geri bırakılmasının mümkün olduğunu düzenlemiştir (İİK md. 33-33/a). İcrası geri bırakılmamış bir ilamlı icra takibinde haciz istenmişse, haciz, satış ve paranın ödenmesi aşamaları geçilerek alacaklı alacağına kavuşabilir (İİK md. 41 vd.). Borçlunun iflasa tabi olması halinde, alacaklı dilerse ticaret mahkemesinde iflas talebinde de bulunabilir, zira İİK md. 177 uyarınca ilamlı icra emrinin yerine getirilmemesi doğrudan iflas sebeplerindedir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 289.

<sup>21</sup> İcra ve İflas Kanunu md. 24-41.

<sup>22</sup> Kesinleşmeden icraya konulamayacak ilamlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., PEKCANİTEZ ve ark., s. 394-395.

<sup>23</sup> PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, ÖZEKES,

Diğer taraftan, alacak davası açılıp, dava sonucunda tesis edilen ilamın icraya konulması yerine, yatırımcılar tarafından uyuşmazlık konusu alacağın tahsili amacıyla doğrudan ilamsız icra takibi yollarından genel haciz yoluyla takip başlatılması da imkân dâhilindedir. İlamsız icra yolunda, alacaklı daha önce mahkemede dava açıp bir ilam elde etmeye mecbur olmadığı gibi, doğrudan icra dairesine başvuran alacaklının alacağının bir belgeye bağlı olması da gerekmemekte olup, rehinle temin edilmemiş olan ve bir kambiyo senedine dayanmayan tüm para ve teminat alacakları için genel haciz yoluyla takip yapılması mümkündür<sup>24</sup>.

İlamsız icra takibi, yetkili icra dairesine verilecek bir takip talebi ile başlar, takip talebinin kanuna uygun olarak verilmesi üzerine icra müdürü borçluya ödeme emri düzenleyip göndermekle yükümlüdür (İİK md. 60-61). Borçlu ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itiraz etmezse takip kesinleşir, başka bir deyişle, süresi içinde itiraz edilmeyen ödeme emri takip hukuku bakımından alacağın varlığı konusunda bir karine teşkil eder<sup>25</sup>. Bununla birlikte, borçlu ödeme emri üzerine, yine yedi gün içerisinde borcunun doğmadığı, sona erdiği, zamanaşımına uğradığı, vadesinin şarta bağlı olduğu ya da borcun ödeme emrinde belirtilen kadar olmadığı gibi sebeplerle ödeme emrine itiraz edebilir. Süresinde ve usulüne uygun olarak yapılmış itiraz üzerine takip kendiliğinden durur (İİK md. 66). İtiraz üzerine duran takibe devam edilebilmesi için alacaklının itirazın iptali davası açması veya itirazın kaldırılması yolunu işletmesi gerekmektedir (İİK md. 67-70).

Buna göre, icra takibi İİK'nun 68-68/b maddelerinde belirtilen belgelerden birine dayanıyor ve alacaklının elinde de bu belgelerden biri bulunuyorsa, icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talep edilebilirken, takip konusu alacak bu belgelerden birine bağlı değilse, alacaklı itirazın iptali talebiyle genel mahkemelerde dava açmalıdır. İtirazın iptali davası, takip hukukuna özgü olmakla birlikte, genel hükümlere göre açılan ve genel mahkemelerde görülen bir dava iken, itirazın kaldırılması takip hukuku içerisinde düzenlenmiş, hüküm ve sonuçlarını sadece takip içerisinde doğuran bir yol olarak düzenlenmiştir<sup>26</sup>. Belirtilen her iki yolda da, borçlunun itiraz ettiği alacağın varlığına ilişkin bir karar tesis edilmektedir.

---

Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009, s. 407 (İcra ve İflas).

<sup>24</sup> KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara 2007, s. 110-111 (İcra ve İflas).

<sup>25</sup> PEKCANİTEZ ve ark., İcra ve İflas, s. 159.

<sup>26</sup> PEKCANİTEZ ve ark., İcra ve İflas, s. 167.



## **B. Uyuşmazlığın Adli Yargıya Yansımalarının Sonucunun Muhtelif Karar Çeşitleri Bakımından Değerlendirilmesi**

Yukarıda genel hükümler çerçevesinde yapılan açıklamalarımız, yatırımcı ile aracı kurum arasındaki uyuşmazlık çözüm prosedürü çerçevesinde değerlendirildiğinde, gerek dava ve icra, gerekse iflas yoluyla yatırımcının varlığını iddia ettiği zararının tazmini imkânı bulunmaktadır.

Hak arama hürriyetinin bir parçası olarak öngörülmüş olan bu imkân dikkate alınarak İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsada işlemde kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlık adli yargıya, İMKB nezdindeki incelemelerin devam ettiği sırada yansıtılabileceği gibi, İMKB'de henüz uyuşmazlık çözüm prosedürü başlatılmadan önce de yansıtılmış olabilir. Her iki halde de İMKB, uyuşmazlık konusuna ilişkin bir dava açıldığı veya takip başlatıldığı bilgisini aldığı noktada dosyanın işlemde kaldırılması kararı vermekle yükümlüdür. Nitekim, İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinin son fıkrası uyarınca, adli yargı yoluna gidilmesi durumunda, Borsa üyesi aracı kurum durumu öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Borsaya bildirmek, nihai kararı da aynı süre içinde ibraz etmekle yükümlüdür. Söz konusu bildirim üzerine veya herhangi başka bir şekilde duruma vakıf olması üzerine İMKB tarafından yapılması gereken, dava sonuçlanıncaya kadar dosyayı işlemde kaldırmak olmalıdır.

Bununla birlikte, uyuşmazlığın adli yargıya SPK nezdinde itiraz incelemesi devam ederken yansıtılmış olması da mümkündür. Yönetmelik'te bu konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, hükmün amaçsal yorumundan hareketle aynı durumun SPK bakımından da söz konusu olacağına kabulü gerekmektedir. Nitekim, anılan Yönetmelik'te yer alan, taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda dosyanın işlemde kaldırılmasına yönelik hükmün, sadece dosyanın Borsada olması hali ile sınırlandırılmış olduğu gerekçesiyle, tarafların aleyhine olduğunu düşündükleri İMKB kararının verilmesinden sonra adli yargı yoluna başvurarak, dosyanın Kurul nezdinde de işlemde kaldırılmasını sağlamalarını engellemek amacıyla alınan çeşitli tarihli Kurul kararları idari yargıya intikal etmiştir. Anılan davalarda, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 5.3.2002 tarih ve E.2001/566, K.2002/175 sayılı, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 10.10.2001 tarih ve Y.D.İtiraz No:2001/2079 sayılı kararları; Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 30.1.2002 tarih ve Y.D.İtiraz

No:2002/204 sayılı kararlarıyla, uyuşmazlığın adli yargıya intikal etmiş olması nedeniyle, dava sonuçlanana kadar dosyanın Kurul tarafından da işlemde kaldırılması gerektiği; bu yapılmayarak Kurulca uyuşmazlığın çözümüne yönelik karar alınmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, özellikle uyuşmazlık İMKB nezdinde aleyhine sonuçlanan tarafın, tesis edilen kararı beğenmeyerek SPK'ya itiraz aşamasında veya itiraz ettikten sonra dosyayı adli yargıya intikal ettirmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Bunun yanında örneğin yatırımcının alacağı ödeneceği yönünde sözlü beyanlarla oyalandığı esnada aracı kurum tarafından açılan bir menfi tespit davası da, yatırımcının uyuşmazlık çözüm prosedürünü başlatmasını engellemeye yönelik kötü niyetli bir uygulama olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, İMKB'ye başvurulmasını engellemek veya İMKB tarafından verilen karardan memnun kalınmadığında, bu kararın icrasını önlemek veya geciktirmek için adli yargıya başvurulması hükmün suiistimal edilmesine yol açabilecektir. Buna göre, söz konusu hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı kullanımının korunmayacağı yönünde bir Yönetmelik değişikliği yapılarak, nesnel ölçütler getirilmek suretiyle hakkın açıkça kötüye kullanımı teşkil edecek hallerde SPK nezdinde incelemeye devam edilebilmesine imkân tanınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki; İMKB tarafından uyuşmazlığın tüm ihtilafı hususları kapsayacak şekilde adli yargı konusu edilip edilmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, uyuşmazlığın, yalnızca belirli bir kısmı için adli yargıya yansıtılmış olması halinde, İMKB'nin adli yargıya yansıyan kısım bakımından dosyayı işlemde kaldırması ve fakat kalan kısım için incelemesini tamamlaması gerekmektedir.

Uyuşmazlığın adli yargıya yansımaya İMKB Yönetmeliği ile bağlanan sonuç, mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinin çatışmasının önüne geçme amacına hizmet etmektedir. Buna göre, mahkemece konuya ilişkin bir karar verileceği ya da verildiği hallerde, bu kararlar çelişki oluşturacak bir başka karar verilmesinin önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Bununla birlikte, aşağıda uygulamada karşılaşılan somut bir uyuşmazlık üzerinden değerlendirileceği üzere, uyuşmazlığın ne zaman adli yargıya yansımış sayılacağı konusunda bazı tereddütlerin doğması imkân dâhilindedir. Nitekim, adli yargıda verilen bir kısım kararlar -özellikle şekli anlamda kesin hüküm teşkil edenler- uyuşmazlığı esastan sonlandırmadıklarından borsa

uyuşmazlık çözüm prosedürünün işletilmesine engel teşkil etmeyebilecektir. Bununla birlikte, İMKB tarafından Yönetmelik hükmünün dar yorumlanması suretiyle davanın veya takibin kapsamına ya da tesis edilen mahkeme kararının niteliğine bakılmaksızın dosyadan el çekildiği örnekler de bulunmaktadır. Konu yukarıda açıklanan kapsamda değerlendirildiğinde, ancak uyuşmazlık incelemesinin aynı kapsam ve içerikle adli yargıya yansımış olması ve adli yargıda uyuşmazlığı esastan çözen maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir karar tesis edilmesi halinde İMKB'nin dosyanın işlemi kaldırılması yönünde karar verebileceği, bunun dışında adi yargıya yansıyan kısmın dışında kalan veya uyuşmazlık bakımından şekli anlamda kesin hüküm teşkil eden bir mahkeme kararı ile sonuçlanan dava dolayısıyla İMKB tarafından inceleme yapmaktan imtina edilmesinin uyuşmazlık çözüm prosedürünün öngörülme amacıyla bağdaşmayacağı tabiidir.

Bu noktada mahkeme kararlarının maddi anlamda ve şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesiyle neyin kastedildiğinin ortaya konulmasında fayda görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkeme kararları esasa ilişkin nihai kararlar ve usule ilişkin nihai kararlar olmak üzere iki başlık altında değerlendirilebilir. Davanın esası hakkında verilen nihai kararlar, dava çeşitlerine paralel biçimde eda hükmü, tespit hükmü veya inşai hüküm olabilir<sup>27</sup>. Eda ve tespit hükümlerinde yatırımcı ile aracı kurum arasındaki uyuşmazlık konusunun varlığı esastan karara bağlandığından bu kararlarla birlikte uyuşmazlığın sona erdiğinin kabulü gerekir. Diğer taraftan usule ilişkin nihai kararlar ile yargılama sona ermekle birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümlenmiş olmaz, zira bu tür kararlarla davacının talebine ilişkin nihai bir karar verilmez<sup>28</sup>. Görevsizlik, yetkisizlik, davanın açılmamış sayılması gibi kararlar usule ilişkin nihai kararlardandır. Bununla birlikte, davanın devamı sırasında alacağın ödenmesi gibi bir nedenle davanın konusuz kalması halinde mahkeme davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verebilmekle birlikte, bu karar usuli bir karar olmayıp, aradaki uyuşmazlığı esastan sona erdiren nihai bir karardır<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 476.

<sup>28</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 476.

<sup>29</sup> KURU ve ark., Medeni Usul, s. 477.

Diğer taraftan, bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yollarının tüketilmesi halinde hükmün şekli anlamda kesinleştiğinden söz edilirken, maddi anlamda kesin hükümle hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, tekrar dava konusu edilememesi ve daha sonra açılan bir dava bakımından bağlayıcı olması kastedilmektedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla bir hüküm maddi anlamda kesinleştikten sonra aynı konuda yeni bir dava açılmaz. Buna göre, tüm nihai hükümler maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder<sup>31</sup>. Bu noktadan hareketle, maddi anlamda kesin bir hükme esas teşkil eden uyuşmazlık bakımından İMKB tarafından uyuşmazlık çözüm prosedürünün işletilmesinin mümkün olmaması gerekir.

Öte yandan, usuli bir kararla sona eren uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın esasına yönelik bir hüküm tesis edilmediği nazara alınarak, İMKB tarafından uyuşmazlık çözüm prosedürünün işletilebileceği, hatta işletilmesinin mecburi olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Mahkeme kararlarının çeşitleri itibarıyla uyuşmazlık çözüm prosedürüne etkileri bu şekilde açıklandıktan sonra, aşağıda Kurul'a yansımış örnek bir olay kapsamında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

### **C. Örnek Olay Değerlendirmesi**

#### **1. Yatırımcı ile aracı kurum arasındaki uyuşmazlık sürecine ilişkin olarak**

Yatırımcı, Borsa üyesi aracı kurum ile aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak, İMKB Başkanlığı'na gönderdiği şikâyet dilekçesi ile özetle; alınması yönünde talimat verip vermediğini net olarak hatırlayamadığı hisse senetlerinin hesabına alındığını, hisse senedi alımı için verdiği talimatın gecikmeli olarak verildiğini, aracı kurumun birkaç seans üst üste taban yapan hisse senedini re'sen satmayarak zarara sebebiyet verdiğini ifade ederek, aracı kurumun kusurlu hareketleri neticesinde oluşan zararın tazminini talep etmiştir.

Aracı Kurum tarafından İMKB Başkanlığı'na verilen savunma yazısında; yatırımcının hesabında yaptığı işlemlerle borçlu duruma düştüğü, bu durumun kendisine sözlü ve yazılı olarak bildirildiği, talebi üzerine borcunu ödemesi için kendisine mehil verildiği, ancak yatırımcının borcunu ödemediği, bunun üzerine yatırımcının hesabındaki hisse senetlerinin satılarak kalan

<sup>30</sup> PEKCANITEZ ve ark., Medeni Usul, s. 523.

<sup>31</sup> PEKCANITEZ ve ark., Medeni Usul, s. 523.

borç bakiye için icra takibi yapıldığı, söz konusu takibe yatırımcı tarafından itiraz edilmeyerek takibin kesinleştiği, yatırımcının icra takibinden sonra borcunu ödeyeceğini belirtmesine rağmen sözünde durmayarak aracı kurumu şikâyet ettiği, bunun dışında yatırımcının şikâyet ettiği tüm işlemlerin bilgisi ve talimatı dâhilinde hukuka uygun olarak gerçekleştirildiği ifade edilerek, şikâyetin reddi talep edilmiştir.

Aracı kurum tarafından İMKB Hukuk İşleri Müdürlüğüne sunulan ve İcra Müdürlüğünden alınan yazıda, Aracı kurum tarafından yatırımcı aleyhine başlatılan ilamsız icra takibinin yatırımcı tarafından süresi içinde itiraz edilmemesi nedeniyle kesinleştiği belirtilmiştir.

İMKB Yönetim Kurulunun 25.8.2004 tarihli ve 993 sayılı toplantısında, Aracı Kurumun yatırımcı aleyhine kalan bakiye için, ekinde hesap ekstresine de yer vermek suretiyle icra takibi başlattığı, Yatırımcı tarafından işbu takibe süresi içinde usulüne uygun olarak itiraz edilmemesi üzerine takibin kesinleştiği, Aracı Kurumun dosyaya sunduğu İcra Dairesi'nden alınmış derkenar yazısı ile bu durumu belgelendirdiği, yatırımcının, aleyhine başlatılan ilamsız takibe ilişkin olarak Tetkik Mercii'ne itirazda bulunduğu, ancak bu itirazının reddine karar verildiği belirtilerek, Aracı Kurum ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlık esasa etkili olacak şekilde adli yargıya intikal etmiş olduğu gerekçesiyle dosyanın İMKB Yönetmeliği'nin 44/4. maddesi uyarınca işlem den kaldırılmasına karar verilmiştir. İMKB Yönetim Kurulu'nun söz konusu kararına yatırımcı tarafından SPK nezdinde itiraz edilmiştir.

Yukarıda anılan tüm hususlara ilişkin olarak Kurulca yapılan değerlendirmeye sonucunda; Kurul Karar Organı'nın 30.12.2004 tarih ve 51/1736 sayılı toplantısında;

“Aracı Kurum tarafından ... icra takibi başlatılması ve söz konusu takibin kesinleşmesi suretiyle adli yargı yoluna başvurulmuş olduğu, İMKB tarafından uyuşmazlık hakkında karar verilmeden önce İMKB'nin durumdan haberdar olduğu ve konu hakkında Aracı Kurum tarafından İMKB'ye derkenar ibraz edildiği anlaşıldığından, dosyanın işlem den kaldırılmasının şartlarının gerçekleşmiş bulunduğu; Aracı Kurum tarafından İMKB Yönetmeliği'nin md. 44/IV hükmü çerçevesinde uyuşmazlık konusu hususlar bakımından adli yargı yoluna başvurulduğundan, uyuşmazlığın esasa etkili olacak şekilde adli yargıya intikal etmiş olup, dosyanın İMKB Yönetmeliği'nin md. 44/IV hükmü uyarınca işlem den kaldırılmasına ilişkin İMKB Yönetim Kurulunun 25.8.2004 tarih ve 993 sayılı kararının onanmasına” karar verilmiştir.

Kurul Karar Organı'nın 30.12.2004 tarihli kararı sonrasında yatırımcının İMKB Başkanlığı'na yaptığı, İMKB Yönetmeliği md.44/4 hükmü uyarınca dosyanın incelenmesinin kaldığı yerden devam ettirilmesi yönündeki başvuru üzerine, İMKB Yönetim Kurulu'nun 21.6.2005 tarih ve 1042/4 sayılı toplantısında; Aracı Kurum tarafından başlatılan icra takibine şikâyet eden yatırımcı tarafından yapılan itiraz üzerine adli yargı tarafından, itirazın usulsüz olarak yapıldığı yönünde hüküm kurulduğu, bu hükmün Yargıtay tarafından onandığı ve hükmün kesinleştiği; böylece kanuni takibin devamını önleyecek yasal bir engel kalmadığı gerekçesiyle, yatırımcının bu aşamalardan sonra yaptığı yeniden inceleme talebinin reddi ile adli yargı tarafından karara bağlanan uyuşmazlık dosyasının kesin olarak işlemiden kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yatırımcı İMKB Başkanlığına gönderdiği itiraz dilekçesi ile açık hukuki sakatlık taşıdığını ileri sürdüğü İMKB Yönetim Kurulu'nun 21.6.2005 tarihli kararına SPK nezdinde itiraz etmiştir.

Yukarıdaki hususlara ilişkin olarak SPK tarafından yapılan değerlendirme sonucunda; Kurul Karar Organı'nın 25.8.2005 tarih ve 34/1067 sayılı toplantısında;

“İMKB tarafından Kurula gönderilen yeni dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgeler çerçevesinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin dosyanın İMKB tarafından işleme konularak yeniden incelenmesini gerektirecek bir hususun bulunmadığı; öte yandan, Yatırımcının takip konusu alacağın borçlusu olmadığı iddiasını, İİK md.72 hükmü uyarınca açacağı bir menfi tespit davası veya istirdat davası ile ileri sürme hakkının bulunması nedeniyle, İMKB tarafından taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm getirilmesinin mümkün olmadığı; bu itibarla, İMKB Yönetim Kurulu'nun, Yatırımcının başvurusunun reddine ilişkin 21.6.2005 tarih ve 1042/4 sayılı toplantısında alınan itiraz konusu kararının onanmasına ve bununla birlikte Yatırımcının menfi tespit veya istirdat davası açma hakkının mevcut olduğu konusunda bilgilendirilmesine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararı üzerine yatırımcı, Kurul Karar Organı'nın yukarıda belirtilen 25.8.2005 tarih ve 34/1067 sayılı kararı ile söz konusu kararın dayanağı olan 91 sayılı KHK'nın 13 üncü maddesinin, Menkul Kıymet Borsaları Yönetmeliği'nin 13 üncü maddesinin, İMKB Yönetmeliği'nin 44 üncü maddesinin iptali, İcra Mahkemesi'nde görülen davanın şekli bir hata

nedeniyle kesinleşmesinin şikâyetine ilişkin dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektirmediği, Borsa incelemesinin kaldığı yerden devamına karar verilmesi istemiyle Danıştay 13. Dairesi'nin E. 2006/3424 sayılı dosyası üzerinden dava açmıştır. Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme'nin 9.12.2009 tarih ve K.2009/10924 sayılı kararı ile;

“...Menkul Kıymetler Borsaları Yönetmeliği'nin 13 üncü maddesi ile İMKB Yönetmeliği'nin 44 üncü maddesinde yer alan düzenlemelerin, yasal düzenlemeye uygun olduğuna ve dayanağı yasal düzenlemeye aykırılık teşkil etmediğine, İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nun 42, 57, 60, 62 ve 66 ıncı maddelerinde ilamsız icra takibinin safahatına ilişkin hükümlerin yer aldığı; 67 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, “takip talebine itiraz edilen alacaklının itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebileceği; 4 üncü fıkrasında, “birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkının saklı olduğu; 72 inci maddesinin 1 inci fıkrasında ise, borçlunun, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabileceği hükümlerine yer verildiği, anılan yasal düzenlemelerden, para alacağının tahsili amacı ile yapılan ilamsız icra takibinin yargıya intikal etmiş bir dava olarak kabulüne olanak bulunmadığının görüldüğü, sonuç olarak; Aracı Kurum tarafından davacıdan alacaklı olduğundan bahisle icra müdürlüğü nezdinde yapılan icra takibinin yargı yoluna başvuru olmadığı gibi, davacı tarafından icra takibine süresi içinde itiraz edilmek yerine anılan icra takibine karşı İcra Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucu verilen Mahkeme kararının uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargı kararı olarak kabulüne olanak bulunmadığından, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak adli yargı yerine başvurulduğundan bahisle uyuşmazlığa ilişkin dosyanın kesin olarak işlemden kaldırılmasına ilişkin Borsa Yönetim Kurulu işleminin onaylanmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmadığına” karar verilmiştir<sup>32</sup>.

## **2. Kesin Hüküm Kavramı Çerçevesinde Mahkeme Kararının Değerlendirilmesi**

İMKB nezdinde gerçekleşen uyuşmazlık çözüm prosedürünün adli yargıya alternatif oluşu, adli yargıda esastan çözümlenmiş bir uyuşmazlığın tek-

<sup>32</sup> Anılan karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş olmakla birlikte, işbu makalenin yayım tarihi itibarıyla konuya ilişkin Kurul'a ulaşılmış bir karar bulunmamaktadır.

rar İMKB’de çözümlenmesine engel teşkil etmektedir. Bununla birlikte, usuli bir kararla sona eren veya uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturmayan bir mahkeme kararı karşısında İMKB’nin başvuru halinde uyuşmazlık incelemesi yapması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim yukarıda belirtilen Danıştay kararına konu uyuşmazlığın İMKB tarafından incelenmesini gerektiren husus, uyuşmazlığın adli yargıda esastan sonuçlandırılmamış olmasıdır.

Yukarıda kısaca belirtildiği üzere, ilamsız icrada ödeme emrine itiraz etmek isteyen borçlunun, itirazını, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra dairesine bildirmesi gerekmekte olup, icra dairesi yerine icra mahkemesine yapılan itirazın geçerliliği olmadığı gibi, icra mahkemesinin kendisine yapılan itiraz üzerine dilekçeyi icra dairesine göndermesine yasal olarak olanak da bulunmamaktadır<sup>33</sup>. İcra dairesine süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine İİK’nun 66 ncı maddesi gereği takip, itiraz hükümden düşürülünceye kadar kendiliğinden durmaktadır. İtirazın hükümden düşürülmesi İİK’nun 67 nci maddesi çerçevesinde itirazın iptali davası açılması veya 68 ila 70 inci maddeleri çerçevesinde itirazın icra mahkemesince kaldırılması yollarından biri ile gerçekleştirilebilmektedir.

Her ne kadar yukarıda bahsi geçen Danıştay kararında “*para alacağının tahsili amacı ile yapılan ilamsız icra takibinin yargıya intikal etmiş bir dava olarak kabulüne olanak bulunmadığının görüldüğü*” gerekçesine dayanılmışsa da, kanaatimizce somut olayda İMKB tarafından uyuşmazlık incelemesinin devamına hükmedilmesinin ilamsız icra takibinin uyuşmazlığın yargıya intikal etmiş sayılamayacağına değil, söz konusu takipte süresi içerisinde geçerli olarak yapılmayan bir itiraz dolayısıyla usulen kesinleşmiş olan bir takibin uyuşmazlığı kesin olarak sonlandıracak mahiyette olmadığına dayandırılması gerekmektedir. Nitekim, ilamsız icra yolunda ödeme emrine usulüne uygun olarak yapılan bir itiraz sonucunda itirazın iptali veya itirazın icra mahkemesince kaldırılması yollarına başvurulması üzerine verilecek kararlarla uyuşmazlığın esastan sonlandırılması imkanı bulunmaktadır. Dolayısıyla Danıştay kararında kast edilenin ilamsız icra takibinin itirazın iptali davasına veyahut itirazın icra mahkemesince kaldırılması yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi hallerine münhasır olduğu düşünülmektedir.

Nitekim, somut olayda icra takibine süresi içinde itiraz edilmek yerine anılan icra takibine karşı icra mahkemesine yapılan başvuru sonucu verilen

---

<sup>33</sup> KURU ve ark., İcra ve İflas, s. 150.



mahkeme kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargı kararı olarak değerlendirilemez. Nasıl ki, borçlu olmadığı halde kendisine karşı takip yapılan kişi, itiraz etmemekle bu borcu ödeme yükümü altına girerse, burada da yatırımcı, icra emrine usulüne uygun itiraz etmemiş olmasının sonuçlarına katlanarak, icra takibinden doğan borcu ödemekle yükümlü olacaktır. Yatırımcının bu suretle ödemek zorunda kaldığı bedeli menfi tespit veya istirdat davası yoluyla alması her zaman mümkündür. Öte yandan, asıl alacak bakımından İMKB nezdinde uyuşmazlık çözüm prosedürü başlatma ya da bu prosedürün devamını sağlamasının da imkân dâhilinde olması gerekir. Dolayısıyla, İMKB'nin uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi dolayısıyla incelenemeyeceği yönündeki kararı, yatırımcıyı, İİK'nun 72 nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası veya istirdat davası açmaya mecbur bırakır niteliktedir. Oysa, İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm prosedüründen beklenen, bu yolun adli yargıya bir alternatif teşkil etmesidir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, davacının söz konusu borcun borçlusu olmadığı iddiası ile menfi tespit davası veya istirdat davası açma imkânının yanı sıra uyuşmazlığın adli yargıda kesin hükümle sonuçlanmadığı ya da kesin hükümle sonuçlanacak bir davaya konu edilmediği hallerde İMKB nezdinde uyuşmazlık çözüm prosedürüne devamına da imkânı olduğunun kabulü gerekmektedir.

#### IV. SONUÇ

Aracı kurumlarla yatırımcılar arasındaki hisse senedi alım satım işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hızlı ve etkin bir biçimde sonuçlandırılabilmesini teminen 91 sayılı KHK'nın 13'üncü, İMKB Yönetmeliği'nin 42 vd. maddelerinde yapılan düzenlemelerle uyuşmazlıkların Borsa Yönetim Kurulunca sonuçlandırılmasına imkan tanıyan, adli yargıya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi geliştirilmiştir.

İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm prosedürü gönüllülük esasına dayanmakta olup, tarafların adli yargı yoluna başvurmaları engellenmemiştir. Nitekim, İMKB Yönetmeliği'nin md. 44/IV hükmünde, taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsada işlem den kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenleme ile amaçlanan, idari ve adli yargıda çift başlı içtihat oluşumuna engel olmaktır.

Yönetmelik'in bu hükmünden hareketle çalışmada öncelikle taraflarca yargı yoluna başvurulması ile neyin kast edildiği ortaya konulmuştur. Buna göre, ceza yargılaması sonucunda para borcunun ifası ile ilgili uyuşmazlığın giderilmesi söz konusu olmadığından ve yatırımcı ile aracı kurum arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olduğundan, İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinde uyuşmazlığın yargıya yansımış olmasına ilişkin düzenlemenin ceza yargısını değil, hukuk yargısını ifade etmekte olduğu, ayrıca tahkim uygulamasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu çerçevede uyuşmazlık çözüm prosedürüne konu uyuşmazlıklarda adli yargıda açılacak davalar, uyuşmazlığın esasına ilişkin gerek icra takip yollarını gerek eda ve tespit davalarını kapsamaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, tespit davaları ancak alacağın varlığı veya yokluğunun tespitine ilişkin olmaları halinde İMKB nezdindeki uyuşmazlık incelemesinin durmasını sağlayacak niteliktedir. Bunun dışında örneğin, aracı kurumun düzenlemekle yükümlü olduğu müşteri emir formu, ordino gibi belgelerdeki imzanın yatırımcıya ait olmadığına tespitine yönelik bir dava, tek başına İMKB nezdindeki uyuşmazlığın işlemden kaldırılmasını gerektirir nitelikte değildir.

İMKB Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesi hükmünün ne zaman işletilmesi gerektiği de ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Uyuşmazlık adli yargıya, İMKB nezdindeki incelemelerin devam ettiği sırada yansıtılabileceği gibi, İMKB'de henüz uyuşmazlık çözüm prosedürü başlatılmadan önce de yansıtılmış olabilir. Her iki halde de İMKB, uyuşmazlık konusuna ilişkin bir dava açıldığı veya takip başlatıldığı bilgisini aldığı noktada dosyanın işlem den kaldırılması kararı vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte uyuşmazlık adli yargıya SPK nezdinde itiraz incelemesinin devam ettiği esnada da yansıtılmış olabilir. Yönetmelik'te açık bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, hükmün amaçsal yorumundan hareketle SPK nezdinde de dosyanın işlem den kaldırılması gerektiği yönünde muhtelif yargı kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte, İMKB'ye başvurulmasını engellemek veya İMKB tarafından verilen karardan memnun kalınmadığında, bu kararın icrasını önlemek veya geciktirmek için adli yargıya başvurulması hükmün suiistimal edilmesine yol açabilecek nitelikte olup, söz konusu hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı kullanımının korunmayacağı yönünde bir Yönetmelik değişikliği yapılarak, nesnel ölçütler getirilmek suretiyle hakkın açıkça kötüye kullanımı teşkil edecek hallerde SPK nezdinde incelemeye devam edilebilmesine imkân tanınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Diğer taraftan, uyuşmazlığın ne zaman adli yargıya yansımış sayılacağı konusunda bazı tereddütlerin doğması mümkündür. Bir hüküm maddi anlamda kesinleştikten sonra aynı konuda yeni bir dava açılmayacağından, tüm nihai hükümler maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Buna göre, maddi anlamda kesin bir hükme esas teşkil eden uyuşmazlık bakımından İMKB tarafından uyuşmazlık çözüm prosedürünün işletilmesinin mümkün olmaması gerekir. Öte yandan, usuli bir kararla sona eren uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın esasına yönelik bir hüküm tesis edilmediği nazara alınarak, İMKB tarafından uyuşmazlık çözüm prosedürünün işletilebileceği, hatta işletilmesinin mecburi olduğu düşünülmektedir.

Konuya ilişkin yukarıda ayrıntılarına yer verilen örnek olay incelemesinde de icra takibine süresi içinde itiraz edilmek yerine anılan icra takibine karşı icra mahkemesine yapılan başvuru sonucu verilen mahkeme kararının uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargı kararı olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Her ne kadar aleyhine takip başlatılan kişi, icra emrine usulüne uygun itiraz etmemiş olmasının sonuçlarına katlanmakla yükümlü ise de, ödemek zorunda kaldığı bedeli menfi tespit veya istirdat davası yoluyla alması her zaman mümkündür. Bununla birlikte, menfi tespit veya istirdat davası açma imkânının yanı sıra, uyuşmazlığın adli yargıda kesin hükümle sonuçlanmadığı ya da kesin hükümle sonuçlanacak bir davaya konu edilmediği hallerde İMKB nezdinde uyuşmazlık çözüm prosedürüne devam edilmesinin de imkân dâhilinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Aksinin kabulü, yatırımcıyı, borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası veya istirdat davası açmaya mecbur bırakma anlamına gelmekte olup, İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm prosedürünün adli yargıya bir alternatif teşkil etmesi ile bağdaşır nitelikte değildir.

**KAYNAKÇA**

- AKINCI, Ziya, “Tahkim ve Derdestlik İtirazı”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, İzmir, s.1-12.
- BERZEK, Ayşe Nur, “Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti”, Prof. Dr. Reha POROY’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995.
- KALPSÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s.1027-1053.
- KONURALP, Aynur, KONURALP, Haluk, “Borsa Uyuşmazlıkları”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara 2007 (İcra ve İflas).
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009 (Medeni Usul).
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009, s. 407 (İcra ve İflas).
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, (Medeni Usul).
- ÜNAL, Oğuz, Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005.
- YILDIRIMDEREN Nevhis, “Tahkim ve Objektif Açıdan tahkime Elverişlilik”, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 47-61.

**KAMU HUKUKU>>**

BOŞ

# EGEMENLİK VE KORUMA SORUMLULUĞU

A.Fusun ARSAVA\*

## ÖZET

*İnsan Haklarının uluslararasılaştırılması sürecinde uluslararası kuruluşlara, özellikle BM'e önemli bir rol düşmektedir. BM anlaşmasını 2.madde, 7.bendi açıkça üye devletlerin iç işlerine karışma yasağı getirirken, BM Güvenlik Konseyi'nin VII.Bölüm çerçevesinde sahip olduğu hakları bu düzenlemeden istisna etmiştir. Bu süreçte koruma sorumluluğu yaklaşımı ile yeni bir aşamanın başladığı kabul edilmektedir. Kavramın içeriğinin ortaya koyduğu üzere devletler vatandaşlarına önlenebilir felaketlerden koruma bakımından öncelikli olarak sorumludur. Ancak devletlerin bu görevi yerine getirememesi, yerine getirmek istememesi durumunda uluslararası camianın sorumluluğu gündeme gelecektir. Devletlerin bir kısmı bunun yeni bir müdahale teşkil edeceği düşüncesindedir. Günümüzde hiçbir pozitif Devletler Hukuku normunda koruma sorumluluğu yer almamaktadır. Koruma sorumluluğunun hukuken bağlayıcılık kazanabilmesi için içeriğinin daha açık somutlaştırılması gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** BM Güvenlik Konseyi uygulamaları, Egemenlik, İnsani müdahale, Koruma sorumluluğu, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları

## SOVEREIGNTY - RESPONSIBILITY TO PROTECT

### ABSTRACT

*International organizations, particularly The United Nations takes a significant part in the process of internationalization of Human Rights. While The UN Treaty Article 2 Paragraph 7 is clearly imposing the prohibition of intervention in the internal affairs of the Member States, it exempts the rights of United Nations' Security Council within the framework of the Part VII from this provision. In this process it is accepted that a new progress has been begun by the conservation liability approach. As the contents of this concept establish the grounds, States are primarily liable for their nations to protect them from avoidable disasters. However in case of the States which don't perform or don't intent to perform this liability, the liability of the international*

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*community comes up. Part of the States are of opinion that, it constitutes a new intervantion. Contemporarily there isn't any conservation liability under any positive states law norm. In order to have the binding force of the conservation liability, this content has to be made concretie more clearly.*

**Key Words:** *UN Security Council practice, Sovereignty, Humenitarian Intervention, Responsibility to protect, International law and Human Rights*

Westfalya sisteminin temel unsurlarından biri olarak devletlerin egemenliği Münster ve Osnabrück barış anlaşmalarından itibaren (1648) DH'nu şekillendirmiştir. Egemenlik içerde en yüksek bağımsız otorite olarak devlet düzenini siyasi, sosyal ve ekonomik bakımdan belirlemek, dışarıya karşı da uluslararası ilişkilere kendi iradesi ile serbestçe girebilmeyi ifade etmektedir.<sup>1</sup> Egemenlik devletlerin diğer devletlerden, ancak aynı zamanda uluslararası camiadan bağımsızlığı düşüncesine istinat etmektedir. Devletlerin egemenliği çağdaş DH'da BM sisteminin temel dayanağı olarak BM anlaşmasının 2.madde 1.bendinde yer verilen devletlerin egemen eşitliği prensibi ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. BM Genel Kurulu devletler arasında dostça ilişkiler resolasyonunda dolaylı olarak düzenlendiği üzere, egemenlik prensibi devletlere başka DH sujelerinin kendi işlerine karışmasına karşı koruma sağlamaktadır<sup>2</sup>.

Egemenlik prensibi devletlerin egemenlik alanlarını başka devletlerin etkisine karşı kapatmayı mümkün kıldığı gibi, devletlerin kendi egemenlik alanlarını diğer devletlere açma hakkını da içermektedir. Her devlet DH bağlantıları kurup kurmamakta ve bağlantıları nasıl kuracağı konusunda kendisi karar verme yetkisine sahiptir. Egemenliğin doğal sonucu olarak, uzlaşma sözü konusu olduğu nispette çok taraflı anlaşmaların çekincelerle modifiye edilmesi mümkündür. Uluslararası teamül hukukunun kendisi için veya kendisine karşı oluşmasını bir devletin yine aynı anlayışla engellemesi mümkündür<sup>3</sup>. Fiili zorunluluk dışında Westfalya DH sisteminde devletler prensip olarak son söz hakkına sahiptir. Egemen devlet yaklaşımı ışığında her transnasyonal ko-

<sup>1</sup> *Randelzhofer, Albrecht (2004): Staatsgewalt und Souveränität, bkz.: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3.Auflage, Heidelberg: C.F.Müller; §17, 143-162*

<sup>2</sup> *Berstermann, Jost (1991): Das Einmischungsverbot im Völkerrecht, Frankfurt a.M, Lang), s.86*

<sup>3</sup> *Tomuschat, Christian. Obligations Arising for States without or against their Will, 1993, bkz.: Hague Academy of international law: Recueil des Cours Vol.241 (1993-IV), s.195-354).*



operasyon devletlerin kendilerini hukuken taahhüt altına sokmaları ile gerçekleşebilir.

Bugün küreselleşme olarak tanımladığımız proses ilerledikçe bu modelin şekli karakteri ortaya çıkmaktadır. Avrupa entegrasyonu bu modeli özel müdahaleleri ile gözler önüne sermektedir. Bu çerçevede Avrupa Toplulukları ve AB kurucu anlaşmalarına verilen onay, AB hukukunun AB üyesi devletlerin hukuk düzeninde etki doğurmasını temin eden bu köprü işlevi görmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararında dile getirdiği AB'den çıkma yahut AB hukukuna riayet etmeme hakkı, verilen onayın köprü ayağı olarak gördüğü işlevi ortaya koymaktadır<sup>4</sup>. Bu haklar gerçekçi olmaktan çok teorik önem taşımaktadır. AB şüphesiz özel bir durum teşkil etmektedir. Başka hiçbir örnekte egemen devletlerin bu kapsamda supranasjonal bir yapıda entegrasyona gittiği görülmemektedir. Bu özel durum, başka bir çerçevede bu prosese strüktürel olarak benzeyen gelişmelere yol açabilir. Uluslararası ilişkilerde bugün birçok konuda karar yetkisinin ulusal seviyeden uluslararası seviyeye aktarıldığı görülmektedir. Sınır aşan problemlere sınır aşan çözümler bulunmak istendiği nispette, uluslararası kooperasyon gerekli olmaktadır<sup>5</sup>. İklim değişikliği gibi küresel olarak düşünülmesi gereken konular yanı sıra dünya ekonomisi gibi kapsamlı uluslararası ilişkilerle tarif edilen alanlar ve sosyal politika gibi öncelikle ulusal politikalar ile şekillendirilen ancak zamanla küreselleşen dünya ekonomisinin etkisine giren ve bu nedenle uluslararası seviyede yön verilmesi gereken alanlar artık klâsik egemenlik anlayışına göre düzenlenmesi söz konusu olmayan alanlar olarak görülmektedir.

Ulusal politikaları uluslararasılaştıran proses devam ettiği sürece devletler egemenlik alanlarını DH aracılığıyla diğer DH sujelerine açmak zorunda kalacaktır. Anlaşmadan doğan yükümlülükler her anlaşma tarafına birlikte konuşma olanağı sunmaktadır. Bu duruma uygun olarak devletlerin münhasıran yetkili oldukları alanları diğer devletlerin müdahalesinden koruyan "domaine reserve"nin uygulanması mümkün olmamaktadır<sup>6</sup>. Uluslararası yükümlülüklerin serbest irade ile üstlenilmesi prensibinin de bugün istisnalarının olduğu görülmektedir<sup>7</sup>. Bu çerçevedeki en güzel örneği uluslararası insan

<sup>4</sup> *BverfG 1989, s.155; Randelzhofer,Albrecht, Rn.33-34*

<sup>5</sup> *Luck, Edward C. (2008): Der verantwortliche Souverän und die Schutzverantwortung. Auf dem Weg von einem Konzept zur Norm. Bknz.: Vereinte Nationen 56/2, s.55*

<sup>6</sup> *Berstermann,Jost, s.86-87*

<sup>7</sup> *Tomuschat,Christian.Obligations Arising for States without or against their Will, 1993,*

hakları koruması vermektedir. Bu anlaşmaların tarafı olan devletler kendi egemenlik alanlarında bulunan insanlara insan haklarına uygun davranma taahhüdü yapmaktadır. Bu şekilde devletler kendi vatandaşları ile olan ilişkilere de ilgili anlaşma yahut teamül hukuku muvacehesinde müdahale yapılmasını kabul etmiş olmaktadır<sup>8</sup>. Bu durum 10 Temmuz 1992’de Helsinki’de gerçekleştirilen AGİT toplantısında üye devletlerin bildirisinde dile getirilmiştir. Müdahale olanakları BM İnsan Hakları Konseyi önünde cereyan eden rapor prosedürü, AİHK’na göre bireysel başvuru yahut BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine ek I nolu protokolde öngörülüğü şeklinde cereyan edebilir<sup>9</sup>. DH bakımından bağlayıcı insan hakları garantilerine göre insan hakları sorunlarının iç işleri olarak ilân edilmesi ve dışardan müdahale yapılmasını önlemek mümkün değildir<sup>10</sup>. Bu pozisyonu uzun yıllar savunan Çin’de dahi son yıllarda önemli değişimler ortaya çıkmıştır<sup>11</sup>.

İnsan haklarının uluslararasılaştırılması sürecinde uluslararası kuruluşlara, özellikle BM’e kilit bir rol düşmektedir. BM anlaşmasının 2.madde 7.bendi açıkça üye devletlerin iç işlerine karışma yasağı getirirken, BM Güvenlik Konseyi’nin VII.Bölüm çerçevesinde sahip olduğu hakları bu düzenlemeden istisna etmiştir. Güvenlik Konseyi uygulamasında BM anlaşmasının 39.madde muvacehesinde uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi çerçevesinde uluslararası zor kullanmanın yasaklanması ile tarif edilen negatif barıştan hareket edilmekte ise de, son zamanlardaki gelişmeler iç işlerini de dikkate alarak pozitif barıştan hareket edildiğini göstermektedir<sup>12</sup>. Bu çerçevede ülkesel alanda cereyan eden uyuşmazlıkların spill-over etki ile komşu ülkeleri de zora sokacağı kabul edilmektedir. Bu durum pür ülkesel uyuşmazlıklara Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm muvacehesinde müdahalesine yol açabi-

*bknz.: Hague Academy of international law: Recueil des Cours Vol.241 (1993-IV), s.195-354.*

<sup>8</sup> *Barkin, Samuel J. (1998):The Evolution of Constitution of the Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms. In: Milienium-Journal of International Studies 27/2, s.229-252.*

<sup>9</sup> *Tomuschat,Christian, s.132*

<sup>10</sup> *Lauterpacht,Hersch: (1947):International Law and Human Rights. Bknz.: Hague Academy of International Law: Recueil des Cours Vol.70 (1947-I), s.18-38*

<sup>11</sup> *Schulte-Kulmann, Nikole (2003):Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten in der europäisch-chinesischen Rechtszusammenarbeit. Bknz.: Verfassung und Recht in Übersee 36/4, s.529-554*

<sup>12</sup> *BM uygulaması için bknz.: Dicke,Klaus (1997): National Interest vs. the Interest of the International Community-A Critical Review of Recent UN Security Council Practice. Bknz.: Jost Delbrück (Hrsg.) New Trends in International Lawmaking-International ‘Legislation’ in the Public Interest. Berlin: Duncker und Humblot, s.150-156*

lecektir. Güvenlik Konseyi, 2000 tarihli 1308 sayılı resolusyonun girişinde HIV/AIDS virüsünün yayılmasını uluslararası istikrar ve güvenlik bakımından riziko teşkil ettiğini dile getirerek, devletlerin kendi egemenlik alanında bulunan insanlarla ilişkilerde temel sorunlar bakımından münhasır yetki iddia edemeyeceğinin altını çizmiştir<sup>13</sup>.

#### Koruma Sorumluluğu Yaklaşımı (responsibility to protect)

Devletlerin egemenlik zırhının son zamanlarda birçok yerinde zayıflama görülmektedir. Bu süreçte koruma sorumluluğu yaklaşımıyla yeni bir aşamanın başladığı kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın istinat ettiği temel düşünceler müdahale ve devlet egemenliği uluslararası Komisyonu (International Commission on Intervention and State sovereignty) tarafından hazırlanan tasarıda “that sovereign states have a responsibility to protect their own citizens from avoidable catastrophe-from mass murder and rape, from starvation – but that when they are unwilling or unable to do so, that responsibility must be borne by the broader community of states” (ICISS 2001, s.VIII) şeklinde ifade edilmiştir.

Koruma sorumluluğu yaklaşımının ortaya çıkmasında en önemli dürtüyü Raunda ve Kosova’daki iç savaşlarda işlenen suçlar oluşturmuştur<sup>14</sup>. BM Güvenlik Konseyi’nin etkin önlem konusunda uzlaşmaya varamaması, çoğu kez insani müdahalenin meşrulaştırılması talebiyle bağlantılı olarak mevcut BM sisteminin zaafiyetine uğramasına yol açmaktadır. BM Genel Sekreteri Kofi Annan 20 Eylül 1999’da BM Genel Kurulu’nda yıllık raporunu sunarken yapmış olduğu konuşmada devletlerden geleneksel egemenlik anlayışlarını gözden geçirmelerini talep etmiştir. Bu talebe Kanada hükümeti takip eden sene müdahale ve devlet egemenliği uluslararası komisyonunu (ICISS) toplantıya davet ederek cevap vermiştir. Bu bağımsız uzmanlar Komisyonu görüşmeleri Avusturya eski dışişleri bakanı Gareth Evans ve uzun yıllar BM özel danışmanı Cezayirli diplomat Mohammed Sahnoun’un ortak başkanlığında gerçekleşmiştir. 2001 Aralık tarihli nihai raporunda ICISS koruma sorumluluğu yaklaşımını dile getirmiş ve BM organlarına bu yaklaşımın benimsenmesi ve somutlaştırılması tavsiyesinde bulunmuştur<sup>15</sup>. Koruma sorumluluğu yaklaşı-

<sup>13</sup> Meron, Theodor (2006): *Die Humanization of International Law*, s.510-517. Lejden: Nijhoff,

<sup>14</sup> Simma, Bruno (1999): *The UN and the Use of Force. Legal Aspects. Bknz.: European Journal of International Law* 10/1, s.1-22

<sup>15</sup> Fröhlich, Manuel (2006): “Responsibility to Protect”-Zur Herausbildung einer neuen Norm

mı BM Genel sekreteri tarafından reform önerileri hazırlamakla görevlendirilen yüksek hiyerarşili grup tarafından BM reform sürecine dahil edilmiştir. Bu çalışmalar sonucu hazırlanan raporda getirilen önerilere, aralarında ABD, Çin ve Rusya'nın da bulunduğu tüm devletler tarafından itirazlar yapılmıştır<sup>16</sup>. Devletlerin bir kısmı bunun yeni bir müdahale teşkil edeceği düşüncesini ileri sürerken, diğerleri Güvenlik Konseyi'ne kapsamlı yetki verilmesinden ve siyasi takdir haklarının daraltılmasından duydukları endişeleri dile getirmiştir.

2005 Ekim'inde BM reformu için yapılan dünya zirvesinde kabul edilen sonuç bildirgesinde koruma sorumluluğu<sup>17</sup> önemli noktaları itibariyle zafiyete uğratılmıştır. BM Güvenlik Konseyi 2006'da iki resolusyonunda bu noktalara atıfta bulunmuştur. 1674 sayılı resolusyonun 4.paragrafı nihai bildirgenin 138. ve 139.paragraflarındaki hükümleri teyit etmiştir (Güvenlik Konseyinin bu resolusyonu silahlı çatışma bölgelerinde sivillerin korunmasıyla ilgilidir). 1706 sayılı resolusyonun dibacesi ise (Güvenlik Konseyinin bu resolusyonu BM Genel Sekreterinin Sudan raporu ile ilgilidir) 1674 sayılı resolusyonda yapılan bu teyidi hatırlatmaktadır. Ban Ki-moon BM Genel Sekreterliğine atandıktan sonra "responsibility to protect"i işletmek istediğini ifade ederek Aralık 2007'de Edward Luck'ı koruma sorumluluğu konusunda özel danışman olarak atamıştır<sup>18</sup>.

12 Ocak 2009'da Ban Ki-moon'a bu görevi yerine getiren bir rapor sunulmuştur. Edward Luck bu raporda dar kapsamlı bir somutlaştırma yaparak topu BM Genel Sekreterliğine atmıştır. Bu tablo ışığında koruma sorumluluğu yaklaşımını somutlaştırma ve şekillendirme yetkisinin BM Genel Kuruluna bırakıldığı ortaya çıkmaktadır. BM dışında bugün Global Centre for the Responsibility to Protect, Human Rights Watch, Oxfam international ve Refugee International gibi diğer bir çok sivil toplum örgütleri koruma sorumluluğu yaklaşımı üzerinde çalışmaktadır.

---

*der Friedenssicherung. Bknz.: Johannes Varwick/Andreas Zimmermann (Hrsg.): Die Reform der Verienten Nationen-Bilanz und Perspektiven. Berlin: Duncker&Humblot, s.169-173*

<sup>16</sup> Fröhlich,Manuel, s.177-182

<sup>17</sup> Welsh,Jennifer (2007):*The Responsibility to Protect: Securing the Individual in International Society. Bknz.: Benjamin J.Gould/Liora Lazarus (Hrsg.): Security and Human Rights, Oxford: Hart, s.377-380*

<sup>18</sup> Luck, Edward, s.51

Koruma Sorumluluğu Yaklaşımının İçeriği

Koruma sorumluluğunun açıklanan yoldan uzun bir prosedürden geçerek şekillenmesi, içeriğinin güvenilir ve genel olarak geçerli biçimde belirlenmesini güçleştirmektedir<sup>19</sup>. Kavramın içeriğinin merkezinde insanların korunmasında aşamalı bir sorumluluğun yer aldığı görülmektedir. Devlet vatandaşlarını önlenabilir felaketlerden koruma sorumluluğunu öncelikli olarak taşımaktadır. Devletin bu görevi yerine getirememesi durumunda uluslararası camianın sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>20</sup>.

İnsani krizler çerçevesinde koruma sorumluluğu üç unsur yahut aşama içermektedir. Bunlar, önleyici sorumluluk, reaksiyon sorumluluğu ve yeniden tesis etme sorumluluğudur. Bu her üç unsur ICISS raporunda açık şekilde birbirinden ayrı olarak belirtilmiştir<sup>21</sup>. Bu üç unsura 2005 tarihli dünya zirvesinde kabul edilen nihai bildirinin ilgili pasajlarında yer verilmiştir. Erken uyarı talebinin açıkça yapılmasına karşılık, soykırımın, savaş suçlarının, etnik temizliğin ve insanlığa karşı suçların önlenmesi için kapasitenin geliştirilmesi talebinin en son yarım cümlede karşımıza çıktığı görülmektedir. BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon buna karşılık Ocak 2009 raporunda başka bir odaktan meseleye bakmıştır. Ban Ki-moon raporunda krizin ortadan kaldırılmasında aşamaları değil, söz konusu yaklaşımın yapılandırılması çerçevesinde uluslararası müdahalenin yoğunluğu üzerinde durmuştur. Raporun birinci bölümünde üye devletlerin kendi vatandaşları için sorumluluğu vurgulanırken ikinci bölümünde uluslararası camia kapasitenin güçlendirilmesine destek vermekle yükümlü kabul edilmiştir. Üçüncü bölümde ise zamanında ve kararlı reaksiyon mükellefiyeti öngörülmüştür.

Reaksiyon sorumluluğu çerçevesinde zorla müdahale kararına esas olacak kriterler konusunda ICISS 6 kriter zikretmektedir<sup>22</sup>. ICISS için haklı

<sup>19</sup> *Stahn, Carsten (2007): Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Noem? Bknz: American Journal of International Law 101/1, s.118*

<sup>20</sup> *fallback responsibility, Winkelmann, Ingo (2006): "Responsibility to Protect": Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz. In: Pierre-Marie Dupuy u.a. (Hrsg.): Völkerrecht als Weltordnung. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl. N.P.Engel, s. 457*

<sup>21</sup> *Evans, Gareth (2008): The Responsibility to Protect. Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All. Washington D.C., Brookings Institution, s. 79-134*

<sup>22</sup> *von Schorlemer, Sabine (2006): The Responsibility to Protect: Kriterien für militärische Zwangsmassnahmen im Völkerrecht. Bknz.: Gerhard Beestermöller/Michael Hasper/Uwe Trittmann (Hrsg.): "What we're fighting for ...". Friedensethik in der transatlantischen Debatte. Stuttgart: Kohlhammer, 89-95*

neden devletin bu görevi yapmak istememesi veya yetersiz olmasından bağımsız olarak insanları kitlesel ölümlerden ve etnik temizlikten korunmaktadır<sup>23</sup>. Koruma sorumluluğu yaklaşımının BM reformunda ortaya çıkmasıyla müdahale nedenleri soykırım, ağır savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlar olarak somutlaştırılmıştır<sup>24</sup>. ICISS'e göre aşağıdaki esaslar haklı sebep olarak değerlendirilecektir:

“Right Intention” (doğru amaç): İnsanların ıstıraplarının sona erdirilmesi ve onları bu ıstıraplardan korumak caiz müdahalelerin ana nedenini oluşturmaktadır. Bu meyanda başka amaçların da takip edilmesinin bir zararı bulunmamaktadır. BM Genel Sekreterinin raporu genel olarak doğru amaçtan söz etmektedir<sup>25</sup>. Dünya zirvesinin nihai bildirgesi böyle bir sınırlamadan söz etmemektedir.

“Last resort” (son çare): tüm dokümanlar askeri müdahaleyi askeri nitelikli olmayan çarelerin ümitsiz gözükmeyeceği durumda istisnai olmak üzere son çare olarak nitelendirmektedir<sup>26</sup>. 2005 tarihli dünya zirvesinde bu nokta BM Şartı'nın 42.maddesi lâfzına benzer şekilde formüle edilmiştir.

“Proportional means” (orantılılık): Askeri müdahale kapsamı, yoğunluğu ve süresi bakımından amaçlara erişmek için gerekli olan asgari ölçüyü esas almalıdır<sup>27</sup>. Amaçlara erişmek için uygun olan en ılımlı aracın kullanılması dünya zirvesinin nihai raporunda yer almamıştır.

“Reasonable Prospects” (olumlu gelişme beklentisi): Müdahale insani durumun iyileşmesini sağlamalıdır. Müdahalenin getirdiği olumsuz sonuçların hareketsiz kalınması durumunda beklenen olumsuzlardan daha ileri gitmemelidir. Önlemin ölçülü ve uygun olmasını öngören kriter 2005'te dünya zirvesinde kabul edilen nihai bildiri hariç diğer tüm belgelerde yer almaktadır<sup>28</sup>. ICISS'in askeri bir müdahale için son koşulu bu müdahalenin karara bağlanmasıdır (Right authority). Komisyon çekimser bir ifade ile BM Güvenlik Konseyi dışında insani amaçlar için yapılan askeri müdahaleleri

---

<sup>23</sup> ICISS 2001, §§ 4.18-4.27

<sup>24</sup> Schaller, Christian (2008): *Die völkerrechtliche Dimension der “Responsibility to Protect”*. SWP-Aktuell 46, Berlin, s.12

<sup>25</sup> BM genel sekreteri 2005a, § 126

<sup>26</sup> ICISS 2001, §§ 4.37- 4.38

<sup>27</sup> ICISS 2001, §§ 4.39 – 4.40

<sup>28</sup> ICISS 2001, §§ 4.41 – 4.43

meşrulaştıracak daha iyi ve uygun başka bir platformun bulunmadığına işaret etmiştir<sup>29</sup>. Konseyin geçmişte insani felaketlerde olduğu gibi hareketsiz kalması durumunda etik ve siyasi otoritesinin kayba uğrayacağını belirtmiştir<sup>30</sup>. Raporda bununla beraber Konseyin meşruiyeti temin etme durumunda olan yegane organ olduğu ifadesi yer almamaktadır. Güvenlik Konseyi'nin bloke olması durumunda Genel Kurulun “uniting for peace” kararı ışığında devreye girmesi tartışılmıştır<sup>31</sup>.

Yüksek hiyerarşili grubun hazırladığı raporda Güvenlik Konseyi kararına kriter olarak yer verilmemesi, grubun kuvvet kullanmayı meşrulaştırma tekeliğini Güvenlik Konseyine bırakma iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu şekilde kriterler kataloğunun sadece VII. Bölüme göre alınacak Güvenlik Konseyi kararlarına esas olacaktır<sup>32</sup>. Raporun başka bir yerinde yer alan “A more secure World” ifadesi bölgesel örgütlerin sonradan yetkilendirilmesi bakımından anlayış gösterildiğine işaret etmektedir<sup>33</sup>. “Responsibility to Protect” DH'nun geçerli bir normunu teşkil etmemektedir<sup>34</sup>. Bunun arkasında koruma sorumluluğu yaklaşımını benimseyenlerin iyi niyetli düşüncesi (wishful thinking) ve oluşmakta olan bir normun somut bir hukuk normu olarak varlığının kanıtlanması gereğinin olmaması rahatlığı bulunmaktadır<sup>35</sup>. Birçok hukukçu tarafından koruma sorumluluğu düşüncesinin vurgulandığı kabul edilen Afrika Birliği kurucu anlaşmasının 4.maddesi dışında (söz konusu düzenleme “the right of the union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity” hükmünü içermektedir; bu müdahale hakkı

---

<sup>29</sup> ICISS 2001, § 6.14

<sup>30</sup> ICISS, 2001 §§ 6.22 – 6.27, 6.38 – 6.40

<sup>31</sup> ICISS 2001, §§ 6.29 – 6.30

<sup>32</sup> *Stahn, Carsten, s.106*

<sup>33</sup> BM yüksek hiyerarşili grup – UN Hochrangige Gruppe- tarafından hazırlanan 2004 raporu § 272: “Authorization from the Security Council should in all cases be sought for regional peace operations, recognizing that in some urgent situations that authorization may be sought after such operations have commenced” ifadesini içermektedir. BM Güvenlik Konseyinin monopol statüsünün yıkıldığına ilişkin bu tür imalar 2005 dünya zirvesi sonuç dokümanında kavram olarak yer almamaktadır. BM sistemi “responsibility to project” çerçevesinde Güvenlik Konseyinin insani müdahaleleri unilateral meşrulaştırma potansiyelini nötralize etmiştir (*Luck,Edward, s.52; Welsh,Jennifer, s.363 vd.*)

<sup>34</sup> *Winkelmann,Ingo, s.460*. Koruma sorumluluğu DH'nun oluşmakta olan bir normu olarak nitelendirilmek yerine “emerging legal norm” olarak nitelendirilmektedir (*Fröhlich,Manuel,s.167*)

<sup>35</sup> Peter Hilpold 2006, s.45

Güvenlik Konseyinin ağır insan hakları ihlallerinde koruma sorumluluğundan farklı bir yaklaşımla BM anlaşmasının 39.maddesi muvacehesinde son zamanlarda gerçekleştirdiği uygulamalarla benzerlik göstermektedir) günümüzde hiçbir DH anlaşmasında koruma sorumluluğu bir hukuk normu olarak düzenlenmemiştir.

Bu tablo ışığında uygulamanın teamül hukukuna istinat ettirilmesinden başka olanak kalmamaktadır. Ancak koruma sorumluluğu yaklaşımının mucitlerinin dahi daha 2001’de bu yaklaşımın yeni olduğunu ifade etmesi nedeniyle, oluşmakta olan bir hukuk normu olarak bu uygulama tereddüt yaratmaktadır. Bunun dışında koruma sorumluluğu BM’in birkaç dokümanı hariç uluslararası uygulamada somut olarak henüz tanınmamaktadır<sup>36</sup>. ICISS’nin yaklaşımı 2005 dünya zirvesi sonuç dokümanında sadece “tam olmayan şekilde” görülmektedir. Müzakere esnasında kimi devletlerin değişik nedenlerle yaptıkları itirazlar sonucu üstlenilmeyen hususların oluşmakta olan bir norm olarak koruma sorumluluğunun parçası olarak geçerli olup olmadığı açıktır<sup>37</sup>.

Hukuken büyük öneme sahip olan 2005 tarihli sonuç dokümanının kendisi, koruma sorumluluğu yaklaşımın içerik ve yaklaşım olarak eksikliklerinin altını çizerek koruma sorumluluğu yaklaşımının geliştirilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>38</sup>. Bu nedenle 1674 sayılı resolusyona istinat edilmesi pek bir şey değiştirmemektedir. Bu resolusyonda Güvenlik Konseyi sadece sonuç dokümanını teyit etmiştir. Koruma sorumluluğunun içerik eksikliği resolasyonun da bir parçası olmuş ve koruma sorumluluğunun uluslararası bir yasama tasarrufu ile DH’nun yeni bir kuralı olma olasılığını kapatmıştır. Bu nedenle koruma sorumluluğunun Edward Luck paralelinde eskisi gibi daha çok program olarak gelişmekte olan bir yaklaşım olarak nitelendirilmesi mümkündür<sup>39</sup>. Bununla beraber devlet egemenliğini kendi halkını koruma mükellefiyeti ve uluslararası camianın müdahale hakkı ile ilişkilendiren düşüncenin birkaç yıl

---

<sup>36</sup> *Stoll, Tobias (2008): Responsibility, Sovereignty and Cooperation – Reflections on the “Responsibility to Protect”*. In: *Doris König u.a. (Hrsg.): International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?*, Berlin: Springer, s.6). Koruma sorumluluğunun hukuken bağlayıcı bir etkinlik kazanabilmesi için içeriğinin daha çok somutlaştırılması gerekmektedir. Herşeyden önce önemli dokümanlar arasındaki sapmaların ortadan kaldırılması gerekmektedir (*Stahn, Carsten, s.118*)

<sup>37</sup> *Schaller, Christian, s.14*

<sup>38</sup> *Stahn, Carsten, s.108-110*

<sup>39</sup> *Luck, Edward, s.58*



içinde BM'in ana organları ve uluslararası camia tarafından kabul edilmesi erişilen noktanın küçümsenmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>40</sup>. Bu tablo potansiyel olarak yeni gelişmeler vaat etmektedir. Taraf aktörlerin iradesi paralelinde koruma sorumluluğu yaklaşımı sadece etik bir norm olarak kalmayacak<sup>41</sup>, DH'nun bir normu olacaktır. Yaklaşımın bütünü itibariyle olmasa da, bir kısmı itibariyle bugün DH'da dayanağı bulunmaktadır<sup>42</sup>.

2005 tarihli dünya zirvesinin sonuç dokümanının ilgili pasajlarına baktığı takdirde DH'da status quo'nun altının çizildiği görülmektedir. Örneğin BM'in soykırım, etnik temizlik eylemlerine karşı BM anlaşmasının VII. Bölümü muvacehesinde müdahale edebileceği konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır<sup>43</sup>. Bu durum koruma sorumluluğu yaklaşımının DH sisteminin mevcut ve geliştirilecek olası yeni unsurlarını ortaya koymaktadır. Koruma sorumluluğu yaklaşımının henüz tamamlanmamış olarak nitelendirilmesi, hangi noktalarda özellikle açıklığa ihtiyaç bulunduğu sorusunu gündeme getirmektedir.

#### Aşamalı Sorumluluk Görüşü

İlgili devlet ve uluslararası camia arasında aşamalı bir sorumluluğun benimsenmesi durumunda ülkesinde bulunan insanlar için primer sorumluluğun devlete bırakılmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Devletlerin ülkelerinde cereyan eden olaylar için kapsamlı yetkiye sahip olması egemenliğin sonucudur. Bu yetki aynı zamanda ağır insan hakları ve insani DH ihlallerinde devletin koruma mükellefiyetini de kapsamaktadır. Zor olan konu, uluslararası camianın sorumluluğunun mevcut DH sistemine uydurulmasıdır. Uluslararası camia devletin koruma sorumluluğunu yerine getirmede açık olarak başarısız olması durumunda müdahale edebilir<sup>44</sup>. Bu durum iki sorunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Bunlardan birincisi, koruma sorumluluğu yükümlüğünün içeriğinin belirlenmesidir<sup>45</sup>; ikincisi ise sorumluluğun uluslararası camiaya geçeceği bir dönemeç olarak ne zaman böyle bir başarısızlıktan söz edilebileceği hususudur. Zamansız, erken bir müdahale

---

<sup>40</sup> Winkelmann, Ingo, s. 457

<sup>41</sup> Winkelmann, Ingo, s. 460

<sup>42</sup> Schaller, Christian, s. 12-13

<sup>43</sup> von Schorlemer, Sabine, s. 100-102

<sup>44</sup> ICISS, devletin koruma sorumluluğunu kullanmada yetersiz ve isteksiz olmasından söz etmektedir. Bknz.: ICISS 2001, § 4.1

<sup>45</sup> Stoll, Tobias, s. 7-8

eleştirisine maruz kalma olasılığının bulunduğu durumlarda koruma sorumluluğu yaklaşımını inisiye edenlerin iradesine uymayan bir şekilde<sup>46</sup> BM Güvenlik Konseyinin çekimser kalması söz konusu olabilecektir.

Bu çerçevede açık olmayan bir başka konu da uluslararası camianın sorumluluğunu yetersiz veya hiç yerine getirmemesi durumunda ne yapılabileceği hususudur. Uluslararası camianın böyle bir durumda sorumluluğu etik yükümlülükten çok geçerli bir hukuki yükümlülük ise, bu yükümlülüğün ihlâli düzeltme mükellefiyetiyle bağlantılı olarak DH sorumluluğuna yol açacaktır. Bu çerçevede uluslararası camiaya koruma sorumluluğunun yerine getirilmesinde kullanılacak araçların seçiminde geniş bir takdir olanağı tanınarak yardım edilebilir. Devletlerin BM çerçevesinde uluslararası camianın temsilcisi olarak koruma sorumluluğunun etkin olarak yerine getirilmesinde hukuken rol oynamaları mümkündür<sup>47</sup>. BM Şartı üye devletlere Güvenlik Konseyinin yaptırım kararlarının icrası çerçevesinde 48.madde 2.fıkra muvacehesinde yükümlülük getirmektedir.

Benzer bir yükümlülük Güvenlik Konseyi üyesi devletler bakımından söz konusudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan devletlerin uluslararası sorumluluğu anlaşma tasarisının 41.madde c.fıkrasında da emredici DH normları ihlâllerinin sona erdirilmesi çerçevesinde devletlerin işbirliği mükellefiyeti öngörülmüştür<sup>48</sup>. Bu işbirliği mükellefiyeti dolaylı olarak Güvenlik Konseyi tasarruflarının ve ihmallerinin yargı denetimine tâbi tutulmasını gündeme getirmektedir.

#### Koruma sorumluluğunun unsurları

Koruma sorumluluğu yaklaşımının sadece askeri reaksiyonla sınırlı olmayıp, uyuşmazlığın öncesi ve sonrası boyutlarını da kapsamı<sup>49</sup> ölçü ve araçlarda farklılıkların ortadan kalkması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> von Schorlemer, Sabine, s.9

<sup>47</sup> BM Güvenlik Konseyi sürekli üyelerinin rolü için bkz.: *Arbour, Louise (2008): The responsibility to protect as a duty of care in international law and practice: in: Review of International Studies 34, s.453 vd.*

<sup>48</sup> *Stahn, Carsten, s.112 vd.*

<sup>49</sup> Prevention ve erken uyarı için bkz.: *Wittig, Peter (2008): Das Leiden der Anderen. Die UN-Schutzverantwortung im Widerstreit internationaler Interessen. In: Internationale Politik 63/10, s.99 vd.*

<sup>50</sup> önleyici sorumluluk ve responsibility to rebuild ile iç ve uluslararası işler arasındaki sınıırın kalkması konusu için bkz.: *Molier, Geliijn (2006): Humanitarian Intervention and and the Responsibility to Protect, After 9/11. Bknz.: Netherlands International Law Law Review*

Son yılların güvenlik stratejileri incelendiği takdirde dış politikanın değişik alanlarında (örneğin göç, enerji temini, iklim değişikliği, gelişmede işbirliği) askeri opsiyonu devre dışı bırakmayan nüansın ortaya çıktığı görülmektedir<sup>51</sup>. Koruma sorumluluğu yaklaşımında askeri müdahale önemli bir yer almaktadır. Askeri opsiyonun spill-over etkisinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir<sup>52</sup>. Bu nedenle ölçülerin müdahale eşiğinin, tasarruf türlerinin ve yetkilerin düzenlenmesi ve tespit edilmesi gerekmektedir<sup>53</sup>; “responsibility to prevent” İnsan Hakları Konseyi ve BM Genel Kurulunun görevidir; “responsibility to react” Güvenlik Konseyinin primer görevidir; “responsibility to rebuild” diğerleri yanı sıra uluslararası Adalet Divanının ve BM’in yeni kurulan Barış Konsolide etme Komisyonuna ait bir görevidir.

### Müdahale Koşulları

Müdahalenin kriterlerini saptayan her deneme, kriterlerin kötüye kullanılması olasılığı nedeniyle eleştiriye maruz kalmaktadır. Kaçınılmaz olarak potansiyel müdahaleciye muayyen bir hareket alanı bırakan kriterler kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Müdahale eşiğinin belirsizliğinden yukarıda söz edilmişti. Aynı durum askeri gücün kullanılmasında uygunluk, gereklilik ve ölçü bakımından da söz konusudur. Müdahale koşullarının tüm detayları ile tespit edilmesi bu nedenle mutlak bir karaktere sahip olamaz. Bundan daha da önemli olan müdahalenin caiz olup olmadığı hususudur<sup>55</sup>. BM Güvenlik Konseyinin insanı müdahaleleri meşrulaştırmak için şimdiye dek unilateral oluşturduğu benzer kriter kataloglarından<sup>56</sup> farklı olarak uluslararası camianın koruma sorumluluğunu kullanmasında belirleyici olan kriterler Güvenlik Konseyinin

---

53/1, s.48

<sup>51</sup> Europäische Rat 2003, Bundesministerium der Verteidigung 2006

<sup>52</sup> Feinstein, Lee/Slaughter, Anne-Marie (2004): *A Duty to Prevent*. Bknz.: *Foreign Affairs* 83/1, s.136-150. “Responsibility to prevent”; “duty to prevent” olarak geliştirilerek, kitle imha silahlarının olduğu varsayılan bir devlete karşı askeri operasyonların savunulması imkân dahiline sokulmaktadır. Çalışmanın 136.sayfasında Bush’un Präemption doktrini “may not go far enough” olarak nitelendirmiştir (Gareth Evans, s.55 vd. bu tür yanlış yorumlara karşı uyarı yapmaktadır)

<sup>53</sup> bknz.: von Schorlemer, Sabine, s.2

<sup>54</sup> Hilpold, Peter (2006): *The Duty to Protect and the Reform of the United Nations. A New Stop in the Development of International Law?* Bknz.: *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* 10, s.40 vd.; Hilpold, Peter, s.63

<sup>55</sup> Fröhlich, Manuel, s.173

<sup>56</sup> Hilpold, Peter, s.40 vd.

kuvvet kullanma kararlarına esas olacaktır<sup>57</sup>. Güvenlik Konseyi bakımından müdahale koşullarını belirleyen bu tür bir katalog onun tasarruf opsiyonlarının genişletilmesi anlamını taşımamaktadır<sup>58</sup>. Güvenlik Konseyinin BM Şartı'nın VII.bölümüne ilişkin uygulaması pozitif barış yaklaşımının benimsendiğini ve devletlerin ülkelerindeki insani felaketlerin uluslararası barış ve güvenlik tehdidi olarak algılandığını göstermektedir. Bu nedenle doktrinde somut müdahale kriterlerinin belirlenmesi girişimini Güvenlik Konseyinin siyasi takdir alanının sınırlanması olarak yorumlayanlar bulunmaktadır<sup>59</sup>.

ICISS ve yüksek hiyerarşili grup tarafından öngörülen sınırlayıcı kriterlerin hemen hemen hiçbirinin 2005 dünya zirvesi sonuç dokümanında yer almadığı görülmektedir. BM Şartı'nın zamana uygun olarak uluslararası camianın yaşayan anayasası karakterini koruması, Güvenlik Konseyi kararlarına esneklik sağlanmasıyla mümkündür. Diğer taraftan böyle bir liste üzerinden Güvenlik Konseyi yetkilerinin genişletilmesi konuyu tartışma dışı bırakacaktır. Güvenlik Konseyi uygulamasına öngörülebilir bir dayanak getirecek söz konusu bu kriterler Güvenlik Konseyine eskisi gibi yeterli ölçüde bir hareket alanı bırakacaktır. Sorun bu çerçevede daha çok Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin kararlarında bu kriterlerle bağlanmak isteyip istememelerinde düşümlenmektedir<sup>60</sup>.

#### Haklı Savaşa Geri Dönüş

ICISS ve yüksek hiyerarşili grup tarafından önerilen müdahale kriterlerinin belirlenmesinde herhangi bir tereddüte yer olmaksızın geleneksel doktrin ışığında haklı savaştan yararlanıldığı görülmektedir<sup>61</sup>. ICISS'in "just cause alias justa causa'sı yüksek hiyerarşili grup tarafından "seriousness of threat"a dönüştürülmüş ve "right intention" yahut "intentio recta" terimleri kullanılmıştır<sup>62</sup>. BM sisteminin barışı temin etme başarısının nedeni, savaş sebeplerinden soyutlanmış olarak [yasal savunma için silahlı bir saldırının mevcudi-

---

<sup>57</sup> *Molier,Gelijm, s.50*

<sup>58</sup> karşı görüş için bkz.: *Bannon, Alicia L. (2006): The responsibility to protect. The UN World Summit and the Question of Unilateralism. In: The Yale Law Journal 115/5, s.1159*

<sup>59</sup> *Welsh,Jennifer, s.375; Slaughter,Anne-Marie (2005): Security, Solidarity, and Sovereignty. The Grand Themes of UN Reform. Bknz.: American Journal of International Law 99/3, s.626 vd.*

<sup>60</sup> *Fröhlich,Manuel, s.173*

<sup>61</sup> *Fröhlich,Manuel, s.173; Stahn, Carsten, s.114*

<sup>62</sup> *bkz.: Evans,Gareth, s.140*

yeti gereklidir (BM Şartı madde 51)] kuvvet kullanmanın prosedürel olarak BM Güvenlik Konseyi üzerinden meşrulaştırılmasıdır. Meşrulaştırma tekeli “responsibility to react” yaklaşımında da Güvenlik Konseyinde kaldığı süreçte, terminolojik olarak haklı savaş çağrışımları olsa da sistem aynı kalacaktır.

#### “Responsibility to protect” ve İnsani Müdahale

Koruma sorumluluğu yaklaşımının insani müdahaleden başka bir şey olmadığı ileri sürülmektedir<sup>63</sup>. ICISS ve yüksek hiyerarşili grup tarafından hazırlanan kriterler, insani müdahalenin meşrulaştırılması için hazırlanan kriterler kataloğu ile benzerlikler göstermektedir (*Evans, Gareth*). Koruma sorumluluğu yaklaşımının gelişmesinde de özellikle insani nedenlerle yapılan müdahalenin meşruiyeti söz konusu olmuştur. Koruma sorumluluğunu destekleyenler kötü ünü olan insani müdahaleden koruma sorumluluğunu ayrı tutmak istemektedir. BM Genel Sekreteri bu paralelde 2005 Mart BM reformuna ilişkin raporunda “responsibility to protect”i bilinçli olarak BM Mandat’ına istinaden silahlı kuvvet kullanılması bölümünde değil, “onurlu yaşam” bölümünde ele almıştır<sup>64</sup>. ICISS da bütün açıklığıyla yaklaşım farkının altını çizmiştir. Koruma sorumluluğu yaklaşımı müdahale edenin değil, koruma gereksinimi olan kişilerin perspektifinden meseleye bakmaktadır; gerekli korumayı sağlama sorumluluğu primer olarak devlete aittir; bu yaklaşım müdahale çerçevesinde devlet egemenliğini güçlendirmektedir; bu yaklaşım kendini reaksiyon ile sınırlamayıp, erken uyarı ve önleme; müdahaleden sonra kendini yenileme olanağı vermektedir<sup>65</sup>.

#### İnsani Müdahale

Koruma sorumluluğu ile insani müdahale arasındaki yaklaşım farklılığı insan haklarının savunulması ve unilateral kuvvet kullanılmasının engellenmesi tartışmalarında somutlaşmaktadır. Güvenlik Konseyinin ağır insan hakları ihlallerine rağmen yetki vermediği durumlarda çözümsüz bir durum ortaya çıkmaktadır. 2005 dünya zirvesi nihai dokümanında kuvvet kullanma meşruiyetinin sadece Güvenlik Konseyi tarafından sağlanabileceği belirtilmiştir. ICISS ve yüksek hiyerarşili grubun başka çözümlere sempatiyle bakmalarına karşılık, bu prensibi değiştirememişlerdir. Güvenlik Konseyinin Kosova, Raunda, Darfur’da yaşanan insani felaketlerde bloke olması du-

---

<sup>63</sup> *Molier, Gelijn, s.52*

<sup>64</sup> UN, Generalsekreter 2005a, §§ 133; *Evans, Gareth, s.46*

<sup>65</sup> ICISS 2001, § 2.29; *Evans, Gareth, s.59 vd.*

rumunda ne yapılabileceği sorusu cevapsız kalmaktadır<sup>66</sup>. Unilateral insani müdahalenin caiz olup olmadığı tartışmalarında gündeme gelen eski kuralların zamanımızın yeni ihtiyaçlarını karşılamadığı, her dış müdahalenin engellenmesinin gerçeklere uymadığı gibi görüş ve argümanların bu çerçevede de tekrar edildiği görülmektedir<sup>67</sup>.

Yeni, ancak ikna edici olmayan bir başka görüşe göre devletin koruma sorumluluğunu yerine getirmemesi koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı olarak devlet egemenliğinin düşmesine yol açacaktır. BM Güvenlik Konseyi'nin tasarrufla bulunmaması durumunda müdahaleyi mümkün kılan alan açılacaktır. Burada cevapsız kalan en önemli sorulardan biri koruma sorumluluğunun yerine getirilmemesi durumunda müdahaleye engel teşkil eden egemenliğin kime karşı düşeceği'dir. Tartışmanın diğer boyutu itibarıyla BM sisteminin zaafiyete uğratılması uyarısı yapılmakta, hak ve gücün tek elde toplanması tehlikesi hatılatılmaktadır<sup>68</sup>.

Aracı görüşler BM Genel Kurulunun uniting for peace resolusyonu ışığında tasarrufla bulunabileceği, uluslararası Adalet Divanından görüş alınması gibi BM içinde ve hatta dışında meşruiyeti sağlayacak alternatif çözüm yöntemleri üretilebileceğini öneri olarak getirmektedir<sup>69</sup>. Koruma sorumluluğu yaklaşımına yapılan eleştirinin özellikle insani nedenlerle yapılan askeri müdahale çerçevesinde ortaya çıkması, yaklaşımın içeriğinin sadece uluslararası hukukun ağır ihlallerini önleme yükümlülüğünden ibaret olmadığını göstermektedir. Yaklaşımın içerik sınırlaması ilk kez yüksek hiyerarşili grubun raporunda açıkça ortaya çıkmıştır. Raporda kolektif uluslararası koruma sorumluluğu soykırım ve diğer kitlesel öldürme, etnik temizlik ve insani DH'nun ağır ihlalleri ile bağlantılandırılmıştır<sup>70</sup>. Konu olarak yapılan bu daraltmanın 2005 tarihli nihai dokümanda insanlığa karşı işlenen suçlara karşı koruma ile genişletildiği görülmektedir<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Thakur,Ramesh (2007):*Die United Nations, Peace and Security. From Collective Security to the Responsibility to Protect. 3.Auflage Cambridge: Cambridge University Press., s.260*

<sup>67</sup> Welsh,Jennifer, s.372

<sup>68</sup> Chandler,David (2004):*The Responsibility to Protect? Imposing the "Liberal Peace". Bknz.: International Peacekeeping, 11/1, s.73*

<sup>69</sup> UN Generalsekretar 2009, §§ 11; von Schorlemer, Sabine, s.103 vd.

<sup>70</sup> UN, Hochrangige Gruppe 2004, §§ 55, 199-203, 207

<sup>71</sup> bkz.: Ergebnisdokument: "responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleaning and crimes against humanity"

İçeriğin bu şekilde sınırlandırılması norm oluşturma sürecinin zora girdiğini göstermektedir. Burma/Myanmar'da 2008'de yaşanan insani kriz ve askeri hükümetin bölgeye yabancıların yardımına izin vermemesi, yapılan içerik sınırlamasının sonuçlarını göstermektedir. Özellikle Fransa, kendi halkına insani yardımdan kaçınılmasını 2005 tarihli sonuç dokümanının § 139 muvacehesinde insanlığa karşı suç olarak tanınması girişimi yapmışsa da, bunda başarı sağlayamamıştır<sup>72</sup>. Burma/Myanmar örneği sonuç dokümanında müdahale nedeni olarak yer alan nedenler dışında başka nedenlerle de benzer problemlerin insani felaket ve kötü durumlara yol açabileceğini göstermiştir, hattâ silahlı bir saldırı durumunda devletin yasal savunmasını, devletin halkını koruma sorumluluğunu yerine getirmemesi bir neden olarak kabul edilebilir<sup>73</sup>. Burma/Myanmar örneğinin gösterdiği gibi koruma sorumluluğu yaklaşımının içeriği genişletildiği takdirde, güç kullanılarak yapılan müdahalelerden kurtulma ve reaksiyon aşamasında kullanılacak araçlar bakımından tercih yapmak mümkün olabilecektir. Müdahale nedenleri genişletildikçe, askeri paradigmadan kurtulma gerekli olmaktadır<sup>74</sup>.

Bu durum şüphesiz kapsamlı norm teşkilinde zorluk yaratacak farklı gereksinimlerin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Yaklaşımın içeriğinin genişletilmesi hukuki öneminin kaybolmasına yol açabilecektir<sup>75</sup>. 2005 tarihli sonuç dokümanında ifadesini bulan dar anlayış koruma sorumluluğunun hukuk normu niteliği kazanma şansını arttırmaktadır<sup>76</sup>. Sonuç dokümanı geçerli DH ile karşılaştırıldığı takdirde, sonuç dokümanında yer alan kuralların teamül hukuku normuna dönüşme şansının yüksek olmadığı görülmektedir. Önleme aşamasında ve uyuşmazlık ertesinde yapılacak işbirliğinin açık olmayan unsurları DH'nun bugünkü ölçülerini aşmaktadır<sup>77</sup>. Silahlı ve zor kullanılan müdahalelere ilişkin düzenlemeler ise önemli ölçüde BM çerçevesinde erişilen hukuki durumu teyit etmektedir. Bu nedenle koruma sorumluluğu yaklaşımı masterplan olarak ölçü ve araçlarda duruma bağlı spesifik farklılıkları dikkate alarak hızlı şekilde bugünkü DH'a uyarlama yahut büyük ayakta bularla küçük adımların atılması arasında bir tercih yapması gerekmektedir.

---

<sup>72</sup> *Evans, Gareth, s.65-69*

<sup>73</sup> *bkz.: Hilpold, Peter, §5.56 vd.*

<sup>74</sup> *Stahn, Carsten, s.104*

<sup>75</sup> *Molier, Gelijn, s.48*

<sup>76</sup> *Evans, Gareth, s.55 vd.*

<sup>77</sup> *Luck, Edward, s.56*

BM Genel Sekreter: 2009 tarihli raporunda “our approach to the responsibility to protect should be both narrow and deep” ifadesi ile açık bir şekilde ikinci yolu göstermiştir<sup>78</sup>. BM genel sekreterinin etkin şekilde kriz önleme bağlamında dile getirdiği konular insan hakları sorunlarında kapsamlı işbirliğinden “rule of law”ın icrasına kadar uzanmaktadır<sup>79</sup>.

### Koruma Sorumluluğu Yaklaşımı ve Westefalya Sistemi

Koruma sorumluluğu yaklaşımının getirdiği yenilik konusunda görüşler birbirinden farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Yeni bir başlangıç, tarihi bir dönemeç, içeriksiz siyasi retorik, diplomatik buluş olarak yapılan nitelendirmeler bir kenara koruma sorumluluğu yaklaşımı sonuç olarak “siyasi” bir tasarruftur<sup>80</sup>. Bu yaklaşım müdahale yasağı ve insani nedenlerle kuvvet kullanma arasındaki gerilimi ortadan kaldırmamakla beraber konuya yaklaşımı değiştirmesi açısından önemli bir katkı sağlamıştır<sup>81</sup>. Egemenliğin yeniden karakterize edilip edilmediği (re-characterization of sovereignty) farklı değerlendirilmektedir<sup>82</sup>. Bu egemenlik yaklaşımı ile kontrol, otorite anlayışından sorumluluk anlayışına (kendi halkına ve uluslararası camiaya karşı) bir geçiş sağlandığı kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Bu şekilde ilgili insanların ihtiyaçlarını hareket noktası olarak alan bir perspektif değişikliği ortaya çıkmıştır<sup>□</sup>. Bu çerçevede koruma sorumluluğu yaklaşımının perspektif olarak “human security”<sup>84</sup> “dünya iç politikası” ve “dünya iç hukuku” yaklaşımı ile (*Jost Delbrück*) ve DH’nu dünya halklarının hukuku olarak yorumlayan akademik çevre ile bağlantısı ortaya çıkmaktadır. Koffi Annan’ın devletlerin işbirliğinin güçlenmesi ile bireylerin hukuki pozisyonlarının güçleneceğine işaret ettiği Eylül 1999 tarihli konuşması “bireylerin egemenliği” anlayışının güç kazandığını göstermektedir. Devlet yetkisinin Hugo Grotius’tan beri vesayet yaklaşımı ile açıklandığı görülmektedir. Bu yaklaşım hukuk felsefesinde de temsil edil-

<sup>78</sup> UN, Generalsekretær 2009, §10 (c)

<sup>79</sup> UN, Generalsekretær 2009, §§ 16-17

<sup>80</sup> *Boisson de Chazournes, Laurence/ Condorelli, Luigi (2006): De la “responsabilité de protéger”, ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien é. Bknz.:Revue Générale de Droit International Public 110/1, s.11-18*

<sup>81</sup> *Fröhlich, Manuel, s.183*

<sup>82</sup> *Hilpold, Peter, s.50*

<sup>83</sup> ICISS 2001, §§ 2.14-2.15; *Deng, Francis M. (1996): Sovereignty as Responsibility. Conflict Management in Africa, Washington D.C.: Brookings Institution, s.1-33; Thakur, Ramesh, s.251-257*

<sup>84</sup> *Tomuschat, Christian, s.63-65*



mektedir<sup>85</sup>. Çağdaş dönemde de egemenliği teleolojik anlamda halkın korunması işlevi ile açıklayan ve bu nedenle geri alınması mümkün kabul edenler bulunmaktadır<sup>86</sup>. Hukuki yahut felsefi nitelikte olan bu görüşlerin uygulamaya dönüştürülmesi gerekmektedir. Koruma sorumluluğu yaklaşımı ise buna karşılık operasyonel niteliktedir ve realize edilme amacına yöneliktir. Pozitif DH koruma sorumluluğu yaklaşımını içeren unsurlar ihtiva etmektedir. Westfalya sistemi hiç mevcut olmamış atipik tarihi bir sistemi tarif etmektedir. Bu saptama bugünkü BM sistemi için halâ geçerlidir. Klaus Dicke'nin isabetli şekilde vurguladığı gibi egemenlik BM Şartı bağlamında her zaman hukuka bağlı bir egemenlik olarak anlaşılmalı durumundadır<sup>87</sup>. İnsani koruma ve bunu temin etme yükümlülüğünü her koşul altında<sup>88</sup> ülkesel ve karşılıklılık esasından bağımsız olarak öngörmesi nedeniyle insani DH koruma sorumluluğunun ana kaynağı olarak gösterilmektedir<sup>□</sup>. Uluslararası ceza hukuku muvacehesinde cezalandırılma kabul edildiği nispette bu görüşte doğruluk payının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Bu durum gerektiği takdirde uluslararası camia üyelerinin diğer bir devletin (organlarının) egemenlik tasarruflarını yargılaması ile mümkün olmaktadır. Benzer bir durum Uluslararası Adalet Divanının yakın tarihte karara bağladığı (Sırbistan-Bosna davası) devletlerin vatandaşlarını soykırımdan koruma sorumluluğu bakımından da geçerlidir<sup>□</sup>.

İnsan hakları konuları çerçevesinde devletleri kendi halkına karşı insan haklarını korumakla yükümlü kılan, devletleri aktif olarak insan haklarını korumak için tasarruflarda bulunmakla yükümlü kılan; insan hakları ihlalleri nedeniyle devletlerin diğer devletleri şikayet prosedürü yahut uluslararası örgütlerin rapor yahut şikayet prosedürü çerçevesinde müdahale hakkı gibi koruma sorumluluğu yaklaşımının temel unsurları görülmektedir<sup>□</sup>. Bütün bu müdahale olanakları halâ Westfalya sisteminin izlerini taşımaktadır. Egemenliğin genel olarak sınırlandırılması ile BM'e yahut insan hakları sözleşmelerine egemenlik tasarrufu ile katılma arasında yaklaşım olarak farklılıklar

<sup>85</sup> *Stahn, Carsten, s.111; Luck,Edward, s.54*

<sup>86</sup> *Tesón,Fernando R. (1988):Humanitarian Intervention. An Inquiry Into Law Morality. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, s.111-114; Deng, Francis M. (1995): Frontiers of Sovereignty. A Framework of Protection, Assistance and Development for the Internationally Displaced. In: Leiden Journal of International Law 8/2, s.278-285*

<sup>87</sup> *Dicke,Klaus, s.160*

<sup>88</sup> 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin ortak 1.maddesi

<sup>89</sup> koruma sorumluluğu çerçevesinde uluslararası ceza hukukunun taşıdığı önem için bkzn.: UN, Generalsekretar 2009, §§ 18-19

bulunmaktadır. Uluslararası teamül hukukuna istinat eden müdahale yetkileri de DH sujelerinin irade uzlaşısı ile gerçekleşmektedir.

Koruma sorumluluğu yaklaşımının arkasındaki egemenlik anlayışında bir yenilik bulunmamaktadır. Bununla beraber bu yaklaşım açıkça yahut zımmen egemenliği uluslararası hukuk sisteminin “apriori”si olarak kabul etmeyip, DH tarafından devlete verilen bir özellik olarak görmektedir<sup>90</sup>. Devlete verilen bu yetkinin dayanağı insanı merkeze yerleştiren uluslararası camianın temel değerleridir<sup>90</sup>. Koruma sorumluluğu yaklaşımı pozitif Devletler Hukuku’nun farklı alanlardaki gelişmeleri, uluslararası ilişkilerin zaman içinde kimi akademik ve siyasi değerlendirilmeleri sonucu ortaya çıkmıştır. Benzer bir vizyon akraba bir yaklaşım olan insan güvenliği (human security) için de geçerlidir. Koruma sorumluluğu prosesi ancak sadece perspektif değişikliği ile sınırlı kalmayıp; aynı zamanda yapılanma için de gayret içindedir<sup>91</sup>. Aşamalı (katmanlı) sorumluluk ve üç aşama (yahut unsur) insani krizleri çözüme sistem oluşturmanın başlangıcı olarak mütalaa edilmektedir. Koruma sorumluluğu yaklaşımı problem alanının yapılandırılması ile bugünkü çerçevesini aşarak cevaplandırılmamış soruların cevaplandırılmasını mümkün kılacaktır. Bu işlevin yerine getirilmesi koruma sorumluluğu yaklaşımı çerçevesinde farklı yöntemlerin geliştirilmesini gerektirmektedir. Ancak böyle bir durumda koruma sorumluluğu yaklaşımı gelecekte hukuki mükellefiyetlerin doğrudan dayanağı olmaktan öteye uluslararası hukuk camiasının anayasa prensibi niteliği kazanacaktır.

---

<sup>90</sup> *Kunig, Philipp (1992): Nachbarrechtliche Staatenverpflichtungen bei Gefährdungen und Schädigungen der Umwelt. Bknz.: Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht. Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Band 12. Heidelberg: C.F.Müller, s.37*

<sup>91</sup> *Evans, Gareth, s.35*

**Kısaltmalar:**

AB Avrupa Birliği

AGİT Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı

AİHK Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu

BverfG Bundesverfassungsgerichtshof

DH Devletler Hukuku

ESF-LiU European Science Foundation, partnership with the University of Linkoping

ICISS International Commission on Intervention and State Sovereignty

IGH Internationaler Gerichtshof

OXFAM The Oxford Committee for Famine Relief

SWP Stiftung Wirtschaft und Politik

ZaöRV Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

**Bibliyografya:**

Arbour, Louise (2008): The responsibility to protect as a duty of care in international law and practice: Bknz.: Review of International Studies 34, .

Bannon, Alicia L. (2006): The responsibility to protect. The UN World Summit and the Question of Unilateralism. Bknz.: The Yale Law Journal 115/5,

Barkin, Samuel J. (1998): The Evolution of Constitution of the Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms. Bknz.: Milienium-Journal of International Studies 27/2,

Berstermann, Jost (1991): Das Einmischungsverbot im Völkerrecht, Frankfurt a.M, Lang

Boisson de Chazournes, Laurence/ De la “responsabilité de protéger”,  
ou d’une nouvelle Condorelli, Luigi (2006): parure pour une notion  
déjà bien é. Bknz.: Revue

Générale de Droit International Public 110/1

Chandler, David (2004): The Responsibility to Protect? Imposing the “Liberal  
Peace”. In: International Peacekeeping, 11/1

Delbrück, Jost (2003): Perspektiven für ein “Weltinnenrecht”? Rechtsentwick-  
lungen in einem sich wandelnden Internationalen System. Bknz.: Jo-  
achim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hrsg.): Gedächtnisschrift für  
Jürgen Sonnenschein. Berlin: de Gruyter

Deng, Francis M. (1995): Frontiers of Sovereignty. A Framework of Pro-  
tection, Assistance and Development for the Internationally Displaced.  
Bknz.: Leiden Journal of International Law 8/2

Deng, Francis M. (1996): Sovereignty as Responsibility. Conflict Manage-  
ment in Africa, Washington D.C.: Brookings Institution

Dicke, Klaus (1997): National Interest vs. the Interest of the International  
Community-A Critical Review of Recent UN Security Council Practice.  
Bknz.: Jost Delbrück (Hrsg.) New Trends in International Lawmaking-  
International ‘Legislation’ in the Public Interest. Berlin: Duncker und  
Humblot

Evans, Gareth (2008): The Responsibility to Protect. Ending Mass Atrocity  
Crimes Once and For All. Washington D.C., Brookings Institution

Feinstein, Lee/Slaughter, Anne-Marie (2004): A Duty to Prevent. Bknz.: Fore-  
ign Affairs 83/1

Fröhlich, Manuel (2006): “Responsibility to Protect”-Zur Herausbildung einer  
neuen Norm der Friedenssicherung. Bknz.: Johannes Varwick/Andreas  
Zimmermann (Hrsg.): Die Reform der Verienten Nationen-Bilanz und  
Perspektiven. Berlin: Duncker&Humblot

Hilpold, Peter (2006): The Duty to Protect and the Reform of the United Na-  
tions. A New Stop in the Development of International Law? Bknz.  
Max-Planck Yearbook of United Nations Law 10

- Lauterpacht, Hersch (1947): International Law and Human Rights. Bknz.: Hague Academy of International Law: Recueil des Cours Vol.70 (1947-I)
- Luck, Edward C. (2008): Der verantwortliche Souverän und die Schutzverantwortung. Auf dem Weg von einem Konzept zur Norm. Bknz.: Vereinte Nationen 56/2
- Kunig, Philipp (1992): Nachbarrechtliche Staatenverpflichtungen bei Gefährdungen und Schädigungen der Umwelt. Bknz.: Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht. Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Band 12. Heidelberg: C.F.Müller
- Meron, Theodor (2006): Die Humanization of International Law, s.510-517. Lejden: Nijhoff
- Molier, Gelijk (2006): Humanitarian Intervention and and the Responsibility to Protect, After 9/11. Bknz.: Netherlands International Law Law Review 53/1
- Randelzhofer, Albrecht (2004): Staatsgewalt und Souveränität. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II. 3.Auflage, Heidelberg: C.F.Müller,
- Rensmann, Thilo (2008): Die Humanisierung des Völkerrechts durch das ius in bello. Von der Marten'schen Klausel zur "Responsibility to Protect". Bknz.: ZaöRV 68/1
- Schaller, Christian (2008): Die völkerrechtliche Dimension der "Responsibility to Protect". Berlin, SWP-Aktuell 46
- Schulte-Kulmann, Nikole (2003): Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten in der europäisch-chinesischen Rechtszusammenarbeit. Bknz.: Verfassung und Recht in Übersee 36/4
- Simma, Bruno (1999): The UN and the Use of Force. Legal Aspects. Bknz. : European Journal of International Law 10/1
- Slaughter, Anne-Marie (2005): Security, Solidarity, and Sovereignty. The Grand Themes of UN Reform. Bknz.: American Journal of International Law 99/3 .
- Stahn, Carsten (2007): Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Noem? Bknz.: American Journal of International Law 101/1

- Stoll,Tobias (2008): Responsibility, Sovereignty and Cooperation – Reflections on the “Responsibility to Protect”. Bknz.: Doris König u.a.(Hrsg.): International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?, Berlin: Springer
- von\_Schorlemer, Sabine (2006): The Responsibility to Protect: Kriterien für militärische Zwangsmassnahmen im Völkerrecht. Bknz.: Gerhard Beestermöller/Michael Hasper/Uwe Trittmann (Hrsg.): “What we’re fighting for ...”. Friedensethik in der transatlantischen Debatte. Stuttgart: Kohlhammer, 89-95
- Tesón,Fernando R. (1988): Humanitarian Intervention. An Inquiry Into Law Morality. Dobbs Ferry: Transnational Publishers
- Thakur,Ramesh (2007): Die United Nations, Peace and Security. From Collective Security to the Responsibility to Protect. 3.Auflage Cambridge: Cambridge University Press.
- Tomuschat,Christian(1993): Obligations Arising for States Without or Against Their Will, 1993, bknz.: Hague Academy of international law: Recueil des Cours Vol.241 (1993-IV)
- Welsh,Jennifer (2007): The Responsibility to Protect: Securing the Individual in International Society. Bknz.: Benjamin J.Gould/Liora Lazarus (Hrsg.): Security and Human Rights, Oxford: Hart .
- Winkelmann,Ingo (2006): “Responsibility to Protect”: Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz. Bknz.: Pierre-Marie Dupuy u.a. (Hrsg.): Völkerrecht als Weltordnung. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl. N.P.Engel
- Wittig,Peter (2008): Das Leiden der Anderen. Die UN-Schutzverantwortung im Widerstreit internationaler Interessen. Bknz.: Internationale Politik 63/10

# SOMALİ SAHİLLERİ VE AÇIKLARINDA İŞLENEN DENİZ HAYDUTLUĞU FİLLERİNE KARŞI YÜRÜTÜLEN MÜCADELENİN HUKUKİ DAYANAKLARI VE TÜRKİYE'NİN DURUMU

Uğur BAYILLIOĞLU\*

## ÖZET:

*Somali sahillerinde gerçekleşen deniz haydutluğu fiilleri, bölgedeki seyrüseferi ve uluslararası ticareti tehdit etmektedir. Somali sahillerinde işlenen fiiller, her zaman deniz haydutluğu ile ilgili örf ve adet hukuku niteliğindeki kurallarda yer alan şartları karşılamamaktadır. Bu da deniz haydutluğu ile etkin mücadeleye engel olmaktadır. Bu nedenle Güvenlik Konseyi, Somali sahillerinde gerçekleşen deniz haydutluğu fiilleri ile ilgili bazı kararlar almıştır. Söz konusu kararlar ile devletlere, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin izniyle Somali karasuları içinde de deniz haydutluğu ile mücadele yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede deniz haydutluğu ile mücadele için çeşitli çok uluslu güçler görev yapmaya başlamıştır. Türkiye'de Somali sahillerindeki deniz haydutluğu fiillerine karşı yürütülen operasyonlara aktif şekilde katılmaktadır. Bu çalışmada deniz haydutluğu ile mücadelenin hukuki dayanakları ve Türkiye'nin durumu incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Deniz haydutluğu, deniz haydutluğu ile mücadele, Deniz Hukuku Sözleşmesi, BM Güvenlik Konseyi kararları, Türkiye'nin katkısı

## THE LEGAL BASIS OF STRUGGLING AGAINST PIRATICAL ACTS COMMITTED IN AND OFF SOMALI COAST AND TURKEY'S POSITION

### ABSTRACT:

*Piratical acts that take place in Somalia coasts are threatening navigation and international trade in the region. Acts committed off Somali coasts do not meet requirements of existing customary rules on piracy, every time. This prevents effective struggle against piracy. Therefore, Security Council has adopted some resolutions concerning piratical acts take place coast off Somalia. Aforementioned resolutions authorize states to struggle with piracy in the Somali territorial sea with the consent of Transitional Federal Government (TFG). In this context different multinational forces has began to duty in order to struggle with piracy. Turkey is participating this operations, which struggle with piracy off Somalia coast, actively. In this paper, legal basis of struggling piracy and Turkey's position will be discussed.*

**Key Words:** Piracy, struggling against piracy, Convention on the Law of the Sea, UN Security Council resolutions, Turkey's contribution

\* Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

## GİRİŞ:

Deniz haydutluğu uzunca bir aradan sonra, günümüzde yeniden uluslararası toplumun gündemini yoğun bir şekilde işgal etmeye başlamıştır. Bunun nedeni, dünyanın çeşitli bölgelerinde yer alan önemli su yollarında, artan şekilde gerçekleşen ve gemilere yapılan saldırılardır. Siyasi istikrasızlık ve fakirlik gibi nedenlerden kaynaklanan bu saldırılar, uluslararası ticareti ve seyrüsefer emniyetini ciddi şekilde tehdit etmektedir. Özellikle Somali ve açıklarında son dönemde bu neviden saldırıların artması uluslararası toplumu bu konuda önlem almaya zorlamıştır. Bu amaçla başta BM olmak üzere çeşitli uluslararası örgütler ve çeşitli çok uluslu girişimler, Somali sahillerindeki deniz haydutluğu fiilleri ile mücadeleye başlamıştır. Fakat, Somali'deki saldırıların, deniz haydutluğuna ilişkin örf ve adet hukuku niteliğindeki uluslararası hukuk kurallarına her zaman uymaması, uluslararası toplumun işini zorlaştırmıştır. Bunun üzerine Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü, çerçevesinde aldığı kararlar ile örf ve adet hukukunda deniz haydutluğu için aranan şartları, ilgili kurallarda bir değişiklik yapmadığı kaydını koyarak, Somali örneği açısından yumuşatmış ve böylece mücadelenin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için gereken hukuki alt yapıyı oluşturmuştur. Güvenlik Konseyi'nin Somali örneğine hasren oluşturduğu hukuki çerçeve içinde halihazırda deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerine yönelik mücadele, uluslararası toplum tarafından sürdürülmektedir. Çalışmanın amacı, söz konusu mücadelenin hukuki dayanaklarını ortaya koymaktır. Bunun için, önce deniz haydutluğunu düzenleyen ve örf ve adet hukuku niteliğindeki uluslararası düzenlemelere değinilecek, akabinde Güvenlik Konseyi kararlarının Somali örneği açısından ortaya koyduğu hukuki durum ve bu çerçevede Türkiye'nin de katıldığı çok uluslu operasyonlar ve hukuki dayanakları ortaya konacaktır.

### 1) Deniz Haydutluğuna İlişkin Uluslararası Düzenlemeler:

Deniz haydutluğu, uzunca bir geçmişi olan ve çeşitli tartışma, uyuşmazlık ve bu bağlamda devlet uygulamalarına konu olan bir fiildir<sup>1</sup>. Deniz haydutluğuna ilişkin temel uluslararası düzenlemeler, deniz hukukunu genel olarak düzenleyen sözleşmelerde yer almaktadır. Bu bağlamda ilk düzenleme, uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı ve kodifiye ettiği belirtilen<sup>2</sup> ve

<sup>1</sup> Tarihi süreç içinde deniz haydutluğu ile mücadele, ulusal organların karar ve uygulamaları ile deniz haydutluğu türleri hakkındaki tespitler için bkz: COLOMBOS C. John, *The International Law of the Sea*, sixth revised edition, Longmans, London, 1968, s. 443-448.

<sup>2</sup> Bkz: DUPUY Rene Jean-VIGNES Daniel (ed.), *A Handbook on the New Law of the Sea*



1958 yılında toplanan I. Deniz Hukuku Konferansı'nda imzalanan Açık Deniz Sözleşmesi'nin<sup>3</sup> 14 ile 22. maddeleri arasında yapılmıştır<sup>4</sup>. Akabinde III. Deniz Hukuku Konferansı'nda imzalanan Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>5</sup> 100–107. maddeleri ile 110. maddesinde, hemen hemen Açık Deniz Sözleşmesi'nin düzenlemeleri tekrar edilmiştir<sup>6</sup>.

Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 101. maddesinde, deniz haydutluğunun tanımı yapılmıştır. Buna göre:

“Aşağıda sayılan fiillerden herhangi biri deniz haydutluğunu teşkil eder:

a) Bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından:

i) Açık denizde bir gemiye veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı;

ii) Hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, bir gemiye veya uçağa, kişilere veya mallara karşı, kişisel amaçlarla işlenen her türlü yasadışı şiddet veya alıkoyma veya yağma fiili;

1, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991, s. 417; BROWNLIE Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 229; FINK M. D.–GALVIN R. J., Combating Pirates off the Coast of Somalia: Current Legal Challenges, *NILR*, Vol: LVI, 2009, s. 369; AZUBUIKE Lawrence, International Law Regime Against Piracy, *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, Vol: 15, 2009, s. 49.

<sup>3</sup> Metin için bkz: GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2003, ss. 342–348.

<sup>4</sup> I. Deniz Hukuku Konferansı'nda deniz haydutluğuna ilişkin tartışma ve tadil teklifleri için bkz: LÜTEM İlhan, Deniz Hukukunda Gelişmeler: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1959, s. 235–248. Milletler Cemiyeti zamanında da deniz haydutluğu ile ilgili bir uluslararası anlaşma hazırlama teşebbüsü yapılmış ve fakat meselenin ivedi olmaması nedeniyle gerçekleşmemiştir. AZUBUIKE, s. 48.

<sup>5</sup> Orijinal metin için bkz: Document A/CONF. 62/122. Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol: XVII, United Nations, New York, 1984, ss. 151–221. Türkçe metin için bkz: ÖZMAN Aydoğan (çev.), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1984. Çalışmada ÖZMAN'ın çevirisinden yararlanılmıştır.

<sup>6</sup> III. Deniz Hukuku Konferansında deniz haydutluğuna ilişkin tartışmalar için bkz: NANDAN Satya N.–ROSENNE Shabtai–GRANDY Neal R. (ed.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Vol: III, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1995, s. 182–223 ve 237–246. Gerek Açık Deniz Sözleşmesi'nin gerekse de hemen hemen aynı hükümlerin tekrar edildiği Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin deniz haydutluğuna ilişkin hükümlerinin yeni olmayıp, Harvard Hukuk Fakültesi'nin çabaları sonucu hazırlanan 1932 tarihli Deniz Haydutluğuna İlişkin Sözleşme Taslağı'na dayandığı belirtilmiştir. Bkz: TOPAL Ahmet Hamdi, Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri, *AÜHF*, Cilt: 59, Sayı: 1, 2010, s. 109 ve 18 no'lu dipnot.

b) Gemiye veya uçağa deniz haydudu gemi veya uçak niteliğini veren olaylara ait bilgisi olmak kaydıyla bir geminin veya bir uçağın kullanılmasına isteyerek katılma fiili;

c) a) ve b) fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesini teşvik eden veya bunları kolaylaştırmak üzere işlenen her fiil.”

Sözleşme'nin 102. maddesinde, mürettebatı isyan ederek denetimi ele geçirdiği bir savaş gemisi, devlet gemisi veya devlet uçağı tarafından işlenen deniz haydutluğu fiilleri de özel bir gemi veya uçak tarafından işlenen fiillerle bir tutulmuştur. Sözleşme'nin 103. maddesinde deniz haydudu gemi veya uçağın tanımı yapılmış ve 104. maddesinde ise söz konusu gemi veya uçağın tabiiyetinin muhafazası veya kaybı, tabiiyeti veren devletin iç hukukuna bırakılmıştır.

Oldukça önem arz eden düzenlemeler, Sözleşme'nin 100. ve 105. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşme'nin 100. maddesinde, bütün devletlerin, açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi bulunmayan diğer herhangi bir yerde deniz haydutluğunu cezalandırmak üzere mümkün olan en büyük ölçüde işbirliğinde bulunacakları hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin “Deniz haydudu bir gemi veya bir uçağa el konulması” başlıklı 105. maddesine göre: “Her devlet açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan herhangi diğer bir yerde, deniz haydudu bir gemiyi veya uçağı yahut deniz haydutluğu fiilleri sonucunda ele geçirilmiş olan ve deniz haydutlarının elinde bulunan bir gemiye el koyabilir ve bu gemide ve uçakta bulunan kişileri yakalayabilir ve mallara el koyabilir. El koyan devletin mahkemeleri verilecek cezalar ile iyi niyet sahibi üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla, gemi, uçak veya mallara ilişkin tedbirler konusunda karar verebilir.”

Söz konusu düzenlemeler beraber değerlendirildiğinde, bunların hem bayrak kanuna istisna getirdiği<sup>7</sup> hem de tüm devletlere evrensel yargı yetkisi

---

<sup>7</sup> Örneğin bkz: MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1968, s. 592-596; CHURCHILL R.R.-A.V. LOWE, The Law of the Sea, Manchester University Press, Manchester, 1983, s. 149. Gerçekten de Açık Deniz Sözleşmesi'nin 6. ve Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 92. maddesinde, gemilerin tek bir devletin bayrağı altında seyredecekleri ve uluslararası anlaşmalarda ve söz konusu sözleşmelerde açıkça belirtilen istisnalar dışında, açık denizlerde o devletin münhasır yetkisine tabi olacakları hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerde istisna tutulan durumun en önemli örneğini, deniz haydutluğu oluşturmaktadır. Açık Deniz Sözleşmesi'nin 14 ve Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 100. maddesi ile getirilen düzenlemenin, her devlete deniz haydutluğu ile mücadele görevi veren köklü bir hak olduğu belirtilmiş ve açık denizde bayrak devletin yetkisine getirilen bu istisnanın, Avrupalı güçlerin koloni imparatorluklarının can

tanıdığı<sup>8</sup> görülmektedir. Bayrak kanuna istisna getirmektedir; zira, açık denizde, deniz haydutluğunda kullanılan gemi veya deniz haydutları sadece tabiiyet bağı ile bağlı oldukları devletin yetkisine tabi değildir. Diğer devletler de bayrağı ne olursa olsun açık denizde deniz haydutluğu yapan bir gemiye ve deniz haydutlarına müdahale edebilir. Evrensel yargı yetkisi tanımaktadır; zira, her devlet, açık denizde müdahale ettiği deniz haydudu gemiye el koyabilir ve deniz haydutlarını yakalayıp kendi milli mahkemelerinde yargılayabilir. Bununla beraber, her ne kadar Sözleşme'nin 100. maddesinde, deniz haydutluğunu cezalandırmak için işbirliği görevi verilmişse de Sözleşme'nin 105. maddesinde kullanılan dilin, el koyan devlet mahkemesinin yargı yetkisinin bir yükümlülük değil, bir imkan olduğunu gösterdiği kaydedilmiştir<sup>9</sup>.

damarı olan filolarını korumak açısından ortak çıkarlarını yansıttığı belirtilmiştir. Churchill-Lowe, s. 149. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Türkiye ile Fransa arasındaki uyuşmazlıkta verdiği kararda (Karar metni için bkz: Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, Series A.–No. 10 September 7th, 1927, The Case of the S.S. “Lotus”, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf) (3.11. 2010)), açık denizdeki gemilerin, uluslararası hukuk tarafından tayin edilen bazı özel durumlar dışında, bayrağını taşıdığı devletten başka bir devletin yetkisine tabi olmadığını belirtmiştir. (Ibid, s. 25). Böylece Divan hem bayrak kanunu ilkesini ortaya koymuş hem de bunun istisnaları olduğunu vurgulamıştır; ancak istisna oluşturan özel durumları belirtmemiştir.

<sup>8</sup> Nitekim Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın “Lotus” kararına muhalefet şerhi koyan yargıç MOORE, devletler hukukunun deniz haydutluğu için evrensel yargı yetkisini kabul ettiğini, deniz haydudunun hiçbir devletin polis yetki ve görevi bulunmayan açık denizde faaliyette bulunduğunu, deniz haydudu üzerinden taşıdığı bayrağın korumasının esirgendiğini ve kanundışı ve tüm insanlığın düşmanı (*hostis humani generis*) olarak muamele görerek, ilgili herhangi bir devletin yakalama ve cezalandırmasına tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz: Dissenting Opinion by Mr. Moore, s. 70, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Opinion\\_Moore\\_pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Opinion_Moore_pdf), (3. 11. 2010). Aynı şekilde, Uluslararası Adalet Divanının Belçika ile Demokratik Kongo Cumhuriyeti arasındaki uyuşmazlıkta verdiği karara (karar metni için bkz: Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> (28.10.2010)), ayrık oy yazısı yazar Divan Başkanı *Guillaume*, uluslararası örf ve adet hukukunun, devletlerin ülkeleri dışında ve açık denizde gerçekleştirilmesi nedeniyle sadece deniz haydutluğu konusunda evrensel yargı yetkisini tanıdığını belirtmiş ve Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 19. ve Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 105. Maddesini zikretmiştir. Bkz: Seperate Opinion of President Guillaume, para, 5. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> (28.10.2010). Karar metninde ise Divan, evrensel yargı yetkisinin en önemli örneği olan deniz haydutluğundan hiç bahsetmemiştir. Bunun nedeni Divan'ın, her ne kadar dava konusu olay esas itibarıyla Belçika'nın evrensel yargı yetkisi iddia ve uygulamasından kaynaklanmış olsa da evrensel yargı yetkisinden ziyade dokunulmazlık konusuyla uğraşması ve kararın gerekçesini diplomatik dokunulmazlık müessesesine dayandırmasıdır. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzakeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, *AÜHFĐ*, Cilt: 55, Sayı: 2, 2006, s. 27–63.

<sup>9</sup> TREVES Tullio, Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia, *EJIL*, Vol: 20, No: 2, 2009, s. 402.

Sözleşme'nin 106. maddesinde, keyfi el koyma halinde el koyan devletin sorumluluğu düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 107. maddesinde ise, deniz haydutluğu nedeniyle el koymayı gerçekleştirme yetkisi savaş gemi ve askeri uçaklar ile kamu hizmetine tahsis edilmiş ve bu konuları belli olan diğer gemi ve uçaklara verilmiştir.

Yine Sözleşme'nin "Ziyaret Hakkı"nı düzenleyen 110. maddesi, savaş gemilerine, açık denizde deniz haydutluğu yaptığından şüphelenilen gemileri durdurup denetleme yetkisi vermiştir. Bununla beraber şüphelerin gerçekleşmemesi durumunda, durdurulan geminin şüpheleri haklı gösterecek bir eylem yapmamış olması şartı ile maruz kaldığı her türlü zarar ve ziyan tazmin edilecektir.

Deniz haydutluğu bağlamında gündeme gelen bir diğer uluslararası düzenlemeyi, SUA Sözleşmesi<sup>10</sup> oluşturmaktadır. Söz konusu Sözleşme, 1985 yılında *Achille Lauro* adlı İtalyan bayraklı bir kruvaziyerin, Filistin Kurtuluş Örgütü'nün bir fraksiyonu tarafından kaçırılması ve bu olayın siyasi motifle işlendiği ve ikinci bir gemi olmadığı için deniz haydutluğu olarak değerlendirilmemesi üzerine, İtalya'nın girişimi ile denizde gerçekleşen terörizm fiillerine yönelik olarak<sup>11</sup> 10 Mart 1988'de imzalanmış ve 1 Mart 1992'de yürürlüğe girmiştir. SUA Sözleşmesi'nin 3 ve 4. maddeleri çerçevesinde, yukarıda belirtilen ve örf ve adet hukukunu yansıttığı kabul edilen Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin aksine, özel amaç ve iki gemi gerekliliği bulunmadan ve deniz alanları arasında bir ayırım yapılmadan, gemilere yönelik bazı deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri teşkil eden fiillere ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda, SUA Sözleşmesi çerçevesinde, bir fiil açık denizde işlenirse ve sadece bir gemi bulursa dahi deniz haydutluğu olarak değerlendirilebileceği ve fakat, Sözleşme'de deniz haydutluğu teriminin kullanmaması ve Sözleşme'nin BM'nin web sitesinde bir anti-terör anlaşması olarak listelenmesi nedenleriyle, Sözleşme'nin deniz haydutluğu tanımını değiştirip değiştirmedığının sorgulanabilir olduğu kaydedilmiştir<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Acts of Violence against the Safety of Maritime Navigation. (Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme). Orijinal metin için bkz: [http://www.nti.org/e\\_research/official\\_docs/inventory/pdfs/aptmaritime.pdf](http://www.nti.org/e_research/official_docs/inventory/pdfs/aptmaritime.pdf) (01.12.2010). Türkiye'nin de taraf olduğu Sözleşme'nin Türkçe metin için bkz: TBMM Kanunlar Dergisi, Cilt: 74, 1991, s. 5-13. Türkiye aynı gün imzalanan Kıta Sahaneliğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokol'e de çekince ileri sürerek taraf olmuştur. Metin için bkz: Ibid, s. 13-17.

<sup>11</sup> AZUBUIKE, s. 56.

<sup>12</sup> STERIO Milena, Fighting Piracy in Somalia (and elsewhere): Why More is Needed, *Ford-*

SUA Sözleşmesi'nin 6 ve 10. maddelerinde, taraf devletlere Sözleşme'de yasaklanan fiilleri işleyen kişileri yargılama veya iade etme konusunda yetki ve yükümlülük getirilmiştir. Bununla beraber, Deniz Hukuku Sözleşmesi düzenlemelerinin örf ve adet hukukunu yansıtmalarına rağmen, SUA Sözleşmesi düzenlemelerinin sadece tarafları bağladığının altı çizilmiştir<sup>13</sup>.

Konuyla ilgili bir diğer belge, SUA Sözleşmesi'ne ait olarak 14 Ekim 2005'de imzalanan ve 28 Temmuz 2010'da yürürlüğe giren 2005 tarihli Protokol'dür<sup>14</sup>. 2005 Protokolü'nün getirdiği önemli yenilikler olarak, 3 *bis*, 3 *ter* ve 3 *quater* maddeleri ile SUA Sözleşmesi'nde yer alan fiilleri genişletmesi ve 8 *bis* maddesi ile gemiye çıkma rejimine ilişkin düzenlemeleri gösterilmiştir<sup>15</sup>. Bu bağlamda Protokol'de yer alan gemiye çıkma düzenlemelerinin, dünya çapında deniz güvenliğini sağlamak açısından deniz haydutluğu ve terörist fiiller için uygulanabilir olduğu belirtilmiştir<sup>16</sup>.

Bununla beraber, SUA Sözleşmesi ve 2005 tarihli Protokol doğrudan deniz haydutluğunu düzenlememekte ve örf ve adet hukukunu yansıtmamaktadır; söz konusu belgelere taraf devlet sayısı da sınırlıdır. Deniz haydutluğu konusundaki temel ilke ve kuralları Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen düzenlemeleri teşkil etmektedir. Bu bağlamda deniz haydutluğu konusunda, tüm devletleri bağlayan ve evrensel düzeyde geçerliliği olan uluslararası hukuk kuralı, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin düzenlemeleridir. SUA Sözleşmesi ve 2005 tarihli Protokol şu an için deniz haydutluğu fiilleri açısından ancak yardımcı kaynak olarak değerlendirilebilir. Nitekim aşağıda belirtilecek bazı Güvenlik Konseyi kararlarında deniz haydutlarının iade ve yargılamalarına ilişkin olarak "taraf devletler açısından", SUA düzenlemelerine çeşitli göndermeler yapılmıştır<sup>17</sup>. SUA düzenlemelerinin ileride örf ve adet hukuku kuralına dönüşüp dönüşmemesi konusunda, devletlerin uygulamaları

---

*ham Int'l L. J.*, Vol: 33, 2009–2010, s. 387.

<sup>13</sup> AZUBUIKE, s. 56.

<sup>14</sup> Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA 2005).

Orijinal metin için bkz: [http://www.nti.org/e\\_research/official\\_docs/inventory/pdfs/aptmari-time.pdf](http://www.nti.org/e_research/official_docs/inventory/pdfs/aptmari-time.pdf) (01.12.2010). Türkiye'nin de taraf olduğu Protokol'ün Türkçe metni için bkz: RG, 31 Aralık 2009, 27449 (7. Mükerrer)

<sup>15</sup> ZOU Keyuan, New Developments in the International Law of Piracy, *Chinese JIL*, Vol: 8, No: 2, 2009, s. 331–332.

<sup>16</sup> Ibid, s. 332

<sup>17</sup> Örneğin 1846 sayılı karar, 15. paragraf ve 1950 sayılı karar 19. paragraf.

ve uluslararası toplumun deniz haydutluğuna karşı takındığı tutum belirleyici olacaktır.

## **2) Somali Örneğinde Deniz Haydutluğu Hakkındaki Örf ve Adet Hukuku Niteliğindeki Kuralların Yetersiz Kalması:**

Görüldüğü gibi deniz haydutluğuna ilişkin örf ve adet hukuku niteliğindeki uluslararası düzenlemelerde, deniz haydutluğunun tanımı ve deniz haydutluğu ile mücadeleyle ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda deniz haydutluğu, açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, bir gemiden başka bir gemiye karşı, kişisel amaçlarla işlenen şiddet, alıkoyma ve yağma fiilidir<sup>18</sup>. Bu şekilde tanımı yapılan deniz haydutluğu ile mücadele ise şu şekilde olacaktır: Bir defa devletler, açık denizde deniz haydutluğu ile mücadele konusunda işbirliği yapacaktır. Açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, her devlet, 107. maddede öngörülen nitelikteki gemileri marifetiyle, deniz haydudu gemi veya uçağa müdahale edebilir ve el koyabilir, deniz haydutlarını yakalayıp kendi milli mahkemelerinde yargılayıp cezalandırabilir. Keyfi el koyma halinde ise ilgili devletin tazminat sorumluluğu doğacaktır. Ayrıca savaş gemilerinin açık denizde deniz haydutluğundan şüphelenilen bir gemiyi ziyaret hakkı bulunmaktadır. Fakat şüpheler gerçekleşmemişse belirli şartlar altında durduran geminin bağlı olduğu devletin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Görüldüğü gibi deniz haydutluğuna ilişkin temel şart, söz konusu şiddet, alıkoyma ve yağma fiillerinin açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde işlenmesidir. Böylece devletler, sadece açık deniz veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan yerlerde deniz haydudu gemiye müdahale edebilecek ve deniz haydutlarını yakalayıp yargılayabileceklerdir.

Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 86. maddesinde, Sözleşme'nin "Açık Deniz" başlıklı VII. Kısımının uygulama alanı olarak, bir devletin münhasır ekonomik bölgesi, karasuları, iç suları veya takımada sularına dahil olmayan tüm deniz alanları gösterilmiştir. Demek ki Sözleşme çerçevesinde açık deniz rejimine tabi olan deniz alanları, devletlerin iç suları, takımada suları, karasuları ve münhasır ekonomik bölgeleri dışındaki tüm deniz alanlarıdır. Sözleşme'nin 58/2. maddesinde, Sözleşme'nin 88 ilâ 115. maddeleri arasındaki düzenlemelerin, VII. Kısma aykırı olmadığı ölçüde münhasır ekonomik

<sup>18</sup> Tanımdaki şartlara ilişkin değerlendirmeler için bkz: FINK-GALVIN, s. 370-376; AZUBU-IKE, s. 51-53; TOPAL, s. 112-118.

bölgeye de uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Böylece deniz haydutluğuna ilişkin düzenlemeler, bir devletin münhasır ekonomik bölgesi üzerinde de uygulanabilecektir<sup>19</sup>. Şu halde bir devletin münhasır ekonomik bölgesi üzerinde işlenen fiiller deniz haydutluğu tanımı içine girecek ve diğer devletler bu alan üzerinde 105. maddede yer alan yetkileri kullanabilecektir.

Demek ki mevcut örf ve adet hukuku niteliğindeki uluslararası düzenlemeler çerçevesinde deniz haydutluğu, münhasıran açık denizde işlenebilecek bir suçtur. Eğer söz konusu fiil bir devletin iç suları, takımda suları veya karasuları içinde işlenirse, sahildevletinin devletin yargı yetkisi söz konusu olur ve iç hukuku uygulanır<sup>20</sup>. Bu bağlamda başka devlet gemileri, bir devletin iç suları, takımda suları ve karasuları içinde bir gemiye deniz haydutluğu gerekçesiyle müdahale edemez ve söz konusu fiil uluslararası hukuk açısından deniz haydutluğunu oluşturmaz. Ancak sahildevletinin devletin iç hukuku deniz haydutluğu suçu düzenlenmiş olabilir, bu durumda sahildevletinin ceza kanunundaki düzenleme uygulanacaktır.

Bu bağlamda deniz haydutluğu tanımının oldukça dar olduğu, sadece açık denizde müdahale imkanı verdiği ve sadece bir gemiden diğer bir gemiye karşı girişilen fiilleri kapsadığı, böylece, karasularında işlenen fiiller ile geminin mürettebat ve yolcuları tarafından ele geçirilmesi sırasındaki şiddet hareketlerini ve geminin, yolcuların ve mürettebatın fidye için alıkonulması gibi iki geminin dahil olmadığı fiilleri kapsamadığı belirtilmiştir<sup>21</sup>. Gerçekten de bu konuda örf ve adet hukuku kuralı teşkil eden ve yukarıda belirtilen kurallar, güncel bazı olaylara uygun düşmemekte ve denizde yaşanan bazı şiddet olayları ile mücadele açısından yetersiz kalmaktadır. Bu durum özellikle Somali sahillerinde yaşanan son saldırılar için geçerlidir.

Gerçekten de Somali sahillerindeki gemilere karşı yürütülen şiddet hareketleri, bazı durumlarda tamamen veya kısmen karasuları içinde cereyan etmekte ve ayrıca bazı durumlarda anakara veya ana gemilerden gelen hızlı kayıklar kullanılarak işlenmekte ve böylece deniz haydutluğu tanımının dı-

<sup>19</sup> Bkz: DUPUY Rene Jean-VIGNES Daniel (ed.), *A Handbook on the New Law of the Sea 2*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991, s. 850-851.

<sup>20</sup> Uluslararası Denizcilik Teşkilatı, devletlerin yetkileri dahilindeki benzeri fiilleri, silahlı soygun (armed robbery) olarak nitelendirdiği kaydedilmiştir. Bkz: FINK-GALVIN, s. 371; TOPAL, s. 117, 27 no'lu dipnot.

<sup>21</sup> TREVES, s. 402.

şında kalmaktadır<sup>22</sup>. Zira Somali sahillerindeki deniz haydutlarının çalışma şekli, kıçtan takmalı çift zamanlı motorları olan, tahta veya fiberglas kayıklar kullanarak, 10–15 kişilik takımlar halinde kancalar, aliminyum merdivenler, RPG ve AK–47 (kalaşnikof) saldırı tüfekleri, bıçak, uydu telefonu ve GPS gibi modern araçlarla, sahilinden veya bir ana gemiden, geçiş yapan gemilere saldırmak, onları kaçırmak ve gemi ile kaçırılan mürettebat için fidye istemek olarak tavsif edilmiştir<sup>23</sup>. Görüldüğü gibi bu fiiller, deniz haydutluğu tanımı dışında kalmaktadır. Somali, bir devlet olarak uluslararası hukuk açısından ülkesi üzerinde münhasır egemenlik yetkilerini haizdir. Bu bağlamda ülkesi üzerindeki deniz haydutluğu faaliyetlerini önlemek ve deniz haydutlarını cezalandırmak yetkisi de münhasıran kendisine aittir. Aynı şekilde, uluslararası hukuk açısından, devlet egemenliğinden kaynaklanan sorumluluk ile bu neviden fiilleri önlemek yükümlülüğü altındadır. Bununla beraber Somali, iç karışıklıklarla çalkalanan ve ülkesi üzerinde hukuk nizamını tesis edemeyen bir devlet olduğu için söz konusu deniz haydutluğu faaliyetlerinin önlenmesi ve cezalandırılmasında aciz kalmakta ve bu da deniz haydutluğu ile mücadeleye sekte vurmaktadır<sup>24</sup>. Bu anlamda Somali'nin meşru hükümeti olarak tanınan Somali Geçici Federal Hükümeti, az eğitilmiş milis güçleri ile ülkede güvenliği sağlayamamakta ve deniz haydutları ile mücadelede yetersiz kalmaktadır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Ibid, s. 402.

<sup>23</sup> Bkz: BANIELA Santiago Iglesias, Piracy at Sea: Somalia an Area of Great Concern, *The Journal of Navigation*, Vol: 63, 2010, s. 193–194. Somali deniz haydutlarının operasyon şekilleri için ayrıca bkz: MIDDLETON Roger, Piracy in Somalia: Threatening Global Trade, Feedind Local Wars, *Chatham House Briefing Paper* October, 2008, s. 4 [http://www.chathamhouse.org.uk/files/12203\\_1008piracysomalia.pdf](http://www.chathamhouse.org.uk/files/12203_1008piracysomalia.pdf) (21.12.2010)

<sup>24</sup> Somali, siyasi, ekonomik ve toplumsal istikrarsızlıkları nedeniyle çökmüş devletin (*failed state*) modern bir örneği olarak takdim edilmiştir. Bkz: SILVA Mario, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, *Va. J. Int'l L.*, Vol: 50, 2009–2010, s. 556–565.

Bu noktada Somali örneği açısından, deniz haydutluğunun tanımından yer alan karasuları sınırını aşmak için Somali'yi çökmüş devlet olarak değerlendiren görüş ile sıcak takip hakkını karasularına da teşmil eden ve Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 98. Maddesinde yer alan acil durumda yardım hükümlerini gündeme getiren görüşler değerlendirilmiştir. Bkz: FINK–GALVIN, s. 371–373.

<sup>25</sup> Bkz: KING Michael G. Jr., Modern Piracy and Regional Security Cooperation in the Maritime Domain: The Middle East and Southeast Asia, Naval Postgraduate School Thesis, Monterey, California 2010, s. 51–52. [http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2010/Mar/10Mar\\_King.pdf](http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2010/Mar/10Mar_King.pdf) (11.11.2010) Uluslararası baskılar üzerine, Somali Geçici Federal Hükümeti yetkilerinin, 2008 yılında bir Somali donanması oluşturulacağını ve eğitileceğini açıkladıkları ve bu gücün devriye uçaklarına sahip olmayan 500 kişiden oluşacağı ve deniz haydutluğu ile mücadeleyi denizden çok karada yapmaya odaklanacağı belirtilmiştir. Ibid, 52.



Görüldüğü gibi Somali örneğindeki temel sıkıntı, deniz haydutluğu fiillerinin genellikle Somali karasuları içinde gerçekleşmesi ve haydutların faaliyet ve fiilleri icra tarzlarında ortaya çıkmaktadır. Hal böyle olunca Somali'deki dünya ticaretini tehdit eden şiddet hareketlerini önlemek için yeni bazı girişimler gerekli görülmüştür. Söz konusu girişimler, BM Güvenlik Konseyi kararları aracılığıyla yapılmıştır.

### **3) Güvenlik Konseyi Kararları ile Mücadele Kapsam ve Alanının Genişletilmesi:**

Somali sahillerindeki deniz haydutluğu olayları bazı Güvenlik Konseyi kararlarına konu olmuştur. Güvenlik Konseyi'nin deniz haydutluğu konusundaki ilk değerlendirmeleri, bağımsız kararlar şeklinde olmayıp, Somali'deki genel duruma ilişkin tespitlerin bulunduğu kararlar içinde yer almıştır.

Güvenlik Konseyi Somali'deki deniz haydutluğu sorununa ilk olarak 10 Mayıs 2006 tarih ve 1676 sayılı karar<sup>26</sup> ile dikkat çekmiştir. Söz konusu kararda, Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki sulara gemilere karşı yürütülen deniz haydutluğu ve silahlı soygun olaylarındaki artış ve bunların Somali'deki güvenliğe etkilerinden duyduğu endişe vurgulanmıştır. Somali'deki duruma ilişkin olarak alınan 20 Ağustos 2007 tarih ve 1772 sayılı kararda<sup>27</sup>, Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna dikkat çekilmiş ve kararın 18. paragrafında, Somali sahillerine bitişik uluslararası sular ve hava sahasında gemi ve uçakları bulunan üye devletler, herhangi bir deniz haydutluğu olayına karşı teyakkuz halinde olmaya ve bu fiillere karşı ticaret gemileri ile özellikle insani yardım taşıyan araçları korumak için uluslararası hukuka uygun şekilde gereken önlemleri almaya teşvik edilmiştir. Görüldüğü gibi kararda, deniz haydutluğu ile uluslararası sular ve hava sahasında mücadele teşviki bulunmaktadır. Yine Somali'deki duruma ilişkin olarak alınan 15 Mayıs 2008 tarih ve 1814 sayılı kararın<sup>28</sup> 11. paragrafında Güvenlik Konseyi, Dünya Gıda Programı gemi konvoylarına, bazı devletler tarafından sağlanan korumaya ilişkin desteğini tekit etmiş ve devletlere ve bölgesel kuruluşlara, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin de isteğiyle, Somali'ye deniz yoluyla yapılan insani yardımın taşınması ve dağıtılmasını koruma çağrısı yapmıştır.

<sup>26</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/343/85/PDF/N0634385.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>27</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/485/62/PDF/N0748562.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>28</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/343/79/PDF/N0834379.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

Somali sahillerinde, gemilere yönelik saldırıların fazlaca artması üzerine Güvenlik Konseyi, bu durumu uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olarak değerlendirmiş ve BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde hareket ederek çeşitli kararlar almıştır.

Somali sahillerinde gerçekleşen deniz haydutluğu olaylarına hasredilen ve halen yürütülen operasyonların temel dayanağını oluşturan karar, Güvenlik Konseyi'nin 2 Haziran 2008 tarih ve 1816 sayılı kararıdır<sup>29</sup>. Söz konusu karar, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde alınmıştır. Böylece tarihte ilk kez deniz haydutluğu meselesinin Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği şeklinde değerlendirildiği belirtilmiştir<sup>30</sup>. Kararın "Giriş" bölümünde Güvenlik Konseyi, öncelikle gemilere yöneltilen deniz haydutluğu ve silahlı soygun<sup>31</sup> fiillerinin, Somali'ye yapılan insani yardımın çabuk, güvenli ve etkili şekilde dağıtılması ve ticari deniz rotaları ile seyrüsefer güvenliği konusunda oluşturduğu tehdidin altını çizmiştir. Akabinde kararda, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele konusundaki hukuki çatıyı tespit ettiği ve Güvenlik Konseyi'nin de Deniz Hukuku Sözleşmesi de dahil olmak üzere deniz haydutluğu ve silahlı soygun ile mücadeleyi düzenleyen uluslararası hukuk kurallarını teyit ettiği belirtilmiştir. Böylece Güvenlik Konseyi, deniz haydutluğu ile mücadele açısından yürürlükte bulunan ve yukarıda açıklanan kuralları açıkça teyit etmektedir ve bu açıdan bir farklılık yaratmamıştır. Bununla beraber kararın 7. paragrafında özellik ve önem arz eden bir düzenleme bulunmaktadır.

Buna göre devletler, karar tarihinden itibaren 6 aylık bir süre için Somali Geçici Federal Hükümeti ile işbirliği yaparak Somali sahillerindeki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele edebileceklerdir. Devletler, bu mücadeleyi yürütürken şu yetkilerle donatılmıştır: Denizdeki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele amacıyla Somali karasularına girmek ve orada deniz haydutluğuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarıyla uyumlu şekilde, açık denizde izin verilen tedbirleri almak. İkinci olarak, Somali karasularını kullanarak, deniz haydutluğuna ilişkin uluslararası hukuk

<sup>29</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/361/77/PDF/N0836177.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>30</sup> ZOU, s. 337.

<sup>31</sup> Bu kararda ve deniz haydutluğu ile ilgili daha sonraki Güvenlik Konseyi kararlarında silahlı soygun ibaresinin kullanılması ile hem Somali karasularında gerçekleşen hem de sadece bir geminin kullanıldığı deniz haydutluğu fiilleri ile mücadele imkanı verildiği anlaşılmaktadır. Bu konudaki değerlendirme için bkz: TREVES, s. 403.

kurallarıyla uyumlu biçimde, deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele için gereken tüm tedbirleri almak.

Görüldüğü gibi kararda, açık denizde deniz haydutluğu ile mücadelede alınacak tedbirlerin, Somali karasularında da alınması konusunda bir yetkilendirme mevcuttur. Böylece karar ile devletler, deniz haydutlarının tek-nelerini uluslararası sularda takibe başlayıp Somali karasularında da takibi sürdürebilme veya münhasıran Somali karasularında cereyan eden fiillere müdahale edebilme yetkisi elde etmiştir<sup>32</sup>. Bu şekilde Güvenlik Konseyi'nin Somali anakarası ile açık deniz arasındaki boşluğu kapattığı belirtilmiştir<sup>33</sup>. Bununla beraber kararda, deniz haydutluğu ve silahlı soygun ile mücadele amacıyla Somali karasularına giriş ve kullanma yetkisi Somali Geçici Federal Hükümeti'nin iznine bırakılmıştır. Sahildar devletin iznine yapılan bu atfın, kararların devrimci niteliklerini ortadan kaldırdığı, zira Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm çerçevesinde alınan kararları bulunmasa dahi bu neviden faaliyetler için sahildevletinin rızasının alınabileceği belirtilmiştir<sup>34</sup>. Görüldüğü gibi kararda, Somali karasularına girmek ve orada deniz haydutları ile mücadele etmek konusunda önemli yetkiler verilmiştir. Bununla birlikte, karar metninde kullanılan dil, bunun ihtiyari bir yetki olduğunu ve devletlere bir görev veya yükümlülük getirmediğini göstermektedir<sup>35</sup>. Bu bağlamda kararda alışılmış diplomatik dil kullanıldığı ve teşvik içerdiği belirtilmiştir<sup>36</sup>.

Kararın 9. paragrafında ise yine önem arz eden bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, söz konusu karar sadece Somali'deki duruma ilişkindir ve diğer herhangi bir durum bağlamında devletlerin, Deniz Hukuku Sözleşmesi de dahil olmak üzere uluslararası hukuk açısından sahip oldukları hak, yükümlülük ve sorumlulukları etkilememektedir. Paragrafın devamında Güvenlik Konseyi, söz konusu kararın bir örf ve adet hukuku kuralı oluşturur şekilde değerlendirilemeyeceğinin altını özellikle çizmiştir. Ayrıca, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin rızasını içeren 27 Şubat 2008 tarihli mektubun alınmasını takiben, yetkilendirmenin yapıldığı kaydedilmiştir.

<sup>32</sup> GUILFOYLE Douglas, Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Counter-Piracy Efforts, *ICLQ*, Vol: 57, July 2008, s. 695.

<sup>33</sup> FINK-GALVIN, s. 380.

<sup>34</sup> TREVES, s. 406.

<sup>35</sup> HOUGHTON Matthew C., Walking the Plank: How United Nations Security Council Resolution 1816, While Progressive, Fails to Provide A Comprehensive Solution to Somalia Piracy, *Tul. J. Comp.&Int'l L.*, Vol: 16, s. 277-278.

<sup>36</sup> AZUBUIKE, s. 57.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 7 Ekim 2008 tarih ve 1838 sayılı karardır<sup>37</sup>. Kararın 4. paragrafında devletler, 1816 sayılı kararla uyumlu şekilde, deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele için Somali Geçici Federal Hükümeti ile işbirliği yapmaya teşvik edilmiştir. Kararın 8. paragrafında 1816 sayılı kararın 9. paragrafı tekrarlanmıştır.

Kararın 9. paragrafında ise Güvenlik Konseyi, 1816 sayılı kararın 7. paragrafında verilen yetki için sürenin uzatılması niyetini açıklamıştır.

Güvenlik Konseyi'nin doğrudan doğruya deniz haydutluğu meselesine hasredilmeyen ve Somali'deki genel durumu değerlendiren 20 Kasım 2008 tarih ve 1844 sayılı kararında<sup>38</sup> ise Somali sahillerindeki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerinden duyulan endişe ifade edilmiş ve deniz haydutluğunun, mali ambargoya zarar verebileceği kaydedilmiştir. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi, 1814 sayılı karar ile devletlere verilen, Somali'ye yönelik silah ambargosunu delen ve buna yardımcı olanlara karşı gereken tedbirleri alma yetkisini hatırlatmıştır.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 2 Aralık 2008 tarih ve 1846 sayılı karardır<sup>39</sup>. Güvenlik Konseyi, kararın 6. paragrafında, 1814, 1816 ve 1838 sayılı kararlar ile verilen yetki çerçevesinde deniz haydutluğu ile mücadele için inisiyatif alan devletler ile NATO ve Avrupa Birliği'nin girişimlerini memnurlukla karşılamıştır. Kararın 10 ve 19. paragraflarında, 1816 sayılı karar ile deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele etmek için devletlere verilen Somali karasularına girme ve kullanma yetkisi, 12 ay daha uzatılmıştır. Kararın 11. paragrafında, yukarıda belirtilen 1816 sayılı kararın 9 ve 1838 sayılı kararın 8. paragrafları aynen tekrarlanmış ve Somali Geçici Federal Hükümeti'nin rızasını içeren 20 Kasım günlü mektubun alınmasını takiben, yetkilendirmenin yapıldığı kaydedilmiştir. Kararın 14 ve 15. paragrafları beraber değerlendiril-

---

<sup>37</sup> Karar metni için bkz:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/84/PDF/N0853884.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>38</sup> Karar metni için bkz:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/611/31/PDF/N0861131.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>39</sup> Karar metni için bkz:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/630/29/PDF/N0863029.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

diğinde, Güvenlik Konseyi'nin deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerini işleyen kişilerin soruşturma ve yargılamasının yapılmasının öngördüğü ve bu konuda SUA Sözleşmesi düzenlemelerine gönderme yaptığı görülmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 16 Aralık 2008 tarih ve 1851 sayılı karardır<sup>40</sup>. Kararın 3. paragrafında devletler, bölge devletleri ile deniz haydutlarının yargılanması için özel anlaşmalar yapmaya davet edilmiştir. Kararın 6. paragrafında, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin 9 Aralık 2008 tarihli mektubuna karşılık, üye devletler denizde, deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele için işbirliğine devam etmeye teşvik edilmiştir. Ayrıca Güvenlik Konseyi, 1846 sayılı kararın kabul edildiği tarihten itibaren 12 aylık bir süre için üye devletler ve bölgesel kuruluşların, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin isteği ve yetkilendirmesiyle Somali sahillerindeki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadelede işbirliği yaparak, Somali'de, deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerinin önlenmesi amacıyla gereken tüm uygun tedbirleri, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukuna uygun şekilde alabileceklerine karar vermiştir. “Somali’de” ifadesinin açıkça ana-kara üzerinde de hareket imkanı verdiği belirtilmiş<sup>41</sup> ve böylece düzenleme ile tüm devletlere deniz haydutlarına hem denizde hem de karada müdahale yetkisi verildiği kaydedilmiştir<sup>42</sup>.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 30 Kasım 2009 tarih ve 1897 sayılı karardır<sup>43</sup>. Kararın 7. paragrafında, 1846 sayılı kararın 10. paragrafı ile 1851 sayılı kararın 6. paragrafında verilen yetkinin süresi 12 ay daha uzatılmıştır. Aynı şekilde, kararın 8. paragrafında, 1816 sayılı kararın 9, 1838 sayılı kararın 8 ve 1846 sayılı kararın 11. paragraflarında yer alan ifade tekrarlanmış ve Somali Geçici

<sup>40</sup> Karar metni için bkz:<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/655/01/PDF/N0865501.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>41</sup> TREVES, s. 404.

<sup>42</sup> FINK–GALVIN, s. 381; DAVEY Michael, A Pirate Looks at the Twenty–First Century: The Legal Status of Somali Pirates in an Age of Sovereign Seas and Human Rights, *Notre Dame L. Rev.*, Vol: 85, 2009–2010, s. 1211. Nitekim dönemin ABD Dışişleri Bakanı *Condoleezza Rice*, 1851 sayılı kararın, deniz haydutları ile denizde olduğu gibi karada da mücadele imkanı veren çok güçlü bir karar olduğunu, zira tarihin, deniz haydutluğunun sadece bir denizcilik meselesi olarak sınırlandırılmaması gerektiğini öğrettiği tespitini yapmıştır. Bkz: *Foreign Policy Bulletin*, March 2009, s. 131.

<sup>43</sup> Karar metni için bkz:<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/624/65/PDF/N0962465.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

Federal Hükümeti'nin rızasını içeren 2 ve 6 Kasım günlü mektupların alınmasını takiben, yetkilendirmenin yenilendiği kaydedilmiştir.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 27 Nisan 2010 tarih ve 1918 sayılı karardır<sup>44</sup>. Kararın 1. paragrafında Güvenlik Konseyi, Somali sahillerinde cereyan eden deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerinin sorumlularının kovuşturmasındaki eksiklerin, uluslararası toplumun deniz haydutluğu ile mücadelesini zayıflattığını kabul etmiş ve kararın 2. paragrafında bölge devletleri de dahil olmak üzere tüm devletlere, Somali sahillerinde yakalanan deniz haydutlarını kovuşturmak ve cezalandırmak üzere, uluslararası insan hakları hukukuna uygun şekilde milli hukuklarında deniz haydutluğu suçunu düzenleme çağrısı yapılmıştır. Kararın 4. paragrafında ise Genel Sekreter'den Somali sahillerinde deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri işleyen şahısların yargılanması ve cezalandırılmasını sağlayacak, uluslararası katkılı özel milli mahkemeler, bölgesel bir mahkeme veya bir uluslararası mahkeme gibi çeşitli seçenekleri içeren bir rapor hazırlaması rica edilmiştir. Bu bağlamda bazı yazarların, Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri örneklerinde olduğu gibi Güvenlik Konseyi kararları ile *ad hoc* nitelik gösteren bir uluslararası deniz haydutluğu mahkemesi kurulması teklifinde buldukları görülmektedir<sup>45</sup>.

Güvenlik Konseyi'nin Somali sahillerindeki deniz haydutluğuna ilişkin olarak aldığı bir diğer karar, 23 Kasım 2010 tarih ve 1950 sayılı karardır<sup>46</sup>. Kararın 7. paragrafında, 1846 sayılı kararın 10 ve 1851 sayılı kararın 6. paragrafı ile verilen ve 1897 sayılı karar ile yenilenen yetkinin süresi 12 ay daha uzatılmıştır. Aynı şekilde, kararın 8. paragrafında, 1816 sayılı kararın 9, 1838 sayılı kararın 8, 1846 sayılı kararın 11 ve 1897 sayılı kararın 8. paragrafında yer alan ifade tekrarlanmış ve Somali Geçici Federal Hükümeti'nin rızasını içeren 20 Ekim 2010 tarihli mektubun alınmasını takiben, yetkilendirmenin yenilendiği kaydedilmiştir. Söz konusu karar, halihazırda Somali'de deniz haydutluğu fiillerine karşı yürütülen operasyonların dayanağını oluşturan şimdiye kadar alınmış son karardır ve devletlere bu amaçla tanınan yetkileri

<sup>44</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/331/39/PDF/N1033139.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

<sup>45</sup> BERG Jarret, You're Gonna Need a Bigger Boat: Somali Piracy and the Erosion of Customary Piracy Suppression, *New Eng. L. Rev.*, Vol: 44, 2009–2010, s. 383–384 ve eşlik eden dipnotlar. Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz: STERIO, s. 395–396.

<sup>46</sup> Karar metni için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/649/02/PDF/N1064902.pdf?OpenElement> (20.12.2010).

23 Kasım 2011'e kadar uzatmıştır. Ancak bu kararın konuyla ilgili son karar olmayacağı ve yetkinin yine uzatılacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten de kararın 23. paragrafında Güvenlik Konseyi, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin talebi üzerine, kararın 7. paragrafında verilen yetkinin süresinin uzatılması niyetini açıklamıştır.

Başta 1816 sayılı karar olmak üzere, yukarıda zikredilen kararların devletlere, deniz haydutlarına karşı kuvvet kullanma yetkisi verdiği, bunun da kararlar da kullanılan ifadelerden kaynaklandığı belirtilmiştir<sup>47</sup>. Böylece Somali deniz haydutlarının asgari düzeyde barışa yönelik bir tehdit olarak değerlendirildiği ve Güvenlik Konseyi'nin tüm üye devletlere deniz haydutlarına karşı kuvvet kullanma yetkisi vererek, deniz haydutları üzerinde zorlama tedbirleri uygulanmasını öngördüğü kaydedilmiştir<sup>48</sup>.

Görüldüğü gibi tüm bu kararların ortak yönü, devletlere, deniz haydutluğu ile mücadele için Somali Geçici Federal Hükümeti'nin izniyle, Somali karasularının kullanılması ve Somali karasuları içinde de deniz haydutlarına, kuvvet kullanma da dahil olmak üzere, müdahale imkanının verilmesidir. Yine bu yetki 1851 karar ile Somali anakarası için de geçerli kılınmıştır. Yine kararlarda açık deniz alanları dışında da deniz haydutlarının yakalanması, yargılanması ve cezalandırmasına yönelik çeşitli çağrı ve teşvikler vardır. Bu aşamada kararlar neticesi ortaya çıkan durumun, deniz haydutluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukukunda bir değişiklik getirip getirmediği meselesi gündeme gelmektedir. Güvenlik Konseyi, yukarıda belirtildiği gibi söz konusu kararlarda getirilen düzenlemelerin, sadece Somali'deki duruma ilişkin olduğunu ve bir örf ve adet hukuku kuralı oluşturur şekilde değerlendirilmeyeceğini ayrıca ve açıkça vurgulamak gereği duymuştur. Böylece Güvenlik Konseyi, deniz haydutluğuna ilişkin olarak halen geçerli olan örf ve adet hukukunu değiştirmek ve yeni bir örf ve adet hukukuna emsal teşkil edecek düzenlemeler getirme amacında olmadığını ortaya koymuştur<sup>49</sup>. Böylece Güvenlik Konseyi'nin deniz haydutluğu ile mücadeleyi bir örf ve adet hukuku olarak teşvik etmekten ziyade, mevcut örf ve adet hukukunda Somali olayı ile sınırlı şekilde bir istisna olarak kabul ettiği ve bunun da bazı donanmaları mü-

<sup>47</sup> Bkz: GUILFOYLE, s. 695; TREVES, s. 412.

<sup>48</sup> DAVEY, s. 1223.

<sup>49</sup> Treves, sahildevletinin rızasını öngören düzenleme ile de söz konusu kararlar çerçevesinde yeni bir örf ve adet hukukunun oluştuğu endişesinin karşılandığını belirtmiştir. TREVES, s. 407.

cadele konusunda isteksiz hale getirdiği iddia edilmiştir<sup>50</sup>. Deniz haydutluğu bağlamında örf ve adet hukukuna ilişkin bir başka iddia ise devlet uygulamaları bağlamında gündeme getirilmiştir. Buna göre, devletlerin uygulamaları sonucu, örf ve adet hukukunun erozyona uğradığı, zira, deniz haydutluğu ile mücadele konusundaki işbirliği yükümlülüğünün yerini, siyasi ve ekonomik menfaatlerin korunması uygulamasına bıraktığı ve böylece yeni bir örf ve adet hukukunun oluşum süreci içinde olabileceği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

#### **4) Somali Sahillerindeki Deniz Haydutluğu Fiillerine Karşı Yürütülen Operasyonlar ve Hukuki Dayanakları:**

Yukarıda belirtilen kararlar çerçevesinde Somali'deki deniz haydutluğu fiilleri ile mücadele amacıyla bazı devletler ve uluslararası örgütler harekete geçmiş ve çeşitli çok uluslu deniz güçleri görev yapmaya başlamıştır. Bu bağlamda, söz konusu çok uluslu güçlerin Somali karasuları dışında deniz haydutluğu ile yaptıkları mücadelenin hukuki dayanakları yukarıda belirtildiği gibi Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ile Güvenlik Konseyi kararlarıdır. Somali karasularının içinde deniz haydutluğu ile yaptıkları mücadelenin hukuki dayanakları ise yine yukarıda değinilen Güvenlik Konseyi kararlarıdır. Söz konusu çok uluslu güçleri şu şekilde gruplandırabiliriz:

##### **A) AB Operasyonu (Operation Atalanta):**

AB Konseyi'nin 10 Kasım 2008 tarihli kararı<sup>52</sup> ile Somali sahili açıklarında gerçekleşen deniz haydutluğu fiilleri ile mücadeleye destek olmak amacıyla, Atalanta olarak adlandırılan askeri bir operasyon başlatılması öngörülmüştür. Söz konusu kararda, Atalanta Operasyonu'na, 1814 sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde Dünya Gıda Programının gemilerini korumak, 1816 sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde Somali sahili açıklarında

<sup>50</sup> DAVEY, s. 1212.

<sup>51</sup> BERG, s. 369. Bununla beraber *Cassese*, deniz haydutluğunun toplumsal bir değeri korumak uğruna cezalandırılmadığını, açık denizde tüm devletlere tanınan deniz haydutlarını yakalama ve yargılama yetkisinin müşterek menfaatleri ortak bir tehlike ya da zarara karşı korumak için verildiğini belirtmiştir. CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Second Edition, Oxford, 2008, s. 12. Böylece yazarın deniz haydutluğu ile mücadelenin temel dayanağının, müşterek menfaatleri korumak olduğu görüşünü dile getirdiği görülmektedir. Bu görüş, deniz haydutluğunun örf ve adet hukukuna, müşterek menfaatleri korumak şeklinde yansıdığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu görüşün kabulü durumunda, deniz haydutluğu konusundaki örf ve adet hukukunun erozyona uğramadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

<sup>52</sup> Karar metni için bkz: Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008, Official Journal of European Union, 12.11.2010, L 301/33–37. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0033:0037:EN:PDF> (21.12.2010)



seyreden saldırıya açık gemileri korumak ve Somali sahili açıklarında gerçekleşen deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleriyle mücadeleye destek olmak görevleri verilmiştir (madde 1). Yine Konsey'in 8 Aralık 2008 tarihli kararı<sup>53</sup> ile Operasyon'un plan ve çatışma kuralları onaylanmış (madde 1) ve Operasyon, 8 Aralık 2008 itibariyle başlatılmıştır (madde 2). Görüldüğü gibi Atlanta Operasyonu ile oluşturulan görev gücüne verilen yetki, hem Dünya Gıda Programının gemilerini hem de Somali sahili açıklarında seyreden saldırıya açık gemileri korumak ve bu bağlamda Somali sahillerindeki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile topyekûn şekilde mücadele etmektir. Görev gücüne verilen bu yetki, yukarıda belirtilen 1814 ve 1816 sayılı Güvenlik Konseyi kararlarına dayandırılmıştır.

Atlanta Operasyonu'nun, AB'nin Akdeniz ve Kuzey Atlantik dışındaki ilk çok uluslu operasyonu ve Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası çatısı altındaki ilk deniz operasyonu olduğunun altı çizilmiştir<sup>54</sup>. Söz konusu görev gücü, başlangıç olarak altı savaş gemisi ve destek gemileri ile beraber, Aralık 2008 de bölgede konuşlanmıştır<sup>55</sup>.

Atlanta Operasyonu'nun süresi, Avrupa Konseyi'nin 8 Aralık 2009 tarihli kararıyla<sup>56</sup>, 12 Aralık 2010'a kadar uzatılmıştır. Operasyon'un süresi, son olarak, Avrupa Konseyi'nin 7 Aralık 2010 tarihli kararı<sup>57</sup> ile 12 Aralık 2012'ye kadar uzatılmıştır.

### **B) NATO Operasyonları:**

NATO'da söz konusu Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde bölgede deniz haydutluğu fiillerine karşı çeşitli operasyonlar icra etmiştir. Bunlardan

<sup>53</sup> Karar metni için bkz: Council Decision 2008/918/CFSP of 8 December 2008, Official Journal of European Union, L 330/19–20.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0019:0020:EN:PDF> (21.12.2010)

<sup>54</sup> WEITZ Richard, Countering the Somali Pirates: Harmonizing the International Response, *Journal of Strategic Security*, Vol: 2, No: 4, 2009, s. 5.

<sup>55</sup> KING, s. 58

<sup>56</sup> Karar metni için bkz: Council Decision 2009/907/CFSP of 8 December 2009, Official Journal of the European Union, 9.12.2009, L 322/27,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:322:0027:0027:EN:PDF> (21.12.2010)

<sup>57</sup> Karar metni için bkz: Council Decision 2010/766/CFSP of 7 December 2010, Official Journal of the European Union, 11.12.2010, L 327/49–50,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:327:0049:0050:EN:PDF> (21.12.2010)

ilki Tedarikçi Müttefik Operasyonu'dur<sup>58</sup>. Söz konusu Operasyon, BM Genel Sekreteri'nin ricası ile Güvenlik Konseyi'nin 1814, 1816 ve 1838 sayılı kararlarını desteklemek üzere Ekim–Aralık 2008 tarihleri arasında icra edilmiştir<sup>59</sup>. Bu operasyon ile ilk defa NATO bayraklı bir gücün Aden Körfezi'nde konuşlandığı bildirilmiştir<sup>60</sup>. Müttefikler bu operasyonda, Dünya Gıda Programı gemilerini korumak ve daha genel olarak Somali sularında karakol harekâtı icra etmekle görevliyidiler<sup>61</sup>. Bu bağlamda görev, Somali sahili açıklarında deniz harekâtı icra ederek, Dünya Gıda Programının insani yardım yapma görevini yerine getirmesini sağlamak ve bölgede deniz haydutluğu faaliyetlerine karşı savunma yapmak, caydırmak ve önlemektir<sup>62</sup>. Operasyon ile bölgedeki ticari deniz rotalarının ve uluslararası seyrüseferin güvenliğinin artırıldığı belirtilmiştir<sup>63</sup>. Tedarikçi Müttefik Operasyonu, AB'nin Atalanta Operasyonu'nun harekâta başladığının açıklanması ile 12 Aralık 2008 tarihinde sona erdirilmiştir<sup>64</sup>.

Somali sahili ve açıklarındaki deniz haydutluğu filleri ile mücadele etmek amacıyla icra edilen bir diğer NATO operasyonu, Koruyucu Müttefik Operasyonu'dur<sup>65</sup>. 24 Mart ile 29 Haziran 2009 tarihleri arasında icra edilen söz konusu operasyon da tıpkı önceki NATO operasyonu gibi Aden Körfezi'ndeki deniz haydutluğu faaliyetlerine karşı savunma yapmak, caydırmak ve önlemeye destek olmak amacını taşımaktaydı<sup>66</sup>. Operasyon, AB'nin Atalanta Operasyonu'nu ile paralel olarak icra edilmiştir<sup>67</sup>.

NATO'nun bölgedeki deniz haydutluğu faaliyetleri ile mücadelesi, Okyanus Kalkanı Operasyonu<sup>68</sup> ile devam ettirilmiştir. NATO tarafından icra edilen önceki operasyonların üzerine tesis edilen söz konusu Operasyon, temel olarak denizde deniz haydutluğu ile mücadele üzerine odaklıdır<sup>69</sup>. Bunun

---

<sup>58</sup> Operation Allied Provider.

<sup>59</sup> [http://www.manp.nato.int/operations/allied\\_provider/background.html](http://www.manp.nato.int/operations/allied_provider/background.html) (21.12.2010).

<sup>60</sup> [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> [http://www.manp.nato.int/operations/allied\\_provider/background.html](http://www.manp.nato.int/operations/allied_provider/background.html) (21.12.2010).

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Operation Allied Protector.

<sup>66</sup> [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<sup>67</sup> WEITZ, s. 5; FINK–GALVIN, s. 385.

<sup>68</sup> Operation Ocean Shield.

<sup>69</sup> [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

yanında, bölge devletlerinin deniz haydutluğu ile mücadele yeteneklerinin geliştirilmesine de destek olduğu bildirilmiştir<sup>70</sup>. NATO Konseyi tarafından 17 Ağustos 2009'da onaylanan operasyonun süresi, 2012 sonuna kadar uzatılmıştır<sup>71</sup>.

Görüldüğü gibi söz konusu NATO operasyonlarının hedefi, bölgedeki deniz haydutluğu fiilleri ile mücadele etmek suretiyle Dünya Gıda Programı gemilerini korumak ve uluslararası seyrüseferi emniyet altına almaktır. Somali karasuları içinde icra edilen harekâtın hukuki dayanağı da yukarıda belirtilen Güvenlik Konseyi kararlarıdır. (özellikle 1816 sayılı karar)

### **C) ABD Liderliğindeki Birleşik Görev Güçleri:**

CTF-150<sup>72</sup>, 11 Eylül saldırılarından sonra Afganistan'a karşı yürütülen Kalıcı Özgürlük Operasyonu'nun<sup>73</sup> başlaması ile Aden Körfezi, Oman Körfezi, Arap Denizi, Kızıldeniz ve Hint Okyanusu'nda deniz güvenliği harekâtı icra etmek üzere oluşturulmuştur<sup>74</sup>. Bu çok uluslu görev gücü muhtelif ABD savaş gemileri ile Pakistan, Almanya, Hollanda, İngiltere ve Avustralya savaş gemilerinden oluşmuştur<sup>75</sup>. Görev alanına Somali sahilleri de dahil olan CTF-150'nin, ilk başta deniz haydutluğuna karşı hareket etme niyeti bulunmuyorsa da kendisine bağlı deniz unsurları bazı deniz haydutluğu vakaları ile karşılaşmış ve çeşitli tedbirler almıştır<sup>76</sup>. Bu bağlamda, CTF-150'nin öncelikli sorumluluğunun teröre karşı savaşa destek olduğu ve deniz haydutluğunun öncelik listesinin altında yer aldığı ve fakat bazı gemilerin deniz haydudu saldırılarının caydırılmasına katıldığı belirtilmiştir<sup>77</sup>. Söz konusu Görev Gücü, Ağustos 2008'de Aden Körfezi'nde oluşturulan deniz güvenliği karakol bölgesinde, ticaret gemilerine eskort harekâtı icra etmiştir<sup>78</sup>.

CTF-151 ise ABD Donanma Komutanlığı tarafından Ocak 2009'da oluşturulmuştur. CTF-151 Aden Körfezi, Arap Denizi, Hint Okyanusu,

<sup>70</sup> <http://www.nato.int/shape/news/2009/08/090825a.html> (24.12.2010).

<sup>71</sup> [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<sup>72</sup> Combined Task Force. (Birleşik Görev Gücü).

<sup>73</sup> Operation Enduring Freedom.

<sup>74</sup> [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<sup>75</sup> KING, s. 60.

<sup>76</sup> Bkz: FINK-GALVIN, s. 382-383.

<sup>77</sup> MIDDLETON, s. 8.

<sup>78</sup> WEITZ, s. 6.

Kızıldeniz’de ve çevresinde deniz haydutluğu ile mücadele bağlamında harekât icra eden çok uluslu bir görev gücüdür ve denizde kamu düzenini ve güvenliği sağlamak üzere kurulmuştur<sup>79</sup>. CTF–151, 2009 başlarında ABD, İngiltere, Hollanda ve Türkiye’ye bağlı altı savaş gemisi ile bölgede konuşlanmıştır<sup>80</sup>. CTF–151, CTF–150 ile aynı bölgede yetkili kılınmıştır; fakat CTF–150’nin aksine Kalıcı Özgürlük Operasyonu’nu desteklemek için değil öncelikli olarak deniz haydutları ile mücadeleye tahsis edilmiştir<sup>81</sup>. Görev gücüne bağlı savaş gemilerine, zanlıların alıkonulması ve Kenya adli makamlarına teslim edilmesi için gereken delilleri araştırmak üzere ABD Sahil Güvenliği’ne bağlı kolluk kuvveti personelleri yerleştirildiği ve bu bağlamda Ocak–Mart 2009 arasında 117 zanlının adli makamlara yargılanmak üzere teslim edildiği belirtilmiştir<sup>82</sup>. Bununla beraber, CTF–151’in harekâtında her ne kadar bazı başarılar elde edilmiş olsa da az sayıda gemiyle geniş bir alanda icra edilen karakol harekâtının zorlukları nedeniyle bölgede deniz haydutluğu faaliyetlerinin devam ettiği belirtilmiştir<sup>83</sup>.

Somali sahillerindeki deniz haydutluğu faaliyetleri ile mücadele bağlamında, tüm bu çok uluslu güçlere ilaveten, çeşitli devletlere mensup savaş gemilerinin, Güvenlik Konseyi’nin yukarıda belirtilen 1772 sayılı kararı çerçevesinde Dünya Gıda Programı gemilerine eskort görevi icra ettikleri görülmektedir<sup>84</sup>. Yine, uluslararası toplumun Somali sahillerindeki deniz haydutluğu faaliyetleri ile mücadeledeki bir diğer girişimi, Güvenlik Konseyi’nin yukarıda belirtilen 1851 sayılı kararının sonucu olarak kurulan BM’nin Somali sahili açıklarındaki deniz haydutluğu hakkındaki Kontak Grubu’nun faaliyetleridir<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> <http://www.cusnc.navy.mil/articles/2009/004.html> (21.12.2010).

<sup>80</sup> KING, s. 61.

<sup>81</sup> WEITZ, s. 6–7.

<sup>82</sup> FINK–GALVIN, s. 386.

<sup>83</sup> KING, s. 61.

<sup>84</sup> Bkz: FINK–GALVIN, s. 383

<sup>85</sup> Bkz: KING, s. 61–62; WEITZ, s. 5–6.

#### **4) Türkiye'nin Deniz Haydutluğu ile Mücadeleye Katkısı ve Hukuki Dayanakları:**

##### **A) Türkiye'nin Deniz Haydutluğu ile Mücadeleye Katkısının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Dayanakları:**

Türkiye'nin bölgeye savaş gemisi göndererek katkıda bulunduğu deniz haydutluğu ile mücadelenin uluslararası hukuk açısından dayanakları, tıpkı diğer çok uluslu güçler gibi Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin yukarıda değinilen ilgili maddeleri ile yine yukarıda belirtilen Güvenlik Konseyi kararlarıdır.

Fakat, söz konusu Güvenlik Konseyi kararları, Türk Hukuku açısından tek başına bölgeye savaş gemisi gönderilmesi için yetmemektedir. Bunun için Türk Hukuku açısından da bazı işlemlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten de Anayasa'nın 92. Maddesine göre:

“Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.”

Görüldüğü gibi Türk Hukuku bakımında Türk Silahlı Kuvvetleri unsurlarının yabancı ülkelere gönderilmesi için TBMM kararına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>86</sup>. Bu bağlamda, 10 Şubat 2009 tarihinde, “Türk Silahlı Kuvvetleri Deniz Unsurlarının; Korsanlık/Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Eylemleriyle Mücadele Amacıyla Yürütülen Uluslararası Çabalara Destek Vermek Üzere, Gereği, Kapsamı, Zamanı ve Süresi Hükümetçe Belirlenecek Şekilde Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir Bölgelerde Görevlendirilmesi ve Bununla İlgili Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca Hükümete Bir Yıl Süreyle İzin Verilmesine Dair Başba-

<sup>86</sup> Anayasa'nın 92. maddesi hakkındaki değerlendirmeler için bkz: ULUŞAHİN Nur, Savaş Hali İlânı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1990 Tarihli Kararı, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara, 2003, s. 1039-1065.

kanlık Tezkeresi (3/682)<sup>87</sup> TBMM Genel Kurulu'na sunulmuştur. Söz konusu Tezkerede, Aden Körfezi, Somali karasuları ve açıkları, Arap Denizi ve mücavir bölgelerde seyreden ticari gemilere yönelik korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemlerine, Güvenlik Konseyi'nin bu konuda aldığı ve yukarıda belirtilen kararlara ve bu bağlamda deniz haydutluğu ile ilgili genel uluslararası hukuk kurallarına ve çok uluslu güçlerin deniz haydutluğu ile mücadelesine değinilmiş ve TBMM'ye, Hükümete, deniz unsurlarının bölgeye gönderilmesi için Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle izin verilmesi hususu arz edilmiştir.

Söz konusu oturumda, sunulan tezkereye ilişkin görüşme yapılmış ve çeşitli siyasi parti temsilcileri görüşlerini açıklamıştır<sup>88</sup>. Söz konusu açıklamalar genelde Somali olayları hakkındaki genel tespitler ve hükümet ve uluslararası siyasete ilişkin genel değerlendirmeler içermektedir. Fakat, aynı zamanda uluslararası hukuk profesörü olan, Balıkesir Milletvekili *Hüseyin Pazarcı*, sunulan tezkerede korsanlık ifadesinin kullanılmasını eleştirmiştir. *Pazarcı*, korsanlık ve deniz haydutluğu eylemlerinin farklı olduğunu, bu iki terimin bir arada kullanılmasının uluslararası düzeyde karışıklık yaratacağını, Güvenlik Konseyi kararlarında sadece ve sadece deniz haydutluğu teriminin kullanıldığını ve dolayısıyla sunulan tezkerenin Güvenlik Konseyi kararlarının verdiği yetkiyi aştığı değerlendirmesinde bulunmuş ve bunun düzeltilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bunun üzerine, Milli Savunma Bakanı ve İzmir Milletvekili *Vecdi Gönül* söz almış ve *Pazarcı*'ya katıldığını, yalnız, Somali'de yapılan işlerin her zaman hukuki bir temele oturmadığı için herhangi bir boşluk olmaması ve silahlı kuvvetlerin daha geniş bir yetkiyle gönderilmesi için bu ifadelerin kullanıldığını belirtmiştir. Bununla beraber kanımızca, *Pazarcı*'nın tespiti haklıdır ve korsanlık müessesesi, artık uluslararası hukuk tarihinin konusunu oluşturmaktadır<sup>89</sup>. Bu nedenle tezkerede korsanlık teriminin kullanıl-

<sup>87</sup> Tezkerede metni için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil3/bas/b055m.htm> (01.12.2010).

<sup>88</sup> Tartışmalar için bkz: Ibid.

<sup>89</sup> Korsanlık (corsair, privateering) ve deniz haydutluğu (piracy), hukuki açıdan farklı müesseselerdir. Bu iki müessese arasındaki fark *MERAY* tarafından son derece veciz bir şekilde açıklanmıştır:

*“Korsanlık, harpte, özel kişilere ait bir geminin, harbe taraf olan Devletinden müsaade belgesi (lettres de margue, commission en course) alarak, diğer muharip Devlete karşı harp hareketlerine katılması ve bu hareketlerinde harp hukuku kurallarına bağlı olmasıdır. Korsan gemi, özel bir gemi olması ve özel kişilerin idaresinde bulunmasıyla harp gemilerinden; muharip Devletin resmi müsaade belgesiyle harp hareketlerine katılmasıyla da deniz haydutundan ayrılır. Korsan, bu hizmetlerine karşılık, belgesini taşıdığı Devletten bir ücret alma*

maması doğru olurdu. Bu durumda, Somali’de gerçekleşen eylemler deniz haydutluğu teşkil ettiği için verilen yetkide de bir boşluk söz konusu olmazdı. Ancak tezkerede, Güvenlik Konseyi kararlarında olduğu gibi silahlı soygun teriminin kullanılması yerinde olmuştur.

Yapılan görüşmelerden sonra, TBMM tarafından kapsamı, zamanı ve süresi Hükümetçe belirlenecek şekilde, Aden Körfezi, Somali karasuları ve açıkları, Arap Denizi ve mücavir bölgelerde görevlendirilmesi ve bununla ilgili gerekli düzenlemelerin Hükümet tarafından belirlenecek esaslara göre yapılması için Anayasa’nın 92’nci maddesi uyarınca Hükümete bir yıl süreyle izin verilmesi, 934 sayılı karar ile kabul edilmiştir<sup>90</sup>. Söz konusu kararda, korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun ile mücadele çabalarının uluslararası hukuk açısından çerçevesinin, bu konuda teamül niteliğini almış uluslararası hukuk kuralları ile 1988 tarihli SUA Sözleşmesi başta olmak üzere ilgili uluslararası sözleşmeler ve BM Güvenlik Konseyi’nin ilgili kararları tarafından oluşturulduğu tespiti yapılmıştır. Yine kararda, Güvenlik Konseyi’nin yukarıda belirtilen 1816, 1838, 1844, 1846 ve 1851 sayılı kararları açıkça zikredilerek, dayanak olarak alınmıştır. Kararda yer alan bir diğer önemli husus, 1846 sayılı kararın 10. maddesi çerçevesinde Somali karasularına girebilmek

*yerine, ele geçirdiği ganimetten büyük bir hisse ile yetinirdi. Böyle bir geminin kaptanı ve gemi adamları, ele geçirildikleri zaman, haksız fiil işlememiş olmak şartıyla, harp esiri sayılırdı. Bu anlamda korsanlık 16 Nisan 1856 da Osmanlı Devleti de dahil, Paris kongresine katılan Devletlerce kabul edilen beyanname ile yasaklanmıştır. Bu tarihten sonra da, Devletler arasındaki savaşlarda, genel olarak, korsan gemi kullanılmamış ve korsanlık, Amerikan Ayrılık Harbi dışında görülmemiştir.*

*Korsanlıktan farklı olarak, Devletler hukukunda deniz haydutluğu kavramının özelliği vardır. Genel olarak, Türkçemizde kullanılan deniz haydutluğu deyimi, aynı zamanda en kısa ve en iyi tanımlı vermektedir. Deniz haydutluğu, Devletler hukukuna göre, özel kişilere ait gemilerle özel kişilerin, harp ya da barış zamanında, açık denizde gemilere, bu gemilerdeki insanlara ya da yüke karşı bir devlet yararına değil, kendi çıkarları için yaptıkları haydutluk fiilleridir. Deniz haydutluğu terimi gemiyi ele geçirmeyi, batırmayı, gemiye zarar vermeyi, gemi adamlarını ve yolcuları öldürmeyi ve yaralamayı, kaçırmayı, köle etmeyi, yüke el koymayı, yükü tahrip etmeyi, her çeşit zarar vermeyi kapsamaktadır...”* MERAY Seha L., Bazı Türk Andlaşmalarına Göre Korsanlık ve Deniz Haydutluğunun Yasaklanması, *AÜSBFD*, Cilt: 18, Sayı: 3, 1963, s. 106–107’den naklen. Korsanlıkla ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz: COLOMBOS, s. 513–516. Korsanlık ve deniz haydutluğu kavramlarına ilişkin değerlendirmeler ve tarihi gelişim için ayrıca bkz: TOPAL, s. 101–109. Görüldüğü gibi 1856’da yasaklanana kadar meşru bir savaş şekli olan korsanlık, tarih boyunca devletlerin, birbirleriyle yaptıkları savaşlarda oldukça revaç görmüştür. Osmanlı da giriştiği Akdeniz hakimiyeti mücadelesinde korsanlardan geniş ölçüde yararlanmıştı. Müslüman ve Hıristiyanların Akdeniz’deki korsanlık faaliyetleri için bkz: Meray, ‘Bazı Türk Andlaşmalarına Göre’, s. 128–137; ARI Bülent, Akdeniz’de Korsanlık ve Osmanlı Deniz Hukuku, *Türkler ve Deniz*, KUMRULAR Özlem (ed.), Kitap Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 270–281.

<sup>90</sup> Karar metni için bkz: RG, 13 Şubat 2009, 27140.

için, Somali Geçici Federal Hükümeti'nden alınan izne ilişkindir. Buna göre Türk Hükümeti, Somali Geçici Federal Hükümeti'nin rızasını almak için gerekli başvuruyu 9.1.2009 tarihinde New York'da yapmış ve gerekli izin, BM Genel Sekreteri de bilgilendirilmek suretiyle 13.1.2009 tarihinde alınmıştır.

Kararda, bölgeye gönderilecek Türk Silahlı Kuvvetleri deniz unsurlarının, kararda zikredilen uluslararası hukuk kuralları, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde Aden Körfezi, Somali karasuları ve açıkları, Arap Denizi ve mücavir bölgelerde şu görevleri icra edecekleri belirtilmiştir:

- Keşif ve Karakol görevleri
- Korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun yaptığından şüphe duyulan ticaret gemilerini telsizle sorgulamak, bayrak devletinin rızası halinde bu gemilere çıkmak, geminin bayraksız olması durumunda uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde müdahalede bulunmak.
- Ticaret gemilerine refakat ve koruma sağlamak.
- Korsan/deniz haydutları ve silahlı soygun icra eden kişilerin saldırısına uğrayan ticaret gemilerine yardım etmek.
- Korsan/deniz haydutları ve silahlı soygun icra eden kişilerin kullandıkları deniz araçlarına müdahale etmek, durdurmak, etkisiz hale getirmek ve el koymak, bu amaçla şartların gerektirdiği ölçüde güç kullanmak.
- Bu deniz araçlarında bulunan korsan/deniz haydutları ve silahlı soygun icra eden kişileri gerektiğinde yakalamak ve gözaltına almak.
- 1851 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı hükümlerine uygun olarak, korsan/deniz haydutları ve silahlı soygun icra eden kişiler hakkında adli işlem yapacak ülkelerle gerekli düzenleme ve anlaşmalar yapılması halinde, adli takibatı yürütmek üzere, söz konusu ülke yetkililerini gemiye kabul etmek.
- Yukarıda belirtilen anlaşma/düzenlemeler çerçevesinde, korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun faillerini, ilgili ülkeye teslim edilene kadar gemide gözaltında tutmak.
- Korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun faillerini, Türk vatandaşı olmaları durumu hariç, haklarında cezai işlem yapacak devlet makamlarına teslim etmek.



- Gereken hallerde, sorgulama, delil toplama da dahil her türlü adli kolluk işlemlerini yapmak.

Söz konusu görevlerin icrasından, verilecek talimatlar çerçevesinde, gemi komutanı sorumlu olacaktır.

Ancak bölgede konuşlandırılacak Türk Silahlı Kuvvetleri deniz unsurları, Somali toprakları üzerinde, korsan/deniz haydutları ve silahlı soygun icra eden kişilere yönelik herhangi bir kara operasyonunda görevlendirilmeyecektir. Görüldüğü gibi her ne kadar 1851 sayılı karar, devletlere kara operasyonu yetkisi verse de Türkiye sadece deniz operasyonu yapmayı tercih etmiştir. Bu bağlamda, TBMM'nin verdiği yetki de sadece deniz harekâtına hasredilmiştir.

Görüldüğü gibi 934 sayılı kararda verilen yetkinin süresi 1 yıldır. Söz konusu sürenin bitiminden hemen önce, 2.2.2010 tarihinde, "Türk Silahlı Kuvvetleri Deniz Unsurlarının; Korsanlık/Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Eylemleriyle Mücadele Amacıyla Yürütülen Uluslararası Çabalara Destek Vermek Üzere, Gereği, Kapsamı, Zamanı ve Süresi Hükümetçe Belirlenecek Şekilde Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir Bölgelerde Görevlendirilmesi ve Bununla İlgili Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin Türkiye Büyük Millet Meclisinin 10/2/2009 Tarihli ve 934 Sayılı Kararı ile Hükümete Verilen İzin Süresinin Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca 10/2/2010 Tarihinden İtibaren Bir Yıl Uzatılmasına Dair Başbakanlık Tezkeresi (3/1073)"<sup>91</sup> TBMM Genel Kurulu'na sunulmuştur.

Söz konusu tezkerede, TBMM'nin 934 sayılı kararla verdiği izin çerçevesinde Türk Silahlı Kuvvetleri deniz unsurlarının söz konusu bölgelerde konuşlandırılması suretiyle, bölgede seyreden Türk Bayraklı ve Türkiye bağlantılı ticari gemilerin emniyetinin etkin şekilde muhafazasının ve uluslararası toplumca yürütülen korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemleriyle müşterek mücadele harekâtına aktif katılımında bulunulmasının sağlandığı ve Türkiye'nin BM sistemi içinde ve bölgesel ölçekte oynadığı rolün ve görünürliğünün pekiştirilmesinin temin edildiği belirtilmiştir. Ayrıca, 934 sayılı kararla verilen yetkinin süresinin 10/2/2010 tarihinde sona ereceği ve Güvenlik Konseyi'nin söz konusu bölgede deniz haydutluğu fiilleri ile mücadeleye cevaz veren 1846 sayılı kararının süresinin 1897 sayılı kararla bir yıl süreyle

<sup>91</sup> Tezkeresi metni için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil4/ham/b05501h.htm> (01.12.2010).

yenilendiği belirtilerek, TBMM'ye, 934 sayılı kararla Hükümete verdiği bir yıllık izin süresinin, söz konusu kararda belirlenen ilke ve esaslar dahilinde 10/2/2010 tarihinden itibaren Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca bir yıl uzatılması hususu arz edilmiştir.

Tezkerenin görüşüldüğü oturum çok tartışmalı geçmiş ve fakat tartışmalar hukuki düzlemde ziyade genellikle hükümetin askeri güç gönderme politik tercihine ve tezkere dışı günlük siyasi meselelere ilişkin olarak yürütülmüştür<sup>92</sup>. Bununla beraber, hukuken önem arz eden tartışma, süre uzatımına ilişkin tezkere metninde geçen, "Hint Okyanusu" ibaresidir. İlk tezkerede bu ifade yoktur. Bu bağlamda İzmir Milletvekili *Kamil Erdal Sipahi*, bu durumu eleştirmiş ve Hint Okyanusu'nun Arap Denizi'nin mücavir alanı olamayacak kadar geniş olduğunu belirtmiş ve tezkeredeki "Hint Okyanusu" ibaresinin çıkartılması isteğini dile getirmiştir. Milli Savunma Bakanı ve İzmir Milletvekili *Vecdi Gönül* ise Hint Okyanusu'nun Güvenlik Konseyi'nin 1897 sayılı kararında da yer aldığını, tezkerenin geçen senekiyle aynı olduğunu ve Hint Okyanusu'yla ilgili hususun, Dışişleri Bakanlığı ve Genelkurmay arasındaki mücavir alan yorumuyla sınırlı olarak belki devreye gireceğini belirtmiştir.

Hint Okyanusu ibaresi tezkerenin başlığında geçmemekte ve sadece tezkere metninde Güvenlik Konseyi kararları ile bağlantılı olarak geçmektedir. Bölgeye deniz kuvveti gönderme yetkisi 934 sayılı karar ile verildiği ve aşağıda belirtileceği gibi 956 sayılı karar halini alacak olan tezkere, sadece verilen yetkinin süresini uzatmak amacına matuf olduğu için, Türk Hukuku bakımından Türk Silahlı Kuvvetleri deniz unsurlarının Hint Okyanusu olarak belirlenen deniz alanında deniz haydutluğu ile mücadele yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalı hale gelecektir. Zira, 934 sayılı karar Hükümete verilen yetkinin uygulanacağı coğrafi alanı tarif etmiştir. Bu alan Aden Körfezi, Somali karasuları ve açıkları ile Arap Denizi ve mücavir bölgelerdir. Görüldüğü gibi Hint Okyanusu açıkça belirtilmemiştir. Bununla beraber, 934 sayılı kararda verilen yetkinin, Hint Okyanusu'nun bir kısmına, söz konusu kararda geçen Somali açıkları ve mücavir bölgeler ibareleri ile teşmil edilebileceği düşünülebilir. Bu anlamda yetkinin uygulanabileceği kısım, Afrika, Arabistan, Asya ve Okyanusya arasındaki deniz alanını kapsayan dünyanın üçüncü büyük okyanusu olan Hint Okyanusu'nun tamamı değil, sadece Somali açıkları ve mücavir bölgelerini teşkil eden alanlardır. Ancak Somali açıkları

---

<sup>92</sup> Tartışmalar için bkz: Ibid.

rı ve mücavir alan ibarelerinin muğlak ve kesinlik sağlamaktan uzak olduğu açıktır. Bu noktada, tezkere metninde Hint Okyanusu'nun bağlantılandırıldığı ve Milli Savunma Bakanı'nın da açıklamasında dayanak olarak aldığı, Güvenlik Konseyi'nin 1897 sayılı kararına başvurulabilir. Söz konusu kararda sadece “Batı Hint Okyanusu” ibaresi kullanılmıştır. Kanımızca, Somali açıkları ve mücavir bölgeler ibareleri ile Hükümete verilen yetkinin tüm Hint Okyanusu'nda değil, sadece Batı Hint Okyanusu'nda cari olduğu yorumu yapılabilir. Böylece hem dayanak olarak alınan 1897 sayılı kararın coğrafi değerlendirmesi ile paralellik sağlanmış olur hem de 934 sayılı karar ve 956 sayılı karar halini alacak olan tezkeredeki amaca uygun bir yorum yapılmış olur. Ayrıca kısmen dahi olsa yetkinin uygulanabileceği alan açısından bir kesinlik sağlanmış olur.

Uluslararası hukuk açısından ise yetki bağlamında gündeme gelen bir sorun yoktur; zira, Hint Okyanusu zaten büyük oranda açık deniz rejimine tabi olduğu için her devlet deniz haydutluğuna karşı tedbir alabilir.

Yapılan görüşmelerden sonra, TBMM tarafından “Türk Silahlı Kuvvetleri deniz unsurlarının; korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemleriyle mücadele amacıyla yürütülen uluslararası çabalara destek vermek üzere, gereği, kapsamı, zamanı ve süresi Hükümetçe belirlenecek şekilde Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir bölgelerde görevlendirilmesi ve bununla ilgili gerekli düzenlemelerin Hükümet tarafından belirlenecek esaslara göre yapılması için Türkiye Büyük Millet Meclisinin 10/2/2009 tarihli ve 934 sayılı kararı ile Hükümete verilen iznin süresinin Anayasa'nın 92'nci maddesi uyarınca 10/2/2010 tarihinden itibaren bir yıl uzatılması, 956 sayılı karar ile kabul edilmiştir<sup>93</sup>.

956 sayılı karar ile uzatılan yetkinin süresinin bitiminden hemen önce 7.2.2011 tarihinde, sürenin 1 yıl uzatılması hususunu içeren Başbakanlık Tezkeresi, TBMM Genel Kurulu'na arz edilmiş ve yapılan görüşmeden sonra “Türk Silahlı Kuvvetleri Deniz Unsurlarının; Korsanlık/Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Eylemleriyle Mücadele Amacıyla Yürütülen Uluslararası Çabalara Destek Vermek Üzere, Gereği, Kapsamı, Zamanı ve Süresi Hükümetçe Belirlenecek Şekilde Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir Bölgelerde Görevlendirilmesi ve Bununla İlgili Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin

<sup>93</sup> Karar metni için bkz: RG, 5 Şubat 2010, 27484.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin 10/2/2009 Tarihli ve 934 Sayılı Kararı ile Hükümete Verilen ve 2/2/2010 Tarihli ve 956 sayılı Kararıyla Bir Yıl Uzatılan İzin Süresinin Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca 10/2/2011 Tarihinden İtibaren Bir Yıl Uzatılmasına Dair 984 sayılı karar<sup>94</sup> TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

984 sayılı kararda da Hint Okyanusu ibaresi kullanılmıştır ve bu ibare açısından yukarıda 956 sayılı karar için yapılan tespitler geçerlidir. 984 sayılı karar, Somali'de gerçekleşen deniz haydutluğu fiilleriyle mücadele için Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca alınmış ve halihazırda yürütülen harekâta iç hukuk bakımından kaynaklık eden son karardır. Karar metninde, Güvenlik Konseyi'nin 1950 sayılı karar ile uluslararası toplumun bölgede gerçekleşen deniz haydutluğu fiilleri ile mücadeleye cevaz veren önceki Güvenlik Konseyi kararlarının süresini bir yıl uzattığı belirtilmiş ve dayanak olarak alınmıştır. Güvenlik Konseyi'nin süreyi tekrar uzatması halinde, TBMM'nin de Hükümete verilen yetkinin süresini uzatacağı açıktır.

### **B) Türkiye'nin Deniz Gücü Katkısı ve İcra Ettiği Harekât:**

Türkiye bölgedeki deniz haydutluğu fiilleri ile mücadeleye Güvenlik Konseyi'nin yukarıda belirtilen kararları ile yine yukarıda belirtilen Anayasa'nın 92. maddesi çerçevesinde alınan kararlara dayanarak, deniz kuvveti göndermek suretiyle katkıda bulunmuştur. Türkiye'nin söz konusu mücadele katkısı hem NATO hem de CTF-151 bünyesinde.

Türkiye'nin CTF-151 bünyesinde Aden Körfezi ve Somali açıklarında deniz haydutluğu fiilleri ile mücadele etmek amacıyla görev yapan Gabya Sınıfı Fırkateynleri ile görev süreleri şu şekildedir<sup>95</sup>:

TCG Giresun (F-491), 17 Şubat-17 Haziran 2009; TCG Gaziantep (F-490), 17 Haziran-6 Ekim 2009; TCG Gökova (F-496), 15 Ekim 2009-8 Şubat 2010; TCG Gemlik (F-492), 8 Şubat 2010-24 Nisan 2010; TCG Gökçeada (F-494) ise 5 Ağustos 2010-1 Aralık 2010 tarihleri arasında görev yapmıştır. CTF-151'in komutası, 3 Mayıs-15 Ağustos 2009 arasında tuğamiral rütbesindeki bir Türk subayı tarafından; 1 Eylül-1 Aralık 2010 arasında ise tümamiral rütbesindeki bir Türk subayı tarafından deruhte edilmiştir.

---

<sup>94</sup> Karar metni için bkz: RG, 10 Şubat 2011, 27842.

<sup>95</sup> [http://www.dzkk.tsk.tr/turkce/FAALIYETLER.php?strAnaFrame=duyurular/mucadele\\_faaliyetleri](http://www.dzkk.tsk.tr/turkce/FAALIYETLER.php?strAnaFrame=duyurular/mucadele_faaliyetleri) (25.12.2010)

Türkiye'nin NATO Daimi Görev Grubu-2 bünyesinde Aden Körfezi ve Somali açıklarında deniz haydutluğu fiilleri ile mücadele etmek amacıyla görev yapan Gabya Sınıfı Fırkateynleri ile görev süreleri de şu şekildedir<sup>96</sup>:

TCG Gediz (F-495), 21 Haziran-15 Ekim 2009; TCG Gelibolu (F-493) ise 5 Mart-5 Ağustos 2010 tarihleri arasında görev yapmıştır.

NATO ve CTF-151 bünyesinde görev yapan söz konusu Türk savaş gemileri tarafından, deniz haydutluğu ile mücadele bağlamında, bölgede, keşif-gözetleme ve karakol faaliyeti icra edilmiş, kargosu itibarıyla geçişleri hassasiyet arz eden gemilere yakın destek sağlanmış, bazı Türk tabiiyetindeki ticaret gemilerine Aden Körfezi'nde tesis edilen güvenli koridordan geçişleri süresince destek sağlanmış, deniz haydutlarına karşı boarding harekâtı icra edilmiş ve kimi zaman deniz haydudu teknelerine, SAT komandoları tarafından müdahale edilerek haydutlar etkisiz hale getirilmiştir.

### **SONUÇ:**

Somali ve açıklarındaki deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiilleri ile mücadele, Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde sürdürülmektedir. Söz konusu mücadelenin hukuki dayanakları örf ve adet niteliğindeki Deniz Hukuk Sözleşmesi düzenlemeleri ile Güvenlik Konseyi kararlarıdır. Güvenlik Konseyi kararları ile Sözleşme'de öngörülen deniz haydutluğuna ilişkin şartların Somali örneği açısından yumuşatılması, mücadeleyi kolaylaştırmıştır. Ancak kararlarda da ayrıca ve açıkça belirtildiği gibi bu durum, Somali örneğine hastır ve yeni bir örf ve adet hukuku kuralı oluşturur şekilde değerlendirilmemektedir.

Çok geniş bir alanda göreceli olarak az bir kuvvetle de olsa deniz haydutluğunun önlenmesi konusunda ilerleme kaydedilmiştir. Her ne kadar son Güvenlik Konseyi kararları bu konuya fazlaca vurgu yapsa da yakalanan ve gözaltına alınan deniz haydutlarının iade ve yargılanmasına yönelik daha somut tedbirlerin alınması, yapılan mücadele açısından çok faydalı olacaktır. Aslında Güvenlik Konseyi kararı ile deniz haydutluğu fiillerini yargılamakla görevli bir *ad hoc* mahkemenin kurulması mücadelenin etkinliği açısından çok daha yerinde bir çözümdür. Yine SUA Sözleşmeleri'ne daha fazla devletin taraf olması ve bunların örf ve adet olarak belirlenmesi hem silahlı soyguncular ile deniz haydutlarının yargılanmasındaki etkinliği sağlayacak hem de seyrüsefer emniyetini arttıracaktır.

<sup>96</sup> **Ibid.**

Yine Somali’de siyasi istikrarın sağlanması ve hukuk nizamını tesis edecek devlet otoritesinin teşekkülü, deniz haydutluğu ve silahlı soygun fillerini önemli ölçüde azaltacak, hatta ortadan kaldıracaktır. Böylece hem Somali anakarasında deniz haydutları ile mücadele etmek üzere etkin bir kolluk faaliyeti icra edilebilecek hem de ekonomik gelişme sonucu istihdam sağlanarak deniz haydutluğunu besleyen işsizlik ve fakirlik gibi etkenlerin ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.

Türkiye’nin söz konusu mücadeleye katkısı çok yerindedir. Bu katkının artarak sürdürülmesi gerekir. Böylece hem Türkiye’nin uluslararası toplumdaki itibarı arttırılmakta hem de etkin bir bölgesel güç olma yolunda önemli aşama kaydedilmektedir.

### **KAYNAKÇA**

#### **Kitap ve Makaleler:**

- ARI, Bülent, Akdeniz’de Korsanlık ve Osmanlı Deniz Hukuku, *Türkler ve Deniz*, KUMRULAR, Özlem (ed.), Kitap Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 265–318.
- AZUBUIKE, Lawrence, International Law Regime Against Piracy, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol: 15, 2009, s. 43–59.
- BANIELA, Santiago Iglesias, Piracy at Sea: Somalia an Area of Great Concern, *The Journal of Navigation*, Vol: 63, 2010, s. 191–206.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, Uluslararası Adalet Divanı’nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 2, 2006, s. 27–63.
- BERG, Jarret, You’re Gonna Need a Bigger Boat: Somali Piracy and the Erosion of Customary Piracy Suppression, *New England Law Review*, Vol: 44, 2009–2010, s. 343–385.
- BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- CASSESE, Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, Second Edition, Oxford, 2008.

- CHURCHILL, R.R.–LOWE, A.V., *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Manchester, 1983.
- COLOMBOS, John C, *The International Law of the Sea*, sixth revised edition, Longmans, London, 1968.
- DAVEY, Michael, A Pirate Looks at the Twenty–First Century: The Legal Status of Somali Pirates in an Age of Sovereign Seas and Human Rights, *Notre Dame Law Review*, Vol: 85, 2009–2010, s. 1197–1230.
- DUPUY, Rene Jean–VIGNES, Daniel (ed.), *A Handbook on the New Law of the Sea 1*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991.
- DUPUY, Rene Jean–VIGNES, Daniel (ed.), *A Handbook on the New Law of the Sea 2*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991.
- FINK, M. D.–GALVIN, R. J., Combating Pirates off the Coast of Somalia: Current Legal Challenges, *Netherlands International Law Review*, Vol: LVI, 2009, s. 367–395.
- GUILFOYLE, Douglas, Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Counter–Piracy Efforts, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol: 57, July 2008, s. 690–699.
- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2003.
- HOUGHTON, Matthew C., Walking the Plank: How United Nations Security Council Resolution 1816, While Progressive, Fails to Provide A Comprehensive Solution to Somalia Piracy, *Tulane Journal of Comparative & Internationa Law.*, Vol: 16, s. 253–286.
- KING Jr Michael G., *Modern Piracy and Regional Security Cooperation in the Maritime Domain: The Middle East and Southeast Asia*, Naval Postgraduate School Thesis, Monterey, California 2010.
- [http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2010/Mar/10Mar\\_King.pdf](http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2010/Mar/10Mar_King.pdf) (11.11.2010)
- LÜTEM, İlhan, *Deniz Hukukunda Gelişmeler: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı, Balkanoğlu Matbaacılık*, Ankara, 1959.

- MERAY, Seha L., Bazı Türk Andlaşmalarına Göre Korsanlık ve Deniz Haydutluğunun Yasaklanması, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3, 1963, s. 105–188.
- MERAY, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1968.
- MIDDLETON, Roger, Piracy in Somalia: Threatening Global Trade, Feeding Local Wars, *Chatham House Briefing Paper*, October, 2008.
- [http://www.chathamhouse.org.uk/files/12203\\_1008piracysomalia.pdf](http://www.chathamhouse.org.uk/files/12203_1008piracysomalia.pdf) (21.12.2010)
- NANDAN, Satya N.–ROSENNE, Shabtai–GRANDY, Neal R. (ed.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Vol: III, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1995.
- ÖZMAN, Aydoğan (çev.), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1984.
- SILVA, Mario, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol: 50, 2009–2010, s. 553–578.
- STERIO, Milena, Fighting Piracy in Somalia (and elsewhere): Why More is Needed, *Fordham International Law Journal*, Vol: 33, 2009–2010, s. 372–408.
- TOPAL, Ahmet Hamdi, Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 59, Sayı: 1, 2010, s. 99–130.
- TREVES, Tullio, Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia, *The European Journal of International Law*, Vol: 20, No: 2, 2009, s. 399–414.
- ULUŞAHİN, Nur, Savaş Hali İlanı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1990 Tarihli Kararı, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara, 2003, s. 1039–1065.
- WEITZ, Richard, Countering the Somali Pirates: Harmonizing the International Response, *Journal of Strategic Security*, Vol: 2, No: 4, 2009, ss. 1–11.
- ZOU, Keyuan, New Developments in the International Law of Piracy, *Chinese Journal of International Law*, Vol: 8, No: 2, 2009, s. 323–345.



**Güvenlik Konseyi Kararları:**

-<http://daccess-dds>

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/343/85/PDF/N0634385.pdf?OpenElement](http://ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/343/85/PDF/N0634385.pdf?OpenElement)  
(27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/485/62/PDF/N0748562.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/343/79/PDF/N0834379.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/361/77/PDF/N0836177.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/84/PDF/N0853884.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/611/31/PDF/N0861131.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/630/29/PDF/N0863029.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/655/01/PDF/N0865501.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/624/65/PDF/N0962465.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/331/39/PDF/N1033139.pdf?OpenElement> (27.10.2010).

-<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/649/02/PDF/N1064902.pdf?OpenElement> (20.12.2010).

**Resmi Gazete ve TBMM Tutanakları:**

RG, 31 Aralık 2009, 27449 (7. Mükerrer)

RG, 13 Şubat 2009, 27140.

RG, 5 Şubat 2010, 27484.

TBMM Kanunlar Dergisi, Cilt: 74, 1991.

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil3/bas/b055m.htm> (01.12.2010).

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil4/ham/b05501h.htm>  
(01.12.2010).

RG, 10 Şubat 2011, 27842.

### **AB Resmi Gazetesi:**

Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008, Official Journal of European Union, 12.11.2010, L 301/33–37.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0033:0037:EN:PDF> (21.12.2010)

Council Decision 2008/918/CFSP of 8 December 2008, Official Journal of European Union, L 330/19–20.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0019:0020:EN:PDF> (21.12.2010)

Council Decision 2009/907/CFSP of 8 December 2009, Official Journal of the European Union, 9.12.2009, L 322/27,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:322:0027:0027:EN:PDF> (21.12.2010)

Council Decision 2010/766/CFSP of 7 December 2010, Official Journal of the European Union, 11.12.2010, L 327/49–50,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:327:0049:0050:EN:PDF> (21.12.2010)

### **Uluslararası Yargı Kararları:**

Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, Series A.–No. 10 September 7th, 1927, The Case of the S.S. “Lotus”, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf) (3.11. 2010),

Dissenting Opinion by Mr. Moore, <http://www.icj-cij.org/pcij/>

## **Deniz Haydutluğu Fiillerine Karşı Yürütülen Mücadelenin Hukuki Dayanakları**

serie\_A/A\_10/30\_Lotus\_Opinion\_Moore\_pdf, (3. 11. 2010).

Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> (28.10.2010).

Seperate Opinion of President Guillaume, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> (28.10.2010).

### **Diğer İnternet Kaynakları:**

[http://www.nti.org/e\\_research/official\\_docs/inventory/pdfs/aptmaritime.pdf](http://www.nti.org/e_research/official_docs/inventory/pdfs/aptmaritime.pdf)  
(01.12.2010).

[http://www.manp.nato.int/operations/allied\\_provider/background.html](http://www.manp.nato.int/operations/allied_provider/background.html)  
(21.12.2010).

[http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

[http://www.manp.nato.int/operations/allied\\_provider/background.html](http://www.manp.nato.int/operations/allied_provider/background.html)  
(21.12.2010).

[http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

[http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<http://www.nato.int/shape/news/2009/08/090825a.html> (24.12.2010).

[http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

[http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm) (21.12.2010).

<http://www.cusnc.navy.mil/articles/2009/004.html> (21.12.2010).

[http://www.dzkk.tsk.tr/turkce/FAALIYETLER.php?strAnaFrame=duyurular/mucadele\\_faaliyetleri](http://www.dzkk.tsk.tr/turkce/FAALIYETLER.php?strAnaFrame=duyurular/mucadele_faaliyetleri) (25.12.2010)

### **Diğer:**

*Foreign Policy Bulletin*, March 2009.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol: XVII, United Nations, New York, 1984.

BOŞ

# HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

İsmail KÖKÜSARİ\*

## ÖZET

*Hak arama özgürlüğü, Anayasada iyi bir şekilde düzenlenmeli ve hakkın pratikte hayata geçmesini sağlayacak tedbirler alınmalıdır. Diğer hak ve özgürlükleri kapsayan ve koruyan bir hak olan hak arama özgürlüğü, etkili yollarla donatıldığı sürece bir anlam ifade eder.*

*2010 Anayasa değişikliği ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararları, Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararları, uyarma/kınama cezaları ile geçici 15. maddede belirtilen kişilerin işlemleri yargı denetimine açılmıştır. Ayrıca hak arama özgürlüğü ile ilgili olarak, bilgi edinme hakkı, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı ve kamu denetçisine başvurma hakkı gibi yenilikler yapılmıştır.*

*Bütün bunlara rağmen, hak arama özgürlüğünün önündeki normatif engellerin kaldırılması yeterli değildir. Bu hakkın kelimenin tam anlamıyla hayata geçirilmesi için, ekonomik, idari (bürokratik), adli ve sosyolojik birçok engelin kaldırılması gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hak arama özgürlüğü, yargı yolu kapalı işlemler, HSYK kararları, Anayasa değişikliği.*

## RIGHT TO LEGAL REMEDIES AND THE 2010 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

### ABSTRACT

*Right to legal remedies should be regulated in the Constitution and measures that will enable right to legal remedies to be actualized should be taken. Right to legal remedies that is protective and inclusive of other rights and freedoms makes a sense as long as it is equipped with effective remedies.*

*The Supreme Board of Judges And Prosecutors's (SBJP) decisions, Supreme Military Council's (SMC) decisions, admonition/penalty of censure and proceedings of people stated in temporary article 15 have been made available to judicial control by the Constitutional Amendment (2010). Also, reforms such as right to information, right*

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
kokusari@hotmail.com

*to personal data protection, right of individual communication to the Constitutional Court and right of apply to the Ombudsman that are relating to right to legal remedies have been regulated.*

*Howbeit, elimination of normative restraints before the right to legal remedies is not enough. To actualize this right in the strictest sense of the word, elimination of many restraints that are economic, administrative, judicial and sociologic is necessitated.*

**Key Words:** *Right to legal remedies, irremediable proceedings, The Supreme Board of Judges And Prosecutors's (SBJP) decisions, Constitutional Amendment.*

## GİRİŞ

Temel hak ve hürriyetler, modern demokrasilerde gittikçe artan bir öneme sahiptir. Bu çerçevede hak ve hürriyetler, daha etkin güvenceler ile hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Hatta temel hak ve hürriyetler iktidarların meşruluk kaynağı olarak görülmeye başlanmıştır.

Hak ve hürriyetleri temel sözleşmelerde ve anayasalarda düzenlemek, tek başına yeterince güvence sağlamamaktadır. Pratikte de bunların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunu sağlamanın yolları ise, hak arama yollarının sayısını artırmak, ulaşılmasını kolaylaştırmak ve etkinleştirmektir.

Hukukumuz açısından öncelikle Anayasa'daki "*hak arama özgürlüğü*" maddesini değiştirerek, bu özgürlüğü uluslararası düzenlemeler etrafında iyi bir şekilde yeniden ele almak gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bizim hukukumuzda pozitif olarak bile tam anlamıyla düzenlenememiş bir hakkın uygulamada gerçekleştirilmesini sağlamak çok daha zor olacaktır.

Bu çalışmada, hak arama özgürlüğünün kavramsal çerçevesi, nitelikleri, konusu, sınırları ayrıntılı bir şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Diğer yandan, güncelliğini halen koruyan 12 Eylül 2010 Anayasa değişiklikleriyle, hak arama özgürlüğü maddesinde (m.36) herhangi bir değişiklik olmasa da, gerek yeni bazı hak arama yollarının düzenlenmesi (bireysel başvuru, kişisel verilerin korunması, kamu denetçisine başvurma) gerekse yargı yolu kapalı bazı işlemlere karşı belirli oranda yargı yolunun açılmış olması, konuyu yeniden ele almayı gerektirmiştir.

## I. GENEL OLARAK HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

### A. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

“*Bizzat ihkakı hak yasağı*”nın karşısında, modern toplumlarda bireylerin hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesi halinde, belirli kurallara göre belirli yollarla ve belirli makamlara başvurularak ihlal ve ihlalin neticeleri ortadan kaldırılabilmektedir.<sup>1</sup> Kavramsal olarak hak arama hürriyeti, hem kişilerin bir hak arama yoluna başvurup başvurmadada özgür olmasını, hem de bir hakkı ihlal edildiğinde bu ihlalin telafi edilmesi için<sup>2</sup> başvurulabilecek yolları ifade eder.<sup>3</sup> Lâfzî olarak bakıldığında, “*hak arama özgürlüğü*” ifadesinin bir hakkı içerisinde barındırdığı görülmektedir. Fakat buradaki “hak” ifadesi, dar manada Anayasal hakları değil, geniş manada menfaat ve hakları ifade etmektedir.

1982 Anayasasının 36. maddesinde hak arama özgürlüğü, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. Maddede ifade edilen meşru vasıta ve yollar aslında yukarıda bahsetmiş olduğumuz bizzat ihkak-ı hakkın meşru olmadığını içermektedir.<sup>4</sup> Maddenin devamında yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olunduğunun belirtilmesi, doktrinde bazı yazarlarda<sup>5</sup> adil yargılanma hakkının da bu hakkın bir parçası olduğu kanaatini uyandırmıştır. Oysaki, adil yargılanma hakkı hak arama özgürlüğünün kullanılmasından; diğer bir deyişle hak arama yoluna başvurulmasından sonra ortaya çıkan bir başka haktır. Denilebilir ki, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün “etkililiğini” sağlamaya yarayan haklardanır. Bu yönüyle 1982 Anayasasının 36. maddesinin düzenlenişi de yanlıştır. Adil yargılanma hakkı bu haktan bağımsız bir başlık altında düzenlenmelidir. Aslında adil yargılanma hakkı olarak belirtilmese de Anayasa’da bu hakkı düzenleyen başka maddeler vardır (m. 38).

<sup>1</sup> Bkz. aynı yönde **Gül, Cengiz/Birtek, Fatih**, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, *Erciyes ÜHFD*, Sayı 1-2, C. II, Y. 2007, s. 6.

<sup>2</sup> **Mumcu, Ahmet/Küzeci, Elif**, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 255.

<sup>3</sup> Bkz. aynı yönde **Gül/Birtek**, s. 6.

<sup>4</sup> **Aydın, Mesut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *AÜSBFD*, Sayı 3, C. 61, Y. 2006, s. 4.

<sup>5</sup> **Çınar, Uğurcan Sevinç**, Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hayati Hazır), Konya 1998, s. 41-46.

Yine 36. maddede, hak arama hürriyeti “*sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada*” bulunmaktan ibaret görülmüştür. Oysa hak arama özgürlüğü sadece yargı mercileri önünde kullanılan bir hak olmadığı gibi<sup>6</sup>, sadece iddia ve savunma şeklinde de ortaya çıkmaz. İdari ve hatta bazen siyasi başvurular da (yasama meclislerine yapılan başvurular) bir hak arama yoludur.<sup>7</sup> Kısacası hak arama özgürlüğü, “adaleti bulma”, “hakkı olanı elde etme” ve “haksızlığı giderme” amacıyla yasama yürütme ve yargı organlarına başvuruyu güvence altına almaktadır.<sup>8</sup> Bu durumlarda iddia ve savunma kavramları yerine şikâyet, itiraz, yeniden inceleme gibi kavramlar kullanılabilir.

Anayasanın 40. maddesine göre “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*”. Maddeyle, hakkı ihlâl edilen kimse-ler yetkili makamlara başvurmadan önce bu makamlara başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu kadar dolaylı ifadede yine de iyi niyetle hareket edip idari mercilere başvuru hakkının tanındığını savunmak gerekmektedir. Netice olarak, 36. maddeyle bu madde (40) birlikte değerlendirildiğinde, hak arama özgürlüğünün idari başvuru yollarını da kapsadığını ileri sürmek gerekmektedir.<sup>9</sup> Çünkü hukuk devletlerinde düzenlemeler kötü de olsa, mümkün olduğu kadar özgürlükler lehine yorum yaparak amaca ulaşmak gerekmektedir.

<sup>6</sup> **Özgeçen, İzzet/Şahin, Cumhur**, “İddia ve Savunma Hakkı”, *Gazi ÜHFD*, Sayı 1-2, C. V, Y. 2001, s. 89. *Erem de*, bu hakkın sadece yargı mercileri ile sınırlandırılmasını eleştirmiş ve hatta sınırsız olabileceğini belirtmiştir (**Erem, Faruk**, “Anayasa ve Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, Y. 1963, s. 183).

<sup>7</sup> **Kaboğlu, İbrahim Ö.**, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınevi, İstanbul 1999, s. 95; **Armağan, Servet**, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, DİB Yayınları, Ankara 2001, s. 153-154; **Erdoğan, Mustafa**, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2007, s. 193; **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 184; **Gül/Birtek**, s. 7; **Çoban, Ali Rıza**, Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Doç. Dr. Erol Akı), İzmir 1995, s. 72; **Yıldırım, Ramazan**, Türk İdare Hukuku Açısından İdari Başvurular, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003, s. 78.

<sup>8</sup> **Akıncı, Müslüm**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 26

<sup>9</sup> Bkz. aynı yönde **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 184-185; **Erdoğan**, *İnsan Hakları*, s. 193. *Gül/Birtek*, Anayasanın 40. maddesinin hak arama özgürlüğü açısından daha geniş bir güvence sunduğunu ileri sürmüşlerdir (**Gül/Birtek**, s. 13).



Hak arama özgürlüğünün konusu, belirli hak arama yolları ve bu yollara başvurup başvurmama iradesidir. Doktrinde bazı yazlarlar,<sup>10</sup> hak arama hürriyetinin konusunun diğer hakları korumak olduğunu ileri sürmüşlerse de, kanaatimizce bu hakkın konusu değil amacıdır.

Hak arama özgürlüğünün sùjelerini de belirtmek gerekirse, öncelikle Anayasanın 36. maddesinde “*herkes*” ifadesinin kullanılması, bu hakkın sùjelerinin tüm vatandaşlar olduğunu göstermektedir. Ayrıca yabancılar da hak arama özgürlüğünden faydalanacaktır.<sup>11</sup> Ama bazı hak arama yolları açısından Anayasa bizzat karşılıklılık kaydını öngörmüştür (m. 74/1).<sup>12</sup>

Hak arama özgürlüğünün bazı kişi ve kurumlara ödev yükleyip yüklenmediğine de değinmek gerekmektedir. Bu kapsamda, devlete iki yönlü bir ödev yüklenmektedir. Hem dokunmama (olumsuz ödev) hem de hakkın gerçekleştirilmesi için hak arama yollarına ilişkin her türlü tedbiri alma (ekonomik, idari) tarzında olumlu (pozitif) bir ödev yüklenmektedir. İlginç olan şu ki, bazen devlet de hak arama özgürlüğünü kullanan bir sùje halinde olabilmektedir. Özellikle idarenin özel hukuk ilişkilerinde devlet dava açarak hak arama özgürlüğünü kullanmaktadır.

## **B. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE HUKUKİ BOYUTU**

### **1. Hak Arama Özgürlüğünün Diğer Haklara Nazaran Bir Araç Olup Olmadığı Sorunu**

Her ne kadar doktrinde hak arama özgürlüğü diğer hakların korunmasının bir aracı olarak görülmüşse de,<sup>13</sup> bu bakış açısı, hakkın bağımsız bir hak olma özelliğine halel getirmez.<sup>14</sup> Tabiidir ki, hak arama özgürlüğü niteliği iti-

---

<sup>10</sup> **Gül/Birtek**, s. 7.

<sup>11</sup> **Tanör, Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınevi, İstanbul 1994, s. 147. *Tanör*, bu hususu belirtirken bir de örnek vermiştir. Buna göre haklarında yürütülen cezai takibat nedeniyle Türkiye'ye gelip yargılanmak isteyen bazı siyasi mültecilerin ülkeye sokulmaması hak arama özgürlüğünü engelleyen bir durumdur (**Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 147).

<sup>12</sup> Maddeye göre “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*”.

<sup>13</sup> **Erdoğan**, *İnsan Hakları*, s. 191.

<sup>14</sup> **Çoban**, s. 36; **Gül/Birtek**, s. 7. Köy Kanununun Ek 3. maddesiyle, Köy İhtiyar Meclisinin salma miktarlarını belirleyen kararına karşı mahallin en büyük mülkü amirine başvuru yolu getirilmiş ve bu makamlarca verilen kararların ise kesin olduğu hükme bağlanmıştır. Madde-

barıyla diğer hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde, bu ihlali telafi etmek için başvurulacak yolları kapsar. Fakat bu durum hak arama özgürlüğünü ikincil (tali) bir konuma düşürmez. Aksi bir durumun kabulü hak arama özgürlüğünü, yargı yollarına başvurmak için gerekli dava şartlarından biri konumuna indirgemek olacaktır. Hatta hak ve özgürlükler bakımından iyi bir noktaya gelmemiş ülkeler açısından hak arama özgürlüğü ve yolları bazen amaç olmalıdır ki, hak arama özgürlüğü gelişsin ve araç olma konumuna yükselsin.<sup>15</sup>

Hem anayasada düzenlenmiş hem de düzenlenmemiş haklar açısından baktığımızda, hak arama yolları bir hakkın veya menfaatin ihlalinden sonra ortaya çıktığı gibi, bazen hak arama yoluna başvurulduktan sonra yeni hak arama yolları (dava açıldıktan sonra neticede verilen karara karşı kanun yoluna başvurmak gibi) öncekini takip etmektedir. Örneğin, bir kimse gayrimenkulüne verilen zarar neticesinde mülkiyet hakkı ihlal edildiği için dava yoluna başvurursa, hak arama özgürlüğü başka bir hakkın ihlalini takip eden bir hak olarak ortaya çıkmıştır. Sonrasında yapılan yargılamadaki mahkeme kararına karşı bu kimse kanun yoluna başvurursa, yeni bir hak arama yolu kullanılmış olmaktadır ki; bu durumda hak arama özgürlüğü birden çok hak arama yoluyla ihlalin telafisi şeklinde cereyan etmiştir. Bunun dışında, bazen de hak arama yolu bir hak ihlali daha gerçekleşmeden ihlali önlemek için bir tedbir olarak kullanılabilir. Örneğin, evlerinin çevresine yapılan fabrika atıklarından sağlık haklarının ihlal edileceği iddiasıyla idareye veya mahkemeye başvurularak fabrikanın faaliyete başlatılmaması veya faaliyetine son verilmesi

ye yönelik olarak Anayasa Mahkemesine yapılan anayasaya aykırılık iddiasında Mahkeme "maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanutlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir" şeklinde hak arama özgürlüğünü açıklamış ve neticede oybirliği ile iptal kararı vermiştir. (**Anayasa Mahkemesi**, 4.2.2010 tarihli ve 2008/112 E.- 2010/31 K. sayılı karar, Resmi Gazete, Sayı 27565, Tarih 28.04.2010; ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarında hak arama özgürlüğü konusunda geniş bir çalışma için bkz. **Aydın, M.**, s. 5 vd).

<sup>15</sup> Örneğin bazen hakkı ihlal edilen kimse, o kadar rencide olur ve alınır ki, sırf hakkını kullanmak ve kazanmak için hak arama yoluna başvurur. Bu gibi durumlarda hak arama amaç haline gelmektedir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, ÜDS sınavına giren İ, ÖSYM'den yazılı olarak sınav cevap kâğıdının tekrar incelenmesini istemiştir. ÖSYM, cevaben Ziraat Bankasındaki hesaplarına 5 lira yatırılırsa cevap verebileceklerini yazmıştır. İşte bu gibi durumlarda, kişiler sırf hak arama gayesiyle hareket etmezse uğraşmayıp işin peşini bırakacaktır. (bkz. **ÖSYM Sınav Hizmetleri Müdürlüğü**, 12.01.2011 tarihli tekrar inceleme başvurusuna verilen B.30.1.ÖSYM.0.46.00.00/499/01983 sayılı ve 26.01.2010 tarihli cevabı yazısı).

halinde ise, daha herhangi bir hak ihlali gerçekleşmeden hak arama özgürlüğü devreye girmiş olmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, hak arama özgürlüğünün diğer haklarla içi içe geçmiş bir hak olduğunu söyleyebiliriz.

## **2. Hak Arama Özgürlüğü Açısından Başvuru Yollarının Etkili Olması Sorunu**

Hak arama özgürlüğünün etkili bir yol olması hakkın bir unsuru değildir. AİHS'deki etkili başvuru hakkının AİHM tarafından yapılan içtihadî yorumlarından esinlenilerek hak arama yollarının etkin olması durumunda bir şey ifade edilebileceği söylenebilir. Fakat bu olması gerekeni ifade eden bir durumdur ve hak arama yollarıyla ilgilidir. Yoksa hak arama özgürlüğü ile ilgili değildir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, hukuk fakültesi öğrencilerinin girmiş oldukları sınavların sonuçlarına yaptıkları itiraz bir hak arama yoludur. Bu başvuru neticesinde idarenin sadece sınav notunda maddi hata olup olmadığını kontrol etmesi ve sınav kâğıdının esasına girmemesi, bu yolun tam etkili bir yol olmadığını göstermektedir. Eğer öğrenciler idarenin işleminden sonra dava yoluna başvururlarsa, yeni bir hak arama yoluna başvurmuş olacaktırlar. Neticede hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olmamakla birlikte her hak arama yolunun etkililiği değişebilmektedir.

Diğer taraftan, hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkını hak arama özgürlüğü ile birlikte düşündüğümüzde, hak arama yolunun etkili olup olmayacağı aslında “hukuki dinlenilme hakkı” ve “adil yargılanma hakkı” gibi diğer bazı haklarla ilgilidir.<sup>16</sup> O nedenle, hak arama özgürlüğü için tek başına etkili olması gerektiği savında bulunmak mümkün değildir. Bazı hak arama yolları etkili olmasa bile bunun nedeni uygulamadan kaynaklanan sorunlar olabilir. Yukarıdaki örneğe tekrar dönersek, sınav sonuçlarına karşı hem idari başvuru yolu hem de dava açma yolu yasaklanmışsa, bu durumda hak arama özgürlüğü daha en baştan akim kalmış demektir. Bu durumda Eylül 2010 değişikliğinden önce YAŞ ve HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması

<sup>16</sup> Özekes, hak arama özgürlüğü ile ilgili Anayasada geçen “davacı veya davalı olarak iddia ve savunma da bulunma” ifadesinin “hukuki korunma talebi (başvurusu)” ile bir bütün olduğunu belirtmiştir. Ayrıca hukuki dinlenilme hakkının hukuki korunma talebi ile hak arama özgürlüğünden daha sonraki aşamada ortaya çıktığını ileri sürmüştür (Özekes, **Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 52-53).

halinde olduğu gibi hak arama özgürlüğü doğrudan bir norm ile kısıtlanmıştır. Artık bu halde, hak arama yolunun etkililiğinden bahsetmek mümkün değildir. Hak arama yolunun öngörüldüğü hallerde de etkili bir yol olup olmadığı sorunu, hakkın ülke uygulamasında ne derecede gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilidir. Bu durum zaten tüm haklar için geçerli bir durumdur. Daha açık bir deyişle, hak ve özgürlüklerin sadece anayasalarda düzenlenmesi ve güvenceye bağlanması yeterli değildir, uygulamada da hakkın gerçekleştirilmesi gereklidir. Aksi halde sembolik bir anlam ifade eder.<sup>17</sup>

## **C. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KÖTÜYE KULLANMASI YASAĞI VE SINIRLANDIRILMASI**

### **1. Hak Arama Özgürlüğünü Kötüye Kullanma Yasağı**

Anayasanın 14. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kötüye kullanılamaz. Doktrinde tüm haklar için genel geçer olan bu maddenin hakların özünde yer alan kötüye kullanılması yasağının karşısında abesle iştiğal olduğu da haklı olarak savunulmuştur.<sup>18</sup> Maddeye göre “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*”.

Maddenin 2001 yılında değiştirilmesi ile önceki haline nazaran daha da somutlaştırılmış ve kötüye kullanmanın bir faaliyet biçiminde olmasına vurgu yapılmıştır.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Aşçıoğlu, Çetin, Hak Arama Özgürlüğü, Milliyet Gazetesi, 14.10. 1992, <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Arsiv/1992/10/14>, erişim 25.02.2011.

<sup>18</sup> **Gözler, Kemal**, Tük Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2010, s. 121. Tunç/Bilir/Yavuz, bu maddenin militan demokrasi anlayışına zemin hazırladığını ve devlet aygıtının da kendini böyle savunduğunu belirtmişlerdir (**Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Yavuz, Bülent**, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011, s. 119; bkz. aynı yönde **Yokuş, Sevtap**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 55).

<sup>19</sup> **Yokuş**, s. 166; bkz. aynı yönde **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 120; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 132; **Tunç/Bilir/Yavuz**, s. 118; **Mumcu/Küzeci**, s. 242.

Bu aşamada akla, hak arama özgürlüğünün nasıl kötüye kullanılacağı sorusu gelmektedir. Özellikle maddenin ifadesini göz önüne aldığımızda, kötüye kullanmanın salt bir hakkı çeşitli şekillerde kötüye kullanmak değil, “devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya” veya “cumhuriyeti ortadan kaldırmaya<sup>20</sup>” ya da “Anayasayla tanınan temel hakların yok edilmesine (veya belirtilenden daha fazla sınırlandırılmasına)” yönelik olması gerekmektedir. Maalesef doktrinde temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesi ve belirtilenden daha fazla sınırlandırılmasının ne anlama geldiğine pek değinen olmamıştır. Açıkçası, alelade bir kötüye kullanma Anayasanın 14. maddesindeki ifadeler ile uyuşmamaktadır. Örneğin, Yargıtay bir kararında, bir ildeki eczacılar odası başkanının bazı eczacılar ve ilaç plasiyerleri ile birlikte menfaat grubu oluşturdukları nedeniyle, ildeki bir doktora karşı Sağlık Bakanlığı’na asılsız şikâyetlerde bulunmasını, hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak görmüştür.<sup>21</sup> Örnekteki olayda hak arama özgürlüğü kullanılmakta ve asılsız iddialarla başka birisinin kişilik hakları zedelenmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırı dolayısıyla, hakkı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma ise, Anayasada belirtilenden daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğurmuş olmaktadır. Zira bir hak ancak Anayasa-daki ölçütlere göre sınırlandırılabilir.

## **2. Hak Arama Özgürlüğünün Sınırlandırılması**

Modern devletlerde temel hak ve özgürlükler sınırsız değildir. Temel hakların özünde var olan bu sınırlılığı, objektif sınır olarak da ifade edebiliriz.<sup>22</sup> Bunun dışında hak ve özgürlüklerin Anayasal sınırları vardır. Bir hakkın

<sup>20</sup> Burada insan haklarına dayanan, demokratik ve lâik sıfatı ile nitelendirilen cumhuriyet devlet şekli söz konusudur. Fakat kötüye kullanma yasağı sadece bu devlet şekline hasredilmemiştir. Böylece hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yoluyla cumhuriyetin bu niteliklerini ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyet de yapılamayacaktır. (bkz. bu niteliklerin ayrıntısına dair **Yokuş**, s. 167 vd).

<sup>21</sup> **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**, 22.03.2006 tarihli ve 2006/4-66 E. - 2006/99 K. sayılı karar. Kararın bir kısmında Yargıtay görüşünü şu şekilde somutlaştırmıştır: “*Şu durumda uyuşmazlığın çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır*”. (**HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası**, www.hukukturk.com, erişim 04.03.2011).

<sup>22</sup> **Hakyemez, Yusuf Şevki**, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *AÜSBFD*, Sayı 2, C. 57, Y. 2002, s. 22. Eşyanın tabiatından doğan bu objektif sınırı örnek olarak ifade hürriyetinin suç işlemeye kısırtılmayı da kapsamaması gösterilebilir (**Özbudun, Türk Anayasa Hukuku**, s. 113; **Kuzu, Burhan**, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 225).

“Anayasal sınırlardan” da öte sınırlanabilmesi için Anayasanın 13. maddesinde öngörülen belirli ölçütlere uymak gerekir. Bu sınırlama, Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerine uyularak yapılabilir. Olağan dönemlerde Anayasanın 13. maddesine göre sınırlandırma, hakkın özüne dokunmaksızın anayasada belirtilen özel sınırlandırma sebeplerine uygun olarak kanunla yapılır. Bu sınırlandırma Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine, laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasını bu ölçütlere göre incelemek gerekmektedir:

▪ *Kanunla sınırlandırma*, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa’da belirtilen sınırlarının dışında<sup>23</sup> iktidarlara karşı önemli bir güvencedir. Fakat bu güvencenin bir anlam ifade edebilmesi için kanunla sınırlandırma yapılırken, kanun hükümlerinin açık, net ve anlaşılır olması gerekmektedir.<sup>24</sup> Aksi taktirde, sınırlandırma keyfilik derecesine varabilir. Hak arama özgürlüğü de ancak kanunla sınırlandırılabilir. Diğer bir deyişle, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile (tüzük, yönetmelik gibi) bu hak sınırlandırılmaz.<sup>25</sup> Örneğin kanunda olmadığı halde bilgi edinme hakkının köyler bakımından uygulamayacağına yönetmelik ile belirtilmesi, “kanunla sınırlandırma” ölçütüne aykırıdır.<sup>26</sup> Netice olarak, diğer ölçütlere de uymak kaydıyla, hak arama özgürlüğüne kanunla sınır getirilebilecektir. Ayrıca bu hak, Anayasanın 91. maddesi gereğince olağan dönem KHK’lar ile de düzenlenemeyecektir. Çünkü bu KHK’lar ile sadece sosyal ve ekonomik haklar düzenlenebilir.<sup>27</sup> Olağanüstü dönemlerde Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerle bu hak sınırlandırılabilir. Fakat kanaatimizce böyle dönemlerde hak arama yollarına daha fazla ihtiyaç duyulacağı için böyle bir sınırlandırma hukuk devleti ilkesi açısından ihtiyatla karşılanacak bir durumdur.

<sup>23</sup> Anayasanın 13. maddesi gereğince, kural olarak hak ve özgürlükler kanunla sınırlanacaktır. Fakat bazen Anayasa da bizzat bazı hakları kanundan üstün bir norm olarak sınırlandırabilmektedir. Bu sınıra Anayasal sınır da denilmektedir. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşünün “silahsız ve saldırsız” olması bir Anayasal sınırdır. (Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 132; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 112).

<sup>24</sup> Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 96-99.

<sup>25</sup> Bkz. aynı yönde Tunç/Bilir/Yavuz, s. 113-114; Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınevi, Konya 2007, s. 118.

<sup>26</sup> Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesine göre “Bu Yönetmelik; merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlarının, köyler hariç olmak üzere mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile... uygulanır”.

<sup>27</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 124.

▪ *Hakkın özüne dokunmama*, ilgili hakkı sınırlandırmanın, o hakkı anlamsız kılacak dereceye varmamasıdır. Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir çizgi vardır ki, o çizgi aşıldığında hak neredeyse yok edilmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, hakkın varlığını ortadan kaldıracak derecede ağır ve özüne dokunan bir sınırlandırma bu ilkeye aykırı olacaktır.<sup>28</sup> Konumuz açısından bu kriter daha fazla önem arz etmektedir. Hak arama özgürlüğünün bazı hallerde Anayasa ile veya kanunlarla hiç tanınmadığına ya da yasaklandığına rastlamaktayız. Örneğin, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelere, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan yargılaması sonucunda verdiği kararlara, 2010 değişikliği öncesi YAŞ ve HSYK kararlarına karşı yargı yolları kapalıydı. Bu tip yargı denetiminin olmadığı hallerde, hak arama yolları tamamen kapalıdır. Netice olarak hak arama özgürlüğünü bir hak olarak uygulamada kullanmak mümkün olmamaktadır. Böyle durumlarda bu sınırlandırmalar Anayasal bir sınır olmasaydı, hak arama özgürlüğünün özüne dokunması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilirdi. Çünkü gerçekten de, bu tip durumlarda hak arama özgürlüğünün Anayasada tanınmasının ve güvence altına alınmasının hiçbir anlamı kalmamaktadır. Örneğin, son Anayasa değişikliği ile birlikte HSYK'nın sadece meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılması, somut durum açısından hakkın özüne aykırılığı ortadan kaldırmıştır. Fakat diğer idari cezalar açısından bu tartışılabilir.

Kuşkusuz, bazı kanunlarda<sup>29</sup> belirli bir ceza miktarının veya hükmedi-

<sup>28</sup> **Sağlam, Fazıl**, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s. 155-156. Bkz. aynı yönde **Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 115. **Gören**, ise öz kriterinin her farklı olayda farklı farklı değerlendirilmesi gerektiğini, baştan objektif (mutlak) bir “öz” anlayışının her hak için kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür (**Gören, Zafer**, Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s. 105-106). Ama kanaatimizce, daha baştan her hakkın özünün (sınır çizgisinin) nerede olduğunu tespit etmek mümkün olmasa da, bunun her hak için farklı oranda var olduğunu ve ancak somut olayda tespit edilebileceğini söylemek mümkündür (**Arslan, Zühtü**, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 153; **Kuzu**, s. 227; **Aydın, Nizamettin**, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, Ekin Yayınevi, Bursa 2008, s. 117. *Tanilli* de bunun bir değerlendirme sorunu olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin değerlendireceğini belirtmiştir, **Tanilli, Servet**, Devlet ve Demokrasi, Adam Yayınları, İstanbul 2001, s. 190; *Aksi görüşte olan Tunç/Bilir/Yavuz* ise hakkın özünün sabit olduğunu belirtmişlerdir, **Tunç/Bilir/Yavuz**, s. 115).

<sup>29</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesi tarafından da denetlenen ve Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğüne ve diğer maddelerine aykırılık tespit edilemeyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendindeki “*sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine... karşı istinaf yoluna başvurulamaz*” hükmü belirttiğimiz şekildedir. Ayrıca Mahkeme bu görüşünü şu şekilde belirtmiştir: “*Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve*

len tazminat miktarının altındaki yargı kararlarına karşı kanun yollarının kapatılması hakkın özüne dokunmamakla birlikte, bu özgürlüğü sınırlamaktadır.<sup>30</sup>

▪ *Anayasada belirtilen özel sınırlandırma sebeplerine uygun olarak sınırlandırma yapılması*, sınırlandırmanın ilgili hak ve özgürlüğün Anayasada düzenlendiği maddede belirtilen sınırlandırma sebeplerine uygun olarak yapılmasıdır. Anayasanın 36. maddesine baktığımızda hak arama özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlandırılacağı belirtilmediğini görüyoruz. Bu durumda hak arama özgürlüğü hiçbir nedenle sınırlandırılmayacak mıdır? Ayrıca Anayasada bu hak ve özgürlüğün sınırlandırma nedenleri olarak neler belirtilebilirdi? Mesela kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle bu hak sınırlandırılabilir mi? Doktrinde bazı yazarlar, Anayasanın 36. maddesinde özel sınırlandırma sebeplerine yer verilmediği için bu hakkın sınırlandırılmayacağı sonucuna varmışlardır.<sup>31</sup> Gerçekten de Anayasanın 13. maddesinin 2001 Anayasa değişikliği sonrasındaki düzenlemesine göre hareket edilirse, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmayacağı sonucuna varılabilir. Aslında temel haklar rejimi açısından genellikle her hakkın sınırının olduğu ve sınırlamanın da belirli ölçütlere dayanacağı kabul edilir. Ama hak arama özgürlüğü sınırlandırılmadığında daha önceki genel sınırlandırma sebeplerinden olan kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlık gibi değerleri ortadan kaldıracak veya önemli ölçüde bozacak bir durum ortaya çıkmayabilir mi?<sup>32</sup> Gözler'in uyarma ve kı-

---

*anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır". (Anayasa Mahkemesi, 23.7.2009 tarihli ve 2006/65 E.-2009/114 K. sayılı karar, Resmi Gazete, Tarih 07.10.2009, Sayı 27369, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2768&content=ölçülülük,erişim,05.03.2010](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2768&content=ölçülülük,erişim,05.03.2010)).*

<sup>30</sup> Hak arama yollarının bitmeksizin sürmesi mümkün değildir. Yani hak arama yollarının belirli bir aşamaya gelince bitmesi gerekmektedir. Bu durumu hak ve özgürlüklerin sınırlılığı (objektif sınır) ile açıklayabiliriz. (bkz. hak ve özgürlüklerin objektif sınırı ile **Hakymez**, "...Objektif Sınır Kavramı...", s. 22 vd).

<sup>31</sup> **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 125-126. Bazı yazarlar ise, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını değerlendirirken böyle bir sonuca varmışlardır (**Döner, Ayhan**, "Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek", *EÜHFĐ*, Sayı 1-2, C. XI, Y. 2007, s. 154, dn. 13; **Kaplan, Gürsel**, "Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engellenen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensipleri Açısından Değerlendirilmesi", *AÜEHFD*, Sayı 3-4, C. VII, Y. 2003, s. 319; **Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 120-121).

<sup>32</sup> Mesela olağanüstü hallerde olağanüstü hal valisi ve İçişleri Bakanı tarafından Olağanüstü Hal Kanununun verdiği yetkiler doğrultusunda yapılan işlemlere karşı yürütmenin durdu-



nama cezalarına yargı yolunun kapatılmasının haklı olduğu yönündeki görüşünün gerekçesine bakılırsa<sup>33</sup>, idarenin iç bütünlüğü bir sınırlandırma nedeni olabilir. Ayrıca Anayasanın 129. maddesinin gerekçesinde uyarma ve kınama cezalarının “özelliği”; 125. maddesinin gerekçesinde ise YAŞ kararlarının “özellik ve önemi” dikkate alınarak, yargı denetimi dışında tutulduğunun belirtilmesinin<sup>34</sup> altında da böyle bir sebep yatmaktadır. Bu temel sorunu aşmak için ya Anayasa değişikliği yapılarak özel sınırlandırma sebepleri eklenmeli ya da kanun koyucu hak arama özgürlüğünü sınırlarken çok dikkatli hareket etmelidir. Kanun koyucu ne kadar dikkat etse de yine de bu düzenleme sorumlu olmaya devam edecektir.<sup>35</sup>

Sonuç olarak gerek 2001 Anayasa değişikliği öncesinde gerekse Anayasa değişikliği yapıldıktan sonra, hak arama yolları kapalı olan işlemlerin Anayasaya aykırı bir hal aldığı görünmektedir. Bu nedenle Anayasanın bu maddesi değiştirilerek özel sınırlandırma sebepleri eklenmelidir.

▪ *Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun sınırlama*, bir yandan Anayasanın ilgili maddelerinin lafzına aykırı bir sınırlandırma olmamasını, diğer yandan Anayasanın genel sistematığına ve özüne uygun bir sınırlandırma olmasını ifade eder. Hak arama özgürlüğü de bu kapsamda sınırlandırılabilir. Bu yönüyle, 1982 Anayasasının gerek lafzının gerek ruhunun sınırlandırmayı ölçülü ve dengeli kılacak derecede yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bizzat Anayasada hak arama özgürlüğünün birçok istisnasına yer verildiği gibi, hak arama hürriyeti başlıklı madde de iyi bir şekilde düzenlen-

---

rulması kararı verilememesi hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaya da sınırlandıran bir durumdur. Fakat böyle bir hüküm düzenlenmezse, tabii afet, ağır ekonomik bunalım gibi olağanüstü hallerde vali ve İçişleri Bakanı tarafından verilen acil kararlar hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, o acil durumdan çıkışı zorlaştıracaktır. Bu durumda kamu düzeni nedeniyle yürütmeyi durdurma hak arama yolunun engellenmesi makul karşılanabilir. Fakat bu durum olağanüstü dönemlerdeki sınırlandırmadır. Ayrıca Olağanüstü Hal Kanununun 33. maddesindeki yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören hükmü getiren KHK, olağan bir KHK niteliğinde olduğu ve yetki yasasına dayanmadığı için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. (Bkz. **Anayasa Mahkemesi**, 10.1.1991 tarihli ve 1990/25 E. - 1991/1 K. sayılı karar, **Resmi Gazete**, Sayı 21162, Tarih 05.03.1992, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=926 & content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926 & content=), erişim 05.03.2011).

<sup>33</sup> **Gözler, Kemal**, İdare Hukuku II, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 782-783. *Gözler*, idarenin iç düzeni açısından bu idari cezaların (uyarma ve kınama) yargı denetimi dışı tutulmasının yerinde olduğunu savunmuştur.

<sup>34</sup> **Akad, Mehmet/Dinçkol, Abdullah**, 1982 Anayasası (Madde Gerekeçleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları), Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s. 509 ve 472.

<sup>35</sup> **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 126.

memiştir. Anayasanın ruhu açısından konuya yaklaştığımızda, doktrinde Gözler, Anayasanın ruhu ibaresinin metafizik bir kavram olduğunu Anayasanın ruhu olamayacağını ileri sürmüştür.<sup>36</sup> Fakat burada kastedilen “*can*” manasında “*ruh*” değil, Anayasanın genel sistematüğinde<sup>37</sup> sınırlandırmanın haklılığının var olup olmadığıdır. Şunu da ekleyelim ki, bu kavramın somut olmaması hukuki denetimin yerindelik denetimine kaymasına sebep olabilecektir.<sup>38</sup>

▪ *Sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması*, yoruma tabi bir kriterdir. Zira demokratik devlet özellikle iktidarın seçimle el değiştirdiği bir yönetimi ifade etmekle birlikte, burada kastedilen, çoğulcu özgürlükçü ve katılımcı bir demokraside hürriyetlerin belirli bir seviyede olması gerektiğidir. Şu halde, demokratik bir toplum yapısına sahip olan ülkede hak arama özgürlüğü bizzat Anayasa ile sınırlanmamalı, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen ölçütlere göre sınırlandırılmalı ki, en azından bu sınırlandırma işlemine karşı da hak arama yolu (Anayasa Mahkemesi) açık tutulmuş olsun.<sup>39</sup>

Bir kere, sınırlandırmayı yapan yasama meclisi üyeleri ile yargısal denetimi yapacak olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin hepsinin ayrı bir demokratik toplum yapısı anlayışı olabilir. Bu nedenle, en azından bu ilkenin temel asgari unsurlarının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde *Eren*, bu ölçütün temel bazı unsurlarını AİHM uygulaması çerçevesinde ortaya koymuş ve bunun sınırlayıcı olmadığını özellikle belirtmiştir.<sup>40</sup> Bu doğrultuda yazar, de-

<sup>36</sup> **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 127.

<sup>37</sup> **Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 114; **Kuzu**, 238. Anayasanın başlangıcının ve diğer tüm maddelerinin değerlendirilmesiyle ortaya çıkan özüdür (**Kalabalık, Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 132).

<sup>38</sup> **Bulut, Nihat**, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2009, s. 100; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 136

<sup>39</sup> Fakat doktrinde *Yüzbaşıoğlu*, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün sınırlamada en son nokta olduğunu, bu ölçütü, sınırlamanın bundan öteye geçemeyeceği çizgi olarak ifade etmiş ve Anayasa-üstü ölçü norm olduğunu vurgulamıştır. Bu görüş kabul edilirse, hakların Anayasa ile sınırlanması halinde, sınırlama kendisinden üstün olan evrensel ilkelere (anayasa-üstü ölçü normlara-demokratik toplum düzeninin gereklerine) aykırı olamayacaktır. (**Yüzbaşıoğlu, Necmi**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s. 294).

<sup>40</sup> **Eren, Abdurrahman**, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 175; bkz. aynı yönde **Arslan**, *Anayasa Teorisi*, s. 159; **Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 115. AİHM de hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan Kayasu/Türkiye kararında, demokratik bir devlet olmanın çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörünün olmazsa olmaz temel ilkeler olduğunu, bu ilkeler için ise ifade özgürlüğünün başat bir role sahip olduğunu ileri sürmüştür (**AİHM İkinci Dairesi**, Başvuru No 64119/00,

mokratik toplum düzeninin asgari gereklerini düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde açıklığa kavuşturmuştur.<sup>41</sup> Buna ek olarak *Erdoğan*, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının sınırlandırma nedenlerinin ne olduğunun tespitinde temel kriter olduğunu ileri sürmüştür.<sup>42</sup> Hak arama özgürlüğü açısından da demokratik toplum düzeninde herkes hak arama yollarının tanınmasında, hak arama yollarına ulaşmada, hak arama yollarının hızlı ve netice elde edilebilir şekilde sonuçlanmasında (etkililik) çoğulculuğun, düşünce özgürlüğünün ve hoşgörünün gereği olarak en yüksek derecede güvence altında olmalıdır. Örneğin, demokratik toplum düzeninde kimse, hakkını aramakla kınanmamalıdır.

▪ *Sınırlamanın laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması*<sup>43</sup>, temel hak ve hürriyetlerin özellikle belirli bir dini ya da inancı referans olarak sınırlandırmamaktır. Laiklik kavramının ne olduğuna ve ülkemiz açısından yaşanan yoğun tartışmalara girmeden sadece buradaki “laik” kelimesinin cumhuriyet devlet şeklinin bir sıfatı olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.<sup>44</sup> Hak arama özgürlüğü bakımından, bu hakkın belirli bir dinin temel alınarak sınırlandırılmamasını ifade eder. Başka bir deyişle, diğer özgürlüklerde olduğu gibi hak arama özgürlüğü de sınırlandırılırken, bu sınırlandırma, laik cumhuriyetin gerekleri için zorunlu olmalıdır.<sup>45</sup> Örneğin belirli bir inanca sahip olanlara bir mercie ya da yargı yoluna başvurmasını sınırlandırmak bu kritere aykırı olmaktadır.

▪ *Son olarak ölçülü sınırlandırma ise*, hakkın sınırlandırılmasında başvuru ile amaç arasındaki hassas dengenin korunmasıdır. Türk hukukunda ve diğer ülke uygulamalarında hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülük ilkesi en somut ve önemli ilkedir. Kısaca sınırlamada başvuru

---

Başvuru Tarihi 13.11.2008, s. 12. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/76292-01.pdf>, erişim 07.03.2011. Mahkeme bu başvuruyu 76292/01 numaralı başvuru ile birleştirmiştir).

<sup>41</sup> **Eren**, s. 175-182.

<sup>42</sup> **Erdoğan**, *İnsan Hakları*, s. 123. *Erdoğan*, Eren tarafından belirtilen üç asgari unsura din ve vicdan özgürlüğü ile siyasal parti özgürlüğü kapsamında siyasal katılımı da haklı olarak eklemiştir. (**Erdoğan**, *İnsan Hakları*, s. 174).

<sup>43</sup> Bkz. bu ilke ile ilgili geniş doktriner tartışma ve Anayasa Mahkemesinin görüşü için **Eren**, s. 107 vd; **Yüzbaşıoğlu**, s. 169 vd.

<sup>44</sup> **Erdoğan**, **Mustafa**, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, Liberte Yayınevi, Ankara 2000, s. 150-151 ve 124-127. Laiklik, devletin resmi ideolojiden soyutlanarak vatandaşlar karşısında tarafsız davranması yoluyla hak ve özgürlüklerin güvencesi olabilir. Gerçekten de bu yönüyle laik devlet tüm din mensuplarına eşit davranarak, topluma belirli bir ideolojiyi dayatmayan devlettir (**Erdoğan**, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, s. 124-126 ve 150).

<sup>45</sup> **Bulut**, s. 104.

aracın *elverişli* olması, sınırlama amacı ile başvuru araç arasında nicelik ve nitelik olarak bir *oran* olması ve sınırlamada kullanılan aracın amaç bakımından *gerekli* olmasıdır.<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesinin de kararlarında benimsediği şekliyle ölçülülük ilkesinin bu tanımdan çıkan üç unsuru vardır.<sup>47</sup> Bu unsurlar elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır.<sup>48</sup>

Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasında ölçülü davranılması için öncelikle bir hak arama yolunun öngörülmesi, yani hakkın özüne dokunulmamış olması gerekir. Bunun sonrasında, hak arama yolu tanınmış olmakla birlikte bir sınırlandırma varsa, amaç ile aracın dengeli olması gerekir. Bunun gerçekleşmesi için amaç genel ve soyut olmamalıdır.<sup>49</sup> Örneğin uyarma ve kınama cezasına karşı yargı yolunun kapalı olması hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bu sınırlamada güdülen amaç, idarenin iç bütünlüğünün ve bu yolla genel olarak idari bütünlüğün sağlanması olabilir. Sınırlamada kullanılan araç, yargısal denetim yolunun kapatılmasıdır. Öncelikle “gereklilik” ilkesi açısından, ilk bakışta aracın amaç için gerekli olduğu sanılabilir. Fakat doktrinde de kabul edildiği üzere gereklilik, kullanılan aracın amaç için zorunlu olmasını ve daha hafif bir tedbir varsa onun uygulanmasını ifade eder.<sup>50</sup> Daha farklı ve hafif denebilecek bazı idari düzenlemelerle idarenin iç düzeni sağlanabileceği için yargı yolunun kapanması *gerekli* değildir. İkincisi, aracın amaç için “*elverişli*” olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü şimdiye kadar ki uygulamaya da baktığımızda, kamu görevlisinin uyarma/kınama cezasına karşı yargı yolu kapalı olduğu için yükümlülüklerini yerine getirdiğini söylemek gerçekten zordur. Üçüncü olarak, amaç ile araç arasında oran da

<sup>46</sup> **Metin, Yüksel**, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 187; **Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 128.

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi, Kamu İhale Kanununun bir maddesine yönelik yapılan itiraz başvurusunda ölçülülük ilkesinin unsurlarını “*Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, ‘elverişlilik ilkesi’, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik ilkesi’ başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılık ilkesi’ ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir*” şeklinde belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi, 14.1.2010 tarihli ve 2007/68 E.-2010/2 K. sayılı karar, **Resmi Gazete**, Sayı 27565, Tarih 28.04.2010, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2827&content=ölçülülük](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2827&content=ölçülülük), erişim 04.03.2010).

<sup>48</sup> **Metin**, s. 187 ve 248; **Bulut**, s. 104; **Aydın, N.**, s. 119.

<sup>49</sup> Ülkemizdeki kamu yararı gibi bazı sınırlandırma sebeplerine bakıldığında, Anayasada belirtildiği şekliyle amacın pek de somut olmadığı ortadadır (**Hakyemez, Yusuf Şevki**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı II*, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 1319).

<sup>50</sup> **Hakyemez**, “...Ölçülülük İlkesi”, s. 1322; **Metin**, s. 30-31.

bulunmamaktadır. Zira amaç amirin otoritesini ve idarenin bütünlüğünü korumaksa, verilen cezaya yargı yolunu kapatmak yerine bu bütünlüğü sağlayacak başka idari tedbirler alınabilecektir.

## **D. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NİTELİKLERİ**

### **1. Koruyuculuk**

Hak arama özgürlüğü her ne kadar diğer hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi neticesinde söz konusu olan bir hak olsa da böyle bir hakkın varlığı, diğer hak ve özgürlüklerin varlığı ile bir bütündür. Daha net ifadeyle, hak arama özgürlüğü ve hak arama yollarının yokluğu, diğer hak ve özgürlüklerin sadece teoride kalmasına neden olur. Bu yönüyle hak arama özgürlüğü koruyucudur.

Doktrinde bazı yazarlar hak arama hürriyetinin diğer hakların ön koşulu ve usuli güvencesi olduğunu belirtmişlerdir.<sup>51</sup> Koruyuculuk niteliği de hak arama özgürlüğünün bu yönüne aittir. Başka bir deyişle, koruyuculuk özelliği sayesinde hak arama hürriyeti tüm hakların yaşama geçirilmesini sağlar.

Diğer yandan bazı yazarlar hakların sınıflandırılmasını yaparken hak arama özgürlüğünü “*koruyucu haklar*” kategorisine dâhil etmişlerdir.<sup>52</sup> Bu kategorideki haklar, diğer hak ve özgürlüklerin topluma ve devlete karşı korunmasını sağlayan haklar olarak ifade edilmiştir.<sup>53</sup> Fakat bizim belirtmek istediğimiz husus, hak arama özgürlüğünün bir kategoriye dâhil edilmesini sağlamak değil, kendi özünde mündemiç bir koruyuculuk niteliğinin olduğudur.

### **2. Kapsayıcılık**

Hak arama özgürlüğü kapsayıcı bir haktır. Diğer bir ifadeyle, bu hak anayasalarda veya uluslararası sözleşmelerde yer alıp almamasına bakılmaksızın tüm hak ve hürriyetleri kapsar<sup>54</sup>, onların korunmasına öncülük eder.<sup>55</sup>

Kapsayıcılık niteliğini biraz daha açmak gerekirse, hak ve özgürlüklerin çoğu diğer haklarla bir etkileşim içerisinde değildir. Bazıları ise diğer hak-

<sup>51</sup> **Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, s. 95; **Çoban**, s. 34; **Gül/Birtek**, s. 6.

<sup>52</sup> **Tanilli**, s. 181-182; **Aydın, M.**, s. 5.

<sup>53</sup> **Kalabalık**, s. 49.

<sup>54</sup> *Çetin* ise, hak arama özgürlüğünün Anayasada yer alan hakları güvence altına aldığını söylemektedir. (**Çetin, Onur**, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek), İzmir 2007, s. 42-43).

<sup>55</sup> *Kaboğlu*, bunu “*genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların önkoşulu ve usuli güvencesi*” olarak ifade etmiştir. (**Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, s. 95).

larla ilişkilidir. Örneğin basın hürriyeti, ifade hürriyeti ile doğrudan ilgilidir. Hak arama özgürlüğü açısından bakıldığında bu hakkın tüm hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğunu görüyoruz. Tüm hakların ihlalden sonra veya ihlali önlemek için hak arama yollarına başvurulabilmesi bunu ortaya koymaktadır. Yaşam hakkı, çalışma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, çevre hakkı gibi hakları birlikte ele aldığımızda, her kuşaktan hakkın hak arama özgürlüğü ile ilgili olduğunu görmekteyiz. Zira bu hakların birisi ihlal edilirse veya ihlalden önce çeşitli hak arama yollarıyla korunmak istenirse, her halde hak arama özgürlüğü ile karşı karşıya kalacaktır.

### **3. Etkililik**

Aslında bu nitelik -1982 Anayasasında hak arama özgürlüğü ile ilgili madde içeriğine bakılırsa- olması gerekeni ifade etmektedir. Zira maddede hak arama özgürlüğünün etkili hak arama yollarıyla donatılmasına ve uygulamaya yansıtılmasına yer verilmemiştir. Bu nedenle hakkın bu özelliğini olması gereken bir nitelik olarak ele almak durumundayız.

Bu kapsamda, usulen tanınmış ve netice alınamayan hak arama yollarıyla, hak arama özgürlüğünün daha önce belirtmiş olduğumuz koruyuculuk niteliği de teoriden ibaret kalacaktır.

Kuşkusuz hak arama yolları netice alınabilir olduğu ölçüde bir anlam ifade edecektir. Etkililik olarak ifade edilen bu nitelik, diğer hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda başvuru hak arama yollarıyla ihlalin zararlarını ve hukuka aykırılığı telafi edecek nitelikte olması gerekmektedir. Tabii ki, bu durum bir hakkın hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Daha açık bir deyişle, yukarıda bahsedilenlerden hak arama yollarının neticesinin her zaman lehe olacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Önemli olan, adil ve etkili bir yolun kullanıma sunulmuş olmasıdır.

Tıpkı bir nehirden asma köprü ile geçmek gibi, bin bir zorlukla sürdürülen bir hak arama mücadelesinden sonra elde edilen netice bir yana, bir daha o süreçten (köprüden) geçmek de cesaret gerektiren bir durumdur. Bu nedenle hak arama özgürlüğünün ve yollarının kolay olması, en azından katlanılan zorlukları silebilecek iyi bir neticenin alınması gerekmektedir. Bu da ancak ihlalin veya ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların telafi edilmesiyle olacaktır. Nitekim AİHM de, Türkiye'ye ilişkin birçok kararında<sup>56</sup> yargısal hak arama

<sup>56</sup> Makul sürede yargılama ilkesine aykırılık nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği-ne dair karar için bkz. AİHM İkinci Daire, *Sebahattin Evcimen/Türkiye*, Başvuru Tarihi

yollarının bile etkili olmadığı hallerin bulunabileceğini belirtmiştir. Gerçekten de yargılamanın, muhakeme ilkelerine aykırı olarak yapılması savunmanın ve yargı yolunun etkisizliğini doğurabilir. Mesela suç işleyen sorumlular hakkında soruşturma yapılmaması veya soruşturulmaları için idari izin verilmemesi de hak arama özgürlüğünü sınırlandırabilmektedir.<sup>57</sup>

Netice olarak hak arama özgürlüğü etkili bir hak arama yoluyla donatıldığında, ülke içerisindeki tüm hak ve özgürlük ihlalleri telafi edilebilir hale gelecektir. Hatta, uluslararası hukuk yollarına dahi gerek kalmayacaktır. Böylece hak arama özgürlüğünün tüm hakları korumasıyla koruyuculuk niteliği; tüm hakları kapsamaması nedeniyle de kapsayıcılık niteliği gün yüzüne çıkmış oluyor.

## **II. 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN GETİRDİKLERİ**

### **A. 2010 DEĞİŞİKLİKLERİ ÖNCESİNE KISA BİR BAKIŞ**

1982 Anayasası, yürürlüğe girmesinden bu yana, özgürlükçü bir Anayasa olmadığı ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşen birçok düzenleme içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Fakat özellikle, hukuk devletinde devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gereğine aykırı olan YAŞ

---

23.02.2010, Başvuru No 31792/06, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/31792-06.pdf>, erişim 08.03.2011, s.4; aynı yönde **AİHM İkinci Daire**, Başvuru Tarihi 23.02.2010, Başvuru No 17756/06, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/17756-06.pdf>, erişim 08.03.2011, s. 3-4. Bir işkence iddiası sonrasında yapılan şikayetin soruşturulmaması ve bu konuda netice elde edilmemesinin “etkili başvuru hakkını” ihlal ettiği yönünde bkz. **AİHM, Soner ve Diğerleri/Türkiye**, Başvuru Tarihi 27.04.2006, Başvuru No 40986/98, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40986\\_98.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40986_98.pdf), erişim 08.03.2011, s. 7. Bkz. aynı yönde kararlar için **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz**, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 391-393. Bir mahkemenin (örneğin Anayasa Mahkemesi) kararlarına karşı herhangi bir başvuru yolu olmaması da AİHM tarafından “etkili başvuru hakkına” aykırı bulunmuştur (**AİH Komisyonu, Coriciani/İtalya**, 18.12.1980 tarihli ve 8603/79, 8722/79, 8729/79, 8723/79 sayılı kararları, **Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 395).

<sup>57</sup> **Dinç, Güney**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Hak Arama Özgürlüğü ve Başvuru Yöntemleri”, *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı* (Haz. Mehmet Ö. Alkan), Oğlak Yayınevi, İstanbul 2006, s. 136-139. **Dinç**, bu konuda özellikle işkence görüp şikayet imkanı olmayan veya şikayeti değerlendirmeye alınmayan kimseler tarafından yapılan başvurulara dair AİHM kararlarını ele almıştır. (**Dinç**, s. 136 vd; bkz. aynı yönde **Aksoy, Emine Eylem**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Galatasaray ÜHF Yayını, İstanbul 2004, s. 22).

kararları<sup>58</sup>, HSYK kararları, uyarma ve kınama cezaları, cumhurbaşkanını tek başına yaptığı işlemler, Olağanüstü Hal KHK'lar bu güne kadar bir türlü yargı denetimi kapsamına alınmamıştır ya da alınmamıştır.

Doktrinde, genellikle insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti gibi kavramlar etrafında teorik eleştiriler yer almıştır. Hatta bu tip bazı işlemlere yargı yollarını uygulamada aşmaya yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Olağanüstü KHK'lar ile uyarma ve kınama cezalarını bunlara örnek gösterebiliriz.<sup>59</sup> Diğer taraftan uygulamada, bu tip yargı yolu kapalı işlemler nedeniyle mağdur olanlar çözümsüz bir şekilde kaderine razı olmuş veya uluslararası başvuru yollarını denemişlerdir.

Sonuç olarak, aşağıda ayrıntılı şekilde işleneceği üzere bu güne kadar bu şekilde gelmiştir. 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilen 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>60</sup> ile belirtilen bu işlemlerin bazılarını karşı hak arama yolları belirli derecede açılmıştır. Hemen belirtelim ki, dokt-

<sup>58</sup> YAŞ kararlarına dair şu önemli hususa değinmeden geçemeyeceğiz: 2010 Anayasa değişikliği öncesinde, TSK Personel Kanununun 50. maddesinin (c) bendi ile 94. maddesinin (b) bendi kapsamında, silahlı kuvvetlerin iç işleyişi kapsamında bir personelin disiplinsizlik veya ahlaka aykırı hareket nedeniyle yetkili üstlerince görevden alınmasına karşı dava imkanı varken, bu yöndeki bir görevden alma Genelkurmayın talebi ile YAŞ tarafından yapılmışsa dava imkanı yoktu. Böylece Genelkurmayın hak arama özgürlüğünü sınırlamada geniş bir takdir yetkisi vardı (**Toklu, Esat**, İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi (Danışman Yrd. Doç. Dr. Musa Eken), Sakarya 1998, s. 50; **Kaplan**, bir çözüm yolu olarak buradaki Genelkurmayın öneri şeklindeki işleminin ayrılabilir işlem teorisi kapsamında iptal davasına konu olabileceğini belirtmiştir, **Kaplan, Gürsel**, Hukuk Devleti Açısından İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü ve Sınırları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul 1999, s. 85-86; bkz. aynı yönde **Kalay, Jale**, AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Prof. Dr. Metin Günday), Ankara 2007, s. 79-80).

<sup>59</sup> Gerçekten de Olağanüstü Hal KHK'lar bakımından Meclisin onayından sonra kanunlaştığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı iddiası (**Özbudun**, *Anayasa Hukuku*, s. 261) ve uyarma/kınama cezalarına karşı da doğrudan uluslararası andlaşmaları uygulamak yoluyla denetim yapılabileceği bunu gösterir (**Döner**, "...*Uyarma ve Kınama Cezaları...*", s. 161).

<sup>60</sup> **Resmi Gazete**, Sayı 27580, Tarih 13.05.2010; 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasının sonuçları için bkz. Resmi Gazete, Sayı 27708, Tarih 23.09.2010. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bazı maddelerindeki cümleleri kısmen iptal etmiştir (Bu karar için bkz. **Anayasa Mahkemesi**, 7.7.2010 tarihli ve 2010/49 E .- 2010/87 K. sayılı karar, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar &id=2866&content=5982](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar &id=2866&content=5982), ET: 09.12.2010).



rinde ve uygulamada yıllardır eleştiri konusu olan Olağanüstü Hal KHK ile Cumhurbaşkanının tek başına yatığı işlemlere yönelik herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Aşağıda ayrı başlıklar altında, bu işlemlerin kapsamı ve Anayasa değişikliği sonrasındaki aldığı haller ortaya koyulacaktır.

## **B. 2010 DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASINDAKİ DURUM**

### **1. Yüksek Askerî Şura Kararları**

2010 Anayasa değişikliği ile, 1982 Anayasasının 125. maddesinin ikinci fıkrasındaki “...*Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır*” ifadesine “*Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır*” cümlesi eklenmiştir.<sup>61</sup> Böylece yıllardır doktrinde ve uygulamada eleştirilen YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması sorunu aşıl-maya çalışılmıştır. Maddenin ifadesi tam anlamıyla bir çelişkiden ibarettir. İlk cümlede yargı denetimine kapalı olduğu belirtilmişken, ikinci cümlede belirli istisnai durumların dışında YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Oysaki, ilk cümle yeniden ele alınarak daha düzgün bir ifadeyle madde değişikliği yapılabilirdi.

Konuyla ilgili bazı temel sorunlar vardır. Bunlar, terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işleminin nelerden ibaret olduğu; daha önce YAŞ kararıyla silahlı kuvvetlerden ayrılmış olan personele geçmişe etkili olarak herhangi bir hak arama yolu tanınıp tanınmayacağı; tanınacaksa bunların nelerden ibaret olacağı ve hangi statülerin verileceğidir.

İşte bu belirtilen sorunları çözmek amacıyla Hükümet bir kanun tasarısı hazırlayarak Meclise sunmuştur.<sup>62</sup> Tasarının genel gerekçesinde “*Yüksek Askerî Şura kararı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisi kesilip, bu kararların yargı denetimine kapalı olması nedeniyle hukuken haklarını arayamayan*

---

<sup>61</sup> Bu istisnai hükme rağmen bazı subaylar, Ağustos 2010'daki YAŞ toplantısında verilen terfilerinin üçlü kararname ile imzalanmamasına karşı AYİM'e başvurmuşlardır. YAŞ'taki terfi kararının üçlü kararnameyle imzalanıp yayımlanması gerekiyordu. Fakat bu yapılmadığı için AYİM'e başvuruldu. AYİM öncelikle kararın yürütmesini durdurmuştur. Mahkeme yürütme-yi durdurma kararının gerekçesinde, terfi kararının üçlü kararname ile imzalanmamasını zımnî ret işlemi olarak görmüş ve ayrılabilir işlem kuramı kapsamında, bu işlemin YAŞ kararından ayrılarak, iptale konu olabileceğini savunmuştur. Nitekim netice de bu yönde olmuş ve Mahkeme zımnî ret işlemini iptal etmiştir (**AYİM Daireler Kurulu**, 27.10.2010 tarihli ve 2010/47 E. sayılı yürütmenin durdurulması kararı, karar yayımlanmamıştır).

<sup>62</sup> Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 5, Esas No 1/1003, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-1003.pdf>, erişim 09.03.2011.

*kişilerin yoksun bırakıldığı hakların geri verilmesi*"nin amaçlandığı vurgulanmıştır.

Tasarıda belirtilen genel amaç çerçevesinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Öncelikle ilgililer (silahlı kuvvetlerden ilişigi kesilen kişi veya vefat halinde hak sahipleri) altmış gün içerisinde Milli Savunma Bakanlığına başvuracaktır. Başvuru reddedilirse ilgililer altmış gün içerisinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesine dava açabilecektir. Başvuru kabul edilirse çeşitli kategoriler ortaya çıkmaktadır. Bunları üç grupta toplayabiliriz. Hemen şunu da belirtelim ki, Kanuna göre ilgililerin silahlı kuvvetlerden ilişkilerinin kesildiği tarihten bu kanunun yürürlüğe girdiği güne kadar geçen süre TSK'da geçirilmiş sayılacaktır. Birincisi, "*emsallerinin tamamı emekli olanlar*"dır. Tasarı'ya göre bu gruptaki personel, emekli olan emsallerinin hak ve ayrıcalıkları tanınarak emekli olabilecek ve emekli ikramiyesine hak kazanacaktır.<sup>63</sup> İkinci grupta "*emsallerinin tamamı emekli olmayanlar*" bulunmaktadır. Bu grupta yer alanlar ya araştırmacı kadrosuna başvurarak kamuda çalışabilecekler veya halen kamuda çalışıyorlarsa emsallerinin hak ve ayrıcalıklarıyla orada devam edebilecekler ya da emeklilik isteyebileceklerdir (Geçici madde 32/c-d).<sup>64</sup> Ko-

<sup>63</sup> Kanuna eklenen Geçici 32. maddenin (b) bendine göre "*Bu kişilerden statüsüne göre aynı neşetli emsali subay (general olanlar hariç) veya astsubayın (subay olanlar hariç) tamamı emekli olanların kendilerine, bunlardan vefat etmiş olanların kanuni mirasçılarına, statüsüne göre aynı neşetli en son emekli olan emsali subay (general olanlar hariç) veya astsubayın (subay olanlar hariç) emekli olduğu tarihteki sınıf, rütbe ve kıdemi üzerinden, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre, kendilerine veya kanuni mirasçılarına yapılmış olan toptan ödeme tutarlarının Milli Savunma Bakanlığına başvuruda buldukları tarihteki katsayı ve emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar üzerinden ve faizsiz olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmesi şartıyla emekli veya dul ve yetim aylığı bağlanır ve emekli ikramiyesi ödenir. Ancak bunlardan, daha önceden herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan aylık veya gelir alanlara, yüksek olan aylık bağlanır*". Ayrıca Milli Savunma Komisyonu tarafından verilen raporda da bu gruptakilerin hangi haklara sahip olduğu şu şekilde belirtilmiştir: "*Aynı neşetli emsallerinin tamamı emekli olanlara, en son emekli olan emsalinin emekli olduğu tarihteki sınıf, rütbe ve kıdemi üzerinden emekli aylığı bağlanaca*"ktır. (**TBMM Milli Savunma Komisyonu Raporu**, Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 5, Tarih 17.02.2011, Esas No 1/997, Sıra Sayısı 663, s. 13).

<sup>64</sup> Kanuna eklenen Geçici 32. maddenin (c) bendine göre "*Statüsüne göre aynı neşetli emsali subay (general olanlar hariç) veya astsubayın (subay olanlar hariç) tamamı emekli olmayanlardan; 1) İsteyenlere* veya vefat etmiş olanların kanuni mirasçılarına, statüsüne göre aynı neşetli emsali subay veya astsubayın sınıf, rütbe ve kıdemi üzerinden, 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre, kendilerine veya kanuni mirasçılarına yapılmış olan toptan ödeme tutarlarının Milli Savunma Bakanlığına başvuruda buldukları tarihteki katsayı ve emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar üzerinden ve faizsiz olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmesi şartıyla emekli veya dul ve yetim aylığı bağlanır ve emekli ikramiyesi ödenir. Ancak bunlardan, daha önceden herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan aylık veya gelir alanlara, yüksek olan aylık bağlanır. 2) İsteyenler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanu-

misyon raporunda kamuda çalışanların emsallerinin hak ve ayrıcalıklarıyla orada çalışmaya devam edebileceğinden söz edilmemekle birlikte, Kanunun ilgili hükmünde bu hakkın da yer aldığı açıktır.

Üçüncüsü ise “*emsalleri halen emeklilik hakkı kazanamamış*” olanlardır. Bunlar, Tasarının Geçici 32. maddesinin (ç) ve (d) bendi kapsamında ya araştırmacı kadrosuna başvurarak kamuda çalışabilecekler veya halen kamuda çalışıyorlarsa emsallerinin hak ve ayrıcalıklarıyla orada devam edebileceklerdir. Bu üçüncü grupla ilgili olarak Komisyon raporunda herhangi bir görüş belirtilmemiştir. Bu da sanırım kanun metnin kötü düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır.

Son olarak TSK'dan YAŞ kararları neticesinde ilişiği kesilen personel ile ilgili birkaç ayrıcalığa daha yer verilmiştir. Bunlar Kanunun geçici 32. maddesinin (f) bendi kapsamında, bu madde kapsamında yapılacak ödemelerin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak maddenin yürürlüğe giriş tarihinin belirlenmesi; (g) bendi kapsamında kanundan faydalananların öğrenim giderleri borcunun tahsil edilmeyeceği; (ğ) bendi kapsamında ise emekli TSK mensubu kimlik kartı verilerek her türlü haklardan faydalanabileceği;

---

*nunun 48 inci maddesindeki genel şartları taşımaları kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşlarının araştırmacı unvanlı kadrolarına atanmak üzere komisyonca mali ve sosyal haklarına esas olacak derece, kademe ve rütbeleri belirtilmek suretiyle Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Anılan Başkanlık tarafından kırkbeş gün içinde kamu kurum ve kuruluşlarına bunların atamaları teklif edilir. Söz konusu teklife ilişkin yazının atamayı yapacak kamu kurum ve kuruluşuna intikalinden itibaren otuz gün içinde ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından atama işlemlerinin yapılması zorunludur. Atama emri ilgiliye atamayı yapan kamu kurum ve kuruluşu tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. İlgililerin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Kanununun 62 nci ve 63 üncü maddelerinin hükümlerinin uygulanmasından atamayı yapan kamu kurum ve kuruluşu sorumludur. Kamu kurum ve kuruluşları atama ve göreve başlatma işlemlerinin sonucunu en geç onbeş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirir. Bunlara statüsüne göre bu Kanun hükümleri uyarınca karargâhta görevli emsali sınıf, rütbe ve kıdemdeki subay veya astsubaya ödenmekte olan aylık ve diğer mali haklar (tayın bedeli ve fiilen çalışma karşılığı yapılan ödemeler hariç) ödenir. Aylıklar, emsalleri esas alınarak her yıl kademe ilerlemesi, her üç yılda bir derece yükselmesi işlemine tabi tutulur. Bu şekilde yükseltilen aylıklarda, azami rütbe tavanı subaylarda kıdemli albay, astsubaylarda kademeli kıdemli başçavuştur. Bunlar bu fıkranın (b) bendi veya (c) bendinin (1) numaralı alt bendi hükümleri çerçevesinde emekliye ayrılabilirler”. Ayrıca Milli Savunma Komisyonu tarafından verilen raporda da bu gruptakilerin hangi haklara sahip olduğu “*isteyenlere kıdemli albay veya kademeli kıdemli başçavuş olmadan emekli olmuş emsalleri gibi emekli ikramiyesi verileceğini ve emekli aylığı bağlanacağını, isteyenlere de kamu kurum ve kuruluşlarında araştırmacı unvanlı kadrolara atanacağını*” şeklinde ifade edilmiştir. (TBMM Milli Savunma Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 5, Tarih 17.02.2011, Esas No 1/997, Sıra Sayısı 663, s. 13).*

son olarak da (h bendi çerçevesinde OYAK (Ordu Yardımlaşma Kurumu)'na güncel tutarlar üzerinden aidatlarını ödeyerek her türlü haklardan faydalanabileceğidir. Ayrıca maddenin (i) bendi kapsamında ilişik kesilmeye esas tutulan bilgi ve belgelerin geçersiz sayılarak personelin dosyalarından çıkarılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Terfi işlemleri<sup>65</sup> ve kadrosuzluk nedeni ile emekliye ayırma<sup>66</sup> işleminin ne olduğuna değinmek gerekirse, bu konuda güncel bir örnek bulunmaktadır. Bilindiği gibi Anayasa değişikliği ile YAŞ kararlarının bir kısmına yargı yolu açılmıştır. Fakat terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeni ile emekliye ayırma işlemleri yargı denetimi dışında tutulmuştur. Örnek olayda, davacılar hakkında Yüksek Askeri Şura tarafından terfi kararı verildikten sonra müşterek kararname şeklindeki terfi kararnamesi imzalanmamıştır. Terfi işleminin müşterek kararname ile imzalanmamasını zımni ret olarak gören davacılar, bu işleme karşı AYİM'e başvurmuş ve Mahkeme ayrılabilir işlem kuramı kapsamında YAŞ kararını takip eden zımni ret işleminin (müşterek kararnameyi) yürürlüğünü durdurmuştur.<sup>67</sup> AYİM'in kararında savunduğu müşterek kararnamenin imzalanmamasının zımni ret işlemi olduğu ve YAŞ kararından ayrı olarak iptale konu olacağı şeklindeki gerekçesi, doktrinde de taraftar bulmuştur.<sup>68</sup> Gerçekten de müşterek kararname YAŞ kararından ayrı, icrai ve iptale konu olabilecek bir işlemdir.<sup>69</sup>

Bundan çok daha önemlisi *Sezginer* tarafından ileri sürülen şu ifade de yer almaktadır: *“YAŞ kararını yargısal denetim dışında tutan Anayasa düzenlemesi, YAŞ tarafından yapılan değerlendirmenin, notlandırma işlemindeki takdirin denetlenmesini engellemektedir. Bu değerlendirmeden bağımsız olarak, kanunda terfi için öngörülmüş bulunan diğer şartlar bakımından da yargısal denetim yapılması, kanaatimizce, her zaman mümkündür... Bu yorum*

<sup>65</sup> TSK Personel Kanununun 47 ve 38. maddesinde terfi şartları belirtilmiştir. Bu şartları taşıyan subayların YAŞ tarafından bir üst rütbeye terfisine karar verilmektedir. Buna terfi kararı denmektedir.

<sup>66</sup> TSK Personel Kanununun 47. maddesinin (c) bendinde ve 38. maddesinin (d) bendinde terfi şartlarından birisi olarak *“üst rütbe kadrosunda açık bulunmak”* şartı aranmaktadır. Kanunun 50. maddesi gereğince, eğer bu şart sağlanmamışsa belirli rütbedekilerin dışındaki personel emekliye sevk edilmektedir. Bu durum *“kadrosuzluk nedeni ile ayırma”* olarak ifade edilmektedir.

<sup>67</sup> **AYİM Daireler Kurulu**, 27.10.2010 tarihli ve 2010/47 E. sayılı yürütmenin durdurulması kararı, karar yayımlanmamıştır.

<sup>68</sup> **Sezginer, Murat**, *“İdari İşlem – İcraîlik – Ayrılabilir İşlem – Yargısal Denetim”*, Prof. Dr. İlhan Özyay Armağanında yayımlanacak olan makale ve sözlü olarak ifade ettikleri görüşleri.

<sup>69</sup> **Sezginer**, adı geçen makale ve görüşme.

dışında, yargı denetimini sınırlandırmaya ilişkin değerlendirmelerin hukuk devleti ilkesi ile çelişeceği açıktır”.<sup>70</sup> Gerçekten de, terfi değerlendirme işlemi dışında tüm diğer şartların yargı denetimi dışında tutulması hukuk devletiyle çeliştiği gibi, aksi bir kabul halinde bu yasaklamadan murat edilen gayeye yine varılamayacaktır. Zira askeri iç işleyiş açısından asıl önemli olan değerlendirme ve notlandırma işleminin takdiridir.<sup>71</sup> Örneğin terfi şartı olan bekleme süresinin tamamlanıp tamamlanmadığı yargısal denetime tabi olmalıdır.

## 2. Uyarma ve Kınama Cezaları

Uyarma ve kınama cezaları, disiplin suçlarına karşı verilen idari yaptırımlardan birisidir. Diğer idari yaptırımlar gibi bunun da genel amacı kamu düzenini sağlamaktır. Özel amacı ise, kamu personelinin idarenin iç düzenini sağlamak için konulmuş kurallara ve verilen emirlere uymasını sağlamaktır.<sup>72</sup>

2010 Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasanın 129. maddesinde “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışı bırakılmaz” hükmüne yer verilmişti. Maddenin ifadesine göre, bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Diğer bir deyişle, uyarma ve kınama cezaları dışındaki disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz; uyarma ve kınama cezaları ise bırakılabilir. Burada yasama organına verilmiş bir takdir yetkisi vardır.<sup>73</sup> Bu madde yürürlükte olduğu esnada, doktrinde<sup>74</sup> genellikle hukuk devletinde uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalı olması gerektiği için eleştirilmiştir. Aksi görüş belirten *Gözler* ise, hukuk devleti ideale aykırı görse de, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun sadece yasal ve Anayasal düzenlemeler nedeniyle değil, idarenin bütünlüğünün ve hiyerarşik yapının bozulmaması amacıyla da bu tip cezalara karşı yargı yolunun kapatılmasının yerinde olduğunu savunmuştur. Ayrıca yazara göre, böyle hukuki açıdan önemsiz disiplin cezaları ile yargının meşgul edilmemesi de gereklidir.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> **Sezginer**, adı geçen makale ve görüşme.

<sup>71</sup> Hatta 1961 Anayasası döneminde AYİM Daireler Kurulu, terfi değerlendirme notunun da hukuka uygunluğunu denetlemiştir (AYİM Daireler Kurulu, 01.06.1979 tarihli ve 1978/41 E.- 1979/14 K. sayılı karar, **Kalay**, s. 77).

<sup>72</sup> **Çağlayan, Ramazan**, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara 2006, s. 22-23; **Döner**, “... Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 149.

<sup>73</sup> **Döner**, “...Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 156.

<sup>74</sup> **Döner**, “...Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 152-53; **Kaplan**, “Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 313; **Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, s. 96.

<sup>75</sup> **Gözler**, *İdare Hukuku II*, s. 782-783.

Aslında, uyarma ve kınama cezalarına karşı hak arama yolları tamamen kapanmış değildir. Diğer bir deyişle, bu cezalara karşı idari başvuru yolu mümkün iken<sup>76</sup>, idari yargıya başvurmak mümkün değildir. O nedenle hak arama özgürlüğü tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Fakat, burada idari başvuru ile yargısal başvuru arasındaki hukuki koruma açısından var olan önemli farkı göz ardı edemeyiz.<sup>77</sup> Böylece, hak arama yolları içerisinde yargı yollarının diğerlerinden daha etkili olduğu sonucuna da varabiliriz.

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 129. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışı bırakılamaz” ifadesi “disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece daha önce hak arama yolları büyük oranda kapalı olan uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır. Daha önce büyük oranda hak arama yolu kapalı dememizin sebebi, bazı idari yollara başvurulabilir olması ve Anayasadaki ifadenin emredici olmamasıdır.<sup>78</sup> Fakat kanun koyucu 657 sayılı Kanun ile bu iradi durumu emredici hale getirmiştir. Ayrıca Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklik ile, temel hak ve özgürlükler alanında kanunlarla uluslararası andlaşmaların farklı hükümler içermesi halinde, andlaşmanın uygulanacağına düzenlenmesidir. Çünkü bu cezaların iptali davalarında doğrudan uluslararası andlaşmaların uygulanmasıyla iptal kararları verilebilmesi de<sup>79</sup> hak arama yollarının mutlak manada kapalı olmadığını göstermektedir.

<sup>76</sup> **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 597-598.

<sup>77</sup> Bkz. aynı yönde **Kaplan**, “Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 313.

<sup>78</sup> Yerel mahkemeler Anayasaya aykırı kanunu ancak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürebilirler. Yoksa bu kanunu ihmal edip (görmezlikten gelip) doğrudan Anayasayı uygulamaları mümkün değildir (**Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 963-965; bkz. aynı yönde **Atar, Yavuz**, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları”, *Prof. Dr. Coşkun Üçok’a Armağan*, SÜHFD, Sayı 2, C. 2, Y. 1989, s. 204; bkz. aynı yönde **Kaplan**, “Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 325; **Altundış, Mehmet**, “Anayasa’nın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yolu Açılabilir mi?”, *Yasama Dergisi*, Sayı 2, Y. 2006, s. 90).

<sup>79</sup> Nitekim Ankara 5. İdare Mahkemesi, 2004 yılında kınama cezası hakkında açılan iptal davasında cezanın iptaline karar vermiştir. Gereğesinin bir kısmında “uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, ‘adil yargılanma hakkı’, ‘hak arama özgürlüğü’ ve ‘mahkemeye başvurma hakkı’ ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/B-a maddesi uyarınca verilen ‘kınama’ cezasına karşı dava açılabilceği kanaatiyle davanın esas yönünden çözümlenmesi yapılacaktır” biçiminde önemli bir

Fakat tabii ki pozitif düzenlemeye konu olması yerindedir.

Şunu da belirtelim ki, uygulamada uyarma cezası alan bir kamu görevlisinin yargı yollarının kapalı olması nedeniyle -iç hukuk yollarının tüketildiği gerekçesiyle- AİHM'ye başvurması halinde Mahkeme etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir.<sup>80</sup>

Sonuç olarak, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası doğrultusunda dolaylı bir yargısal çözüm bulunmasına ve idari başvuru yollarının açık olmasına rağmen, uyarma ve kınama cezalarına karşı doğrudan yargısal yolların kapalı olması hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktaydı. Böylece artık, kamu görevlileri uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıya başvurabilecektir. Bu konuda Anayasa koyucu veya kanun koyucu geçmişe yönelik bir düzenleme getirmediği için şuan için ileriye yönelik bir uygulama olabilecektir.

### **3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları**

2010 Anayasa değişiklikleri ile daha önce yargı yolu kapalı işlemlerden HSYK kararlarının belirli türlerine karşı yargı yolu açılmıştır. Anayasa değişikliği ile, 1982 Anayasasının 159. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” hükmü “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece sadece meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır. Başka bir ifadeyle, 2802 sayılı ve 24.2.1983 tarihli Hâkimler ve Savcılar Kanununda<sup>81</sup> yer alan uyarma, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması, aylıktan kesme, derece yükselmesini durdurma ve yer değiştirme cezalarına karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmamaktadır.

---

değerlendirme yapmıştır (**Ankara 5. İdare Mahkemesi**, 29.06.2004 tarihli ve 2003-1796 E.-2004-1212 K. sayılı karar, [http://hukukcu.com/modules/newbbex/viewtopic.php?viewmode=flat&order=DESC&topic\\_id=8366&forum=12&move=prev&topic\\_time=1238707838](http://hukukcu.com/modules/newbbex/viewtopic.php?viewmode=flat&order=DESC&topic_id=8366&forum=12&move=prev&topic_time=1238707838), erişim 07.03.2011). **Döner**, “...Uyarma ve Kınama Cezaları...”, s. 161; bkz. aynı yönde, karar ve değerlendirmesi için **Arslan**, *Anayasa Teorisi*, s. 226;

<sup>80</sup> **AİHM**, *Karaçay/Türkiye*, Başvuru No 6615/03, Başvuru Tarihi 27 Mart 2007, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/6615\\_03.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/6615_03.pdf), s. 6, erişim 07.03.2011. Mahkemeye göre “... başvurana yapılan uyarıya benzer disiplin cezasının verildiği durumlarda etkili başvuru yolunun bulunmaması, olası kötüye kullanımları engelleyecek ya da benzeri disiplin yollarının meşruluğunun denetlenmesini sağlayacak her türlü güvenceden başvurana mahrum bırakmaktadır”.

<sup>81</sup> **Resmi Gazete**, Sayı 17971, Tarih 26.2.1983

Bu doğrultuda Meclis, 6087 sayılı ve 11.12.2010 tarihli Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu<sup>82</sup> ile değişiklikten faydalanacak olanları, değişikliğin geçmişe yürür bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı hususlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Kural olarak kanunlar geçmişe yürümezler. Fakat kanunkoyucu aksi yönde bir düzenleme yapabilmektedir.<sup>83</sup> Gerçekten de daha önce meslekten atılanlara yönelik bir düzenleme yapılması adaletin de gereğidir. Zira geçmişte hak arama yolu açık olmadığı için büyük mağduriyet doğmuştur. Nitekim AİHM de HSYK kararından sonra yapılan bir ihlal başvurusundaki kararında AİHS'nin 13. maddesindeki “*etkili başvuru hakkının*” ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>84</sup>

Yeni HSYK Kanununa eklenen geçici 3. maddenin birinci fıkrası ile, öncelikle daha önce HSYK kararıyla meslekten çıkarılan kimselere iptal davası açmanın ön koşulu olarak HSYK'ya idari başvuru şartı getirilmiştir. Bu başvuru yapılmadan iptal davası açılmayacaktır.

Kurul, yapılan başvuru neticesinde ret veya kabul şeklinde karar verebilecektir. Kurul, yapılan başvuru sonucunda kabul kararı vermişse, daha önceki meslekten çıkarma kararının hukuka aykırı olduğu ortaya çıkmış olacaktır.

<sup>82</sup> **Resmi Gazete**, Sayı 27789, Tarih 18.12.2010.

<sup>83</sup> Bu husus kanun tasarısının Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında da tartışılmış ve rapora da yansımıştır. Raporu karşı oy yazarlar kanunun geçmişe şamil olup olamayacağı veya en azından Anayasa'da geçici bir madde ile yasal dayanağının bulunması gerektiğini haklı olarak şu ifadelerle belirtmişlerdir: “*tekrar HSYK'na başvuru yolu getirilmesi hukukun dayanaksızdır. Meslekten çıkarmaya yönelik mevzuatta herhangi bir değişiklik yoktur. HSYK, kararını neden gözden geçirecektir? Yargı yolunun açılması bu kararın değiştirilmesini neden gerektirmektedir? Yargı yolunun açık ya da kapalı olmasına göre mi meslekten çıkarma cezaları verilmektedir?...meslekten çıkarma cezaları kaldırılınca bunlar yargı önüne taşınıp tartışılmayacaktır. Ayrıca bir kısım meslekten çıkarma cezaları da yer değiştirme cezalarına dönüştürüldüğünde bu ceza için yine yargı yolu kapalı olmakta, yine bu durumda da işlem yargıdan kaçırılmaktadır. Verilen yer değiştirme cezası mesleki gelecek açısından son derece etkili bir cezadır.” (TBMM Adalet Komisyonu Raporu Karşı Oyu, Yasama Dönemi 3, Yasama Yılı 5, Tarih 27.10.2010, Esas No 1/961, Sıra Sayısı 574, s. 69).*

<sup>84</sup> Mahkeme kararında, HSYK kararlarına karşı başvuru olan HSYK itirazları inceleme kuruluna yapılan itirazın, etkili bir başvuru olmadığına karar vermiştir. Zira bu Kurul üyeleri ile daha önceki idari cezayı veren Kurul üyelerinin büyük bir kısmı aynı kişilerden oluşmakta ve bu durum tarafsızlığı bozmaktadır. Mahkemeye göre etkili bir yol için illaki yargı yolu olması gerekmez. Ama hangi tür hak arama yolu olursa olsun bunun etkiliği, “*ancak bu makamın yetkileri ve sunduğu güvenceler*” ile ortaya çıkar (AİHM İkinci Dairesi, Başvuru No 64119/00, Başvuru Tarihi 13.11.2008, s. 12. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/76292-01.pdf>, s. 12. erişim 07.03.2011. Mahkeme bu başvuruyu 76292/01 numaralı başvuru ile birleştirmiştir); Ayrıca Mahkemeye göre etkili bir hukuk yolu olmazsa, kişiler iç hukuk yollarını tüketmeden AİHM'ye başvurabileceklerdir (Akılhoğlu, Tekin, İnsan Hakları I, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995, s. 324).



tır. Böylece Kurul, daha önce verilmiş bu kararı kaldırarak -ilgili kişi tekrar mesleğe atanma şartlarını taşıyorsa- mesleğine tekrar atanmasına karar verir. Ayrıca meslekten çıkarma cezasının yerine hukuken bir başka ceza verilmesi gerekiyorsa (örneğin kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması gibi) o cezaya da karar verecektir.

Diğer yandan meslekten çıkarma cezası hukuka aykırı olduğu için kaldırılan kimselerin tekrar mesleğine atanması mümkün değilse (şartları taşıyamıyorsa), sadece cezası kaldırılmış olacaktır. Kanunda bu durumda olanların emeklilik hakları ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat en azından cezaya bağlanmış olan hak yoksunlukları geri verilmeli ve emeklilik hakkı düzenlenmeliydi. Diğer bir çözüm olarak HSYK Kanunu yönetmeliğinde bu hususların düzenlenmesi gereklidir. Aksi halde mağduriyet telafi edilirken, ortaya yeni mağduriyetler çıkarılmış olacaktır.

Kurul'a yapılan başvuru neticesinde ret kararı verilmişse, Kanunun geçici 3. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, kararın tebliğinden on gün içinde Genel Kurul'dan yeniden inceleme talebinde bulunulabilir. Bu karar da (yeniden inceleme kararı) olumsuz olursa, karar kesinleşmiş olmaktadır. Kanunun geçici 3. maddesinin beşinci fıkrasına göre bu karara karşı Danıştay'da dava açılacaktır.

Sonuç olarak, HSYK kararlarına yönelik bu değişiklik sorunlu olsa da, hak arama özgürlüğü bakımından kayda değer bir gelişme sağlanmıştır.

#### **4. Geçici 15. Maddenin Kapsadığı Kişiler ve İşlemlerinin Denetimi Sorunu**

Geçici 15. maddenin son fıkrası, 2001 yılındaki 4709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun<sup>85</sup> ile ilga edilmişti. Anayasa değişikliğine ilişkin bu kanunun 34. maddesiyle, 1982 Anayasasının geçici 15. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez*” hükmü Anayasadan çıkarılmıştı. Böylece, bu dönemde çıkarılan Siyasi Partiler Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu gibi birçok kanun hakkında Anayasal denetim yolu açılmış olmakla birlikte, iptal yoluna ilişkin sürelerin geçmesi bu denetim yoluna başvur-

---

<sup>85</sup> Resmi Gazete, Sayı 24556 Mükerrer, Tarih 17.10.2001.

mayı biraz zorlaştırsa da<sup>86</sup> itiraz yoluyla bu dönemde çıkarılan birçok kanun denetlenilebilecektir.<sup>87</sup> Ayrıca denetimi mümkün olmasa da değişiklik öncesinde olduğu gibi sonrasında da bu kanunların yasama tarafından değiştirilmesi pekâlâ mümkündür.<sup>88</sup>

2001 değişikliğinden sonra Geçici 15. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz./Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır” ifadesi ise Eylül 2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte kaldırıldı. Böylece madde tamamen ilga edilmiş oldu.

Maddenin kaldırılmasıyla birlikte, bu dönemdeki maddede belirtilen şahısların (Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, Danışma Meclisi üyeleri ve bunların kararları doğrultusunda işlem/eylem yapanlar) geçmişe etkili olarak yargılanıp yargılanmayacağı veya bu durumun şahsi cezasızlık nedeni olup olmadığı sorunları hak arama özgürlüğü açısından önemlidir. Bu doğrultuda, yargılama engeli olan geçici 15. maddenin (soruşturma ve kovuşturma şartları) kaldırılmasıyla bu kişilerin zamanaşımına uğramamış suçlarından yargıla-

<sup>86</sup> Fendoğlu, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 19, Y. 2002, s. 143.

<sup>87</sup> Hakyemez, Yusuf Ş., “İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 184-185; bkz. aynı yönde ve geçici 15. madde nedeniyle ihmal kararları hakkında ayrıntılı bilgi için **Köküsarı, İsmail**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 204 vd.

<sup>88</sup> **Tan, Turgut**, “1982 Anayasasının Geçici 15. Maddesi Üzerine”, *AÜSBFD*, Sayı, 1, C. 49, Y. 1994, s. 385. Hatta doktrinde *Sevinç*, bir adım daha ileri giderek bu dönemdeki yasalarda yapılan değişiklikten sonra bunların Anayasa Mahkemesinin denetimine de açılmış olacağını Mahkemenin kararlarından örneklerle açıklamaya çalışmıştır (**Sevinç, Murat**, “1995 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Tüzemize Etkileri”, *AÜSBFD*, Sayı 1, C. 52, Y. 1997, s. 644).

nabileceği görüşü ile geçici 15. maddenin şahsi cezasızlık sebebi oluşturması nedeniyle suç meydana gelmiş olsa da bu kişilere ceza verilemeyeceği görüşü ortaya çıkmaktadır. Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, her halukarda bu kişilerin yargılanması hak arama özgürlüğü açısından kaydadeğer bir gelişmedir.

### **5. Diğer Bazı Değişiklerin Hak Arama Özgürlüğüne Yansımaları**

Bu başlık altında sadece 2010 Anayasa değişikliği ile değiştirilen ya da yeniden düzenlenen haklara değinileceği için dilekçe hakkına (TBMM'ye idari başvuru) değinilmeyecektir.

#### **a. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**

Anayasa değişikliği ile birlikte hak arama özgürlüğünün somut yansımaları da denebilecek bazı kurumlar öngörülmüştür. Bunlardan ilki, kamu otoriteleri tarafından AİHS'de tanımlanmış hak ve özgürlüğü ihlal edilen kimselerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânıdır. Bu kapsamda, Anayasanın 148. maddesinin dördüncü fıkrasına göre<sup>89</sup> bireysel başvuru yapmanın şartları şunlardır: *Birincisi*, Anayasada düzenlenen ve AİHS ile korunan bir hakkın ihlal edilmesidir.<sup>90</sup> *İkincisi*, hakkın ihlalinin kamu otoritesi tarafından yapılmasıdır. Kamu otoritesi kavramı ile ne kastedildiği önemlidir. İlk bakışta kamu gücünü kullanan tüm devlet organları olarak algılanmaktadır. Bu konu bireysel başvuru kanunu ile açıklık getirilmesi gereken biri konudur.<sup>91</sup> *Üçüncüsü*, olağan kanun yollarının (itiraz, temyiz) tüketilmiş olmasıdır.

Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru hakkı, özgürlüklerin ihlal edilmesi ne karşı çok önemli bir güvence ve hak arama yoludur. Bu yönüyle hak arama özgürlüğünün gelişimine büyük katkı sağlayacaktır. Ayrıca

<sup>89</sup> “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”.

<sup>90</sup> *Özbudun*, AİHM'nin sözleşme maddelerine dair yorumlarını da içereceğini belirtmiştir (*Özbudun, Türk Anayasa Hukuku*, s. 404).

<sup>91</sup> *Özbudun* “kamu gücü” ifadesiyle idari ve yargı organlarının kastedildiğini belirtmiştir (*Özbudun, Türk Anayasa Hukuku*, s. 404). Ama Tasarıda görüldüğü kadarıyla, yargı açısından hem kanun yolunda gözetilmesi gereken konularda bireysel başvuru yapılamaz denmiş, hem de yargı kararları nedeniyle ihlal olması halinde buna, kararın iptali ve yargılamanın yenilenmesi gibi çok önemli neticeler bağlanmıştır. Ayrıca kanunlara karşı bu yolun işletilemeyeceği hükme bağlanmışken, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlalin kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, bu kanunun iptalinin Mahkeme dairelerince istenebileceği hükme bağlanmıştır.

etkili bir yol olursa, AİHM'ye yapılan başvuru sayısında da bir hayli azalma olabilecektir.<sup>92</sup>

### **b. Kamu Denetçisine Başvuru**

Kamu denetçiliği (ombudsman) kurumu da yıllardır tartışılmalı gelen hak arama yollarından birisini oluşturmaktadır. Fakat hak arama özgürlüğü açısından bakıldığında, yargı yolu kadar etkin bir yol olmadığı görülmektedir.<sup>93</sup> Kamu Denetçiliği Kanunu Tasarısının<sup>94</sup> “*inceleme ve araştırma*” başlıklı 20. maddesine ve kanunun amacını belirten 1. maddeye bakıldığında, Kurumun amacının devletin nitelikleri kapsamında idarenin işlem ve eylemleri ile bu konudaki şikayetleri incelemek, araştırmak ve gerekli yerlere (şikayet edilen idareye, şikayet edene ve yıllık rapor olarak da Meclise) önerilerde/bildirilerde bulunmaktadır. Görüldüğü gibi hak arama özgürlüğüne dolaylı olarak katkısı olabilecek bir hak arama yoludur.

Hak arama özgürlüğünün bütün hakları “*kapsayan*” bir hak olduğunu daha önce belirtmiştik. Fakat bu özgürlüğün hak olarak pratiğe yansımaları sağlayan hak arama yolları, her hak için genel geçer olmayabilir. Daha açık deyişle, bir özgürlük için bir hak arama yolu kullanılabilirken, bir başka hak için daha farklı bir yola başvurulabilmektedir. Örneğin suç teşkil eden hak ihlalleri için genellikle yargı yolu kullanılmaktadır. İdare tarafından yapılan ihlallerde ise idari mercilere başvuru yoluna gidilmektedir.

Kamu denetçisine başvurma hakkı, uygulamada iyi bir şekilde gerçekleştirilebilirse, idari denetime veya yargısal şikâyetlere yansımamakla birlikte, hizmet görenlerin işlemlerinin uzamasına, bürokratik hantallığa ve kırtasiyeciliğe sebep olan ve bireyleri psikolojik olarak yıpratıcı uygulamaları önleyebilir.<sup>95</sup> Neticede, hak arama özgürlüğünün idari alanda doğrudan, yargısal alanda da dolaylı olarak yükselebileceğini tahmin etmek zor olmayacaktır.

### **c. Bilgi Edinme Hakkı**

Yönetimde şeffaflaşmanın bir gereği olan bilgi edinme hakkı hak ara-

---

<sup>92</sup> Tunç/Bilir/Yavuz, s. 347.

<sup>93</sup> Bu görüşümüze benzer bir görüşü dilekçe hakkı kapsamında TBMM'ye yapılan başvurularla ilgili olarak söyleyen Erdoğan, dilekçe hakkının pek etkili bir hak olmadığını belirtmiştir (Erdoğan, *İnsan Hakları*, s. 192; bkz. aynı yönde Akılhoğlu, s. 296).

<sup>94</sup> Yasama Dönemi, 23 Yasama Yılı 5, Esas No 1/991, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=88231](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=88231), erişim 08.03.2011.

<sup>95</sup> Bkz. aynı yönde Akıncı, s. 280-281 ve 371.

ma yollarından birisidir.<sup>96</sup> Bu yönüyle bilgi edinme, hak arama özgürlüğünün bir ön koşulu durumundadır. Çünkü gerekli bilgilenme olmadan hak aramak için harekete geçilemez veya geçilse de iyi bir netice elde edilemez.<sup>97</sup> Bilgi edinme hakkı, “devletin/idarenin tek taraflı iradesiyle kişilerin ve toplumun hukuki durumunda değişiklik oluşturan eylem, işlem ve kararlarına ilişkin bilgilerin herhangi bir özel bir yararın ispatına gerek olmaksızın bireyler tarafından elde edilebilmesini garanti altına alan bir insan hakkı”dır.<sup>98</sup> İdari hak arama yolu olan bilgi edinme hakkı, 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasal olarak düzenlenmiştir (m.74). Daha önce 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile<sup>99</sup> yasal olarak da düzenlenmişti. Anayasa değişikliği ile herkesin bilgi edinme hakkının bulunduğu belirtilmiş, ve hakkın ayrıntısına yer verilmeyerek kanuna bırakılmıştır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 15. maddesiyle Anayasada yargı yolu kapalı olduğu belirtilen işlemlere ilişkin “kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyen” bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkının kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bir belgenin veya bilginin kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyip etkilemediğini hangi merci tespit edecek ve bu hükmün sebebi nedir? Böyle bir düzenlemenin gerekçesinin ne olduğu belirtilmese de, çeşitli tahminler yürütmek mümkündür. Bu kapsamda, ya Anayasada yargısal yolun kapalı olduğu bir işleme karşı ondan daha etkisiz olan idari başvuru yolunun açılması mantıksız ve Anayasaya aykırı görüldü veya yargı yolu kapalı bu işlemlerin içeriği ile ilgili çeşitli belgelerin bilgi edinme yoluyla alınması, bu belgelerin çok önemli olması nedeniyle engellenmek istendi. Ya da, Anayasanın yasakladığı bazı alanlarda bilgi edinme hakkı “olmasa da olur” şeklindeki bir saik yürütülmüş olabilir. Bunlardan hangi ihtimal gerçekleşmiş olursa olsun, yargı yolu kapalı bu işlemlere karşı (kanun Anayasa değişikliğinden önce olduğu için HSYK kararları, YAŞ kararları, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, uyarma ve kınama cezaları) bilgi edinme hakkının sınırlı olarak kullanılması, o işlemlerin içeriğini ve gerekçesini şüpheye düşürmektedir. Bu nedenle hak arama özgürlüğü açısından iyi bir düzenleme olmamıştır. Fakat doktrinde bu tip yargı yolu kapalı işlemlerin büyük bir kısmı

<sup>96</sup> Akılhoğlu, s. 185-186; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 501; bkz. aynı yönde Yıldırım, s. 80.

<sup>97</sup> Güran, Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Sayı 9, Y. 1992, s. 29.

<sup>98</sup> Döner, Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2010, s. 98.

<sup>99</sup> Resmi Gazete, Sayı 25269, Tarih 24.10.2003.

kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olduğu için bu sınırlamanın fazla önemli olmadığı vurgulanmıştır.<sup>100</sup>

Bir belgenin veya bilginin kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyip etkilemediğini, başvuru reddedilirse, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) tespit edecektir. Nitekim BEDK, bazı kararlarında buna yer vermiştir. Örneğin HSYK tarafından verilen “*cezai işlem yapılmasına yer olmadığı*” şeklinde karara karşı yapılan bilgi edinme başvurusunun reddedilmesi üzerine önüne gelen dosyada, karardaki bilgi ve belgelerin başvuranın çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkilediğine karar vermiştir.<sup>101</sup> Bazı yazarlara göre, başvuranın statüsünü etkileyen her bilgi ve belge onun çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkilemektedir.<sup>102</sup> Özellikle olumlu veya olumsuz verilen her türlü kararın içerdiği bilgi ve belgelerin yanlış olması ihtimaline karşı, onların düzeltilmesini sağlamak için yargı yolu kapalı işlemlerde böyle bir yola gidilmesi gerekli<sup>103</sup> iken, bunun tam aksinin yapılması hukuk devleti adına yersizdir. Ayrıca yeni Anayasa değişikliği ile getirilen kişisel verilerin korunması hakkı ile de bu tip yanlışların düzeltilmesi yolu açılmış olmaktadır. Fakat o hak da belirli hallerde sınırlanabilmektedir.

<sup>100</sup> Döner, *Şeffaf Devlet...*, s. 225.

<sup>101</sup> **BEDK**, 26 nolu toplantıda alınan 18.05.2005 tarihli ve 338 sayılı karar, <http://www.bedk.gov.tr/KurulKarar.aspx>, erişim 07.03.2011. Kararın gerekçesinde “*başvuru sahibinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkilediği açık olan Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun [...] tarih ve [...] sayılı Kararı ve bu Karara konu olan soruşturma dosyasının bilgi edinme hakkı kapsamında başvuru sahibine verilmesi gerektiği*” belirtilmiştir. Aynı yönde D... Üniversitesi Rektörlüğünün soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgelerin istenmesine rağmen bir kısmını vermemesi sonrasında Kurul’a yapılan itirazda Kurul “*başvuru sahibi hakkında düzenlenen soruşturma raporlarının çalışma ve meslek hayatını etkileyecek nitelikte bilgiler taşıması ve savunma ve adil yargılanma hakkını kullanabilmesi için bu bilgilere erişiminin gerekli olmasından ötürü*” istenen bilgi ve belgelerin verilmesi gerektiğine karar vermiştir (**BEDK**, 22 nolu toplantıda verilen 06.04.2005 tarihli ve 2005/227 sayılı karar, <http://www.bedk.gov.tr/KurulKarar.aspx>, erişim 07.03.2011). **Aksi yönde** 27 nolu toplantısında vermiş olduğu 01.06.2005 tarihli ve 415 sayılı kararında ise, bilgi istenen işlemle doğrudan ilgisi bulunmayan başvuru sahibinin Kurula itirazı neticesinde Kurul “*4982 sayılı Kanununun 15 inci maddesinde yargı denetimi dışında kalan idarî işlemlere ilişkin bilgi ve belgelerden sadece kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanların 4982 sayılı Kanun kapsamına dahil olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu nedenle başvuru sahibinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olmayan ve üçüncü şahıslar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin işlemlere ilişkin olan talep edilen belgelerin 4982 sayılı Kanunun 15 inci maddesi gereğince başvuru sahibine verilemeyeceğin*”e karar vermiştir (<http://www.bedk.gov.tr/KurulKarar.aspx>, erişim 07.03.2011).

<sup>102</sup> **Al, Mehmet Aydan**, Bilgi Edinme Kurulu Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz), Ankara 2007, s. 102.

<sup>103</sup> **Al**, s. 105.

Netice olarak, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da tek başına hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesine önemli katkı sağlamakla birlikte, bu hakkın Anayasal dayanağa kavuşturulması yerinde olmuştur.

#### **d. Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme**

Kişisel verilerin korunması hakkı, bilgi edinme hakkı gibi hak arama özgürlüğüne katkı sağlayan ve idari başvuru yoluyla kullanılacak bir haktır. Bu hak insan onurunu koruması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve korunması açısından çok önemlidir.<sup>104</sup> Anayasa değişikliğinden iki yıl önce hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının<sup>105</sup> 2. maddesinde kişisel veri “*belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek veya tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler*” olarak tanımlanmıştır.<sup>106</sup> Kanun Tasarısı, kişisel verilerin nasıl, hangi kurumlarca, hangi amaçlarla işleneceğini ayrıntılı olarak belirtmiştir (m. 4-6). Ayrıca hangi hallerde kişisel verileri işlemenin hukuka uygun olacağı, hangi hallerde olmayacağı da maddeler halinde öngörülmüştür.<sup>107</sup> Çok önemli bir husus da kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerin özel nitelikli olduğu için işlenemeyeceğinin belirtilmesidir.<sup>108</sup>

Aslında Tasarı, Anayasa değişikliğinden önce kanunlaştırılmak istenmişti. Çünkü Anayasada açıkça kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmesine de bilgi edinme hakkı ve diğer ilgili maddelerde (hukuk devleti, özel hayatın gizliliği gibi) dolaylı dayanak bulunabilirdi.<sup>109</sup> Fakat bir türlü kanunlaşamadığı için, 2010 Anayasa değişikliği ile, Anayasanın 20. maddesine vatandaşlara (bazı hallerde yabancılara) kişisel verilerin korunmasını talep etme hakkı eklenmiştir. Maddeye göre “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin*

---

<sup>104</sup> Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 119.

<sup>105</sup> Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 2, Esas No 1/576, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=64271](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=64271), erişim 07.03.2011.

<sup>106</sup> Bkz. aynı yönde Şimşek, s. 120.

<sup>107</sup> Örneğin Kanun Tasarısının 5. maddesinin (b) bendinde kişisel verilerin “*belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi*” bir ilke olarak yer almıştır.

<sup>108</sup> Fakat bu özel nitelikli kişisel verilerin bazı hallerde işlenebileceği belirtilmiştir. Misal olarak bunlardan birisi kişinin rızası veya suç soruşturmasında kişisel verilerin belirli şartlarla işlenebilecek olmasıdır (m. 7/1-a, 7/4).

<sup>109</sup> Bkz. aynı yönde bilgi için Şimşek, s. 111 ve 142-145.

*korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Bu hak kapsamında *herkes*, özellikle kendine ait verilerin amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmek için ilgili yerlere başvuru yapabilecektir. Bir hak arama yolu olarak kişisel verilerin korunmasını talep etmek, diğer bazı özgürlüklerin ihlalini önleyebilir veya telafi edebilir. Örneğin özel hayatın gizliliği, kişinin şeref ve haysiyeti, din ve vicdan hürriyeti gibi bazı haklar bu yolla daha da güvenceli hale gelebilir. Böylece hak arama özgürlüğü, daha da geliştirilmiş olacaktır.

## SONUÇ

Kuşkusuz hak arama özgürlüğü ve hak şeklinde uygulamaya yansımaları, insan haklarının ulaştığı seviye açısından önemlidir. Şunu önemle belirtelim ki, hak arama yollarına başvuru sayısı, bir yönüyle ülkede hak ve özgürlüklerin ne kadar fazla ihlal edildiğini de göstermektedir. Bu nedenle, önemli olan hak ihlallerinin ve böylece hak arama yollarına başvurunun çok olması değil; hak ihlallerinin mümkün olduğunca az, buna karşılık hak arama yollarının etkili olmasıdır.

Hak arama özgürlüğü, ancak uygulamada etkili hak arama yolları ile hayata geçirildiğinde, diğer hak ve özgürlüklerin koruyucusu olabilir. Diğer tüm özgürlükleri kapsayan hak arama özgürlüğü, Anayasanın 13. maddesi doğrultusunda sınırlandırılabilir. Fakat Anayasanın 36. maddesinde özel sınırlandırma sebepleri bulunmadığı için yapılan sınırlandırmanın Anayasaya uygunluğu tartışılabilir.

2010 Anayasa değişikliği ile HSYK kararlarına, YAŞ kararlarına, uyarma/kınama cezalarına ve Geçici 15. maddede yer alan kişilerin yaptığı işlemlere karşı büyük oranda yargı yolu açılmıştır. Böylece hak arama özgürlüğünün önündeki pozitif engellerin çoğu kaldırılmıştır. Bununla birlikte, HSYK kararlarının bazılarında (uyarma, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması, aylıktan kesme, derece yükselmesini durdurma ve yer değiştirme), YAŞ'ın



terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeni ile emekliye ayırma kararlarına, Olağanüstü Hal KHK'lara ve Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması bundan sonra tartışılacak olan pozitif düzenlemelerdir.

Pozitif düzenlemelerin varlığı ve iyi bir şekilde ele alınmış olması, pratikte her zaman bunların gerçekleştirilmesini sağlamıyor. Kısacası, teori ile pratik hakkın gerçekleştirilmesi için bir bütündür. Gerçekten de son Anayasa değişikliği normatif engellerin çoğunu kaldırmıştır. Fakat hak aramanın önünde ekonomik, adli, bürokratik (idari) ve sosyolojik olmak üzere çeşitli engeller vardır. En önemlisi bu engellerin ortadan kaldırılmasıdır.

Ekonomik açıdan bu engellere bakıldığında, yeterli ekonomik seviyeye gelmeyen kişiler tarafından hak aramak bazen lüks bir ihtiyaç olarak görülebilmektedir. Diğer yandan ekonomik durumları arasında önemli ölçüde farklılık bulunan iki ayrı süje açısından baktığımızda, bunların hak arama imkânı ve hak arama sayısı arasında önemli bir fark olmaktadır. Hak arama özgürlüğünün önündeki ekonomik engelleri kaldırmak için, hak aramanın hem kolay ulaşılabilir hem de daha ekonomik olması gerekmektedir. Bir mahkemeye açılan davada tüm malvarlığını harcayan bir kimsenin bir daha hak araması, hem ekonomik olarak hem de kişinin özgüveni açısından mümkün değildir. Bu tip engelleri aşmak için hukuk ve ceza yargılamasında adli yardım kurumu düzenlenmiş ve uygulanmaya da devam edilmekle birlikte, bunun tam anlamıyla sadra şifa olmadığı ortadadır.

Adli açıdan hak arama özgürlüğünün önündeki en temel engel, hak arama yollarına müracaat edildikten sonra adli mekanizmanın yavaş işlemesi nedeniyle elde edilmek istenen hakkın gecikmesi ve bu gecikmenin bireyler üzerindeki olumsuz psikolojik etkileridir. Daha açık ifadeyle, yargılama süresinin uzun sürmesi nedeni ile doğan güvensizlik bu sorunun temelini teşkil eder.

Bürokratik (idari) engellere kısaca değinmek gerekirse, bürokrasi, doğası gereği muhafazakâr ve yavaş işleyen bir mekanizmadır. Bu doğal olguya bir de ülkedeki kamu görevlilerinin görevden veya kendilerinden kaynaklanan engeller eklendiğinde, bürokrasi hak arama özgürlüğünün önündeki en büyük engellerden biri haline gelmektedir.

Sosyolojik engeller, de gerçekten önemli olmaktadır. Hak arama bilincinin bireysel ve toplumsal bazda oluşup oluşmadığı sorunu, sosyolojik

engelin ne ölçüde bulunduğunu tespit bakımından temel kriterdir. Bu bilinç ülkeden ülkeye değişebileceği gibi, ülke içerisinde bölgeden bölgeye göre de değişiklik gösterebilir. En önemlisi, teknolojinin ve eğitimin gelişimine paralel olarak hak arama bilici de artabilmektedir. “*Olanla yetinme ve içinde bulunulan duruma razı olma*” toplumsal bilinçaltımıza yerleşmiş olan, kamusal otoriteyi eleştirme ve denetleme hakkını bertaraf eden ve bu yönüyle kötü olan bir hastalıktır. Bu hastalık, hem sivil toplum örgütleri yoluyla idarenin ve işlemlerinin denetimini azaltmakta, hem de bireysel olarak hak arama yollarına başvurmayı olumsuz etkilemektedir. Toplumsal olarak bilinçaltımıza yerleşmiş olan bu duruma biraz da “*sistem*” olarak da adlandırılan devlet organlarının işleyişi ve zihniyeti sebep olmaktadır. Bu tabu kırılmadığı sürece, uzun süre devam edecek gibi görünmektedir. İşte bu tabuyu kırmanın yolu, hak arama yollarını kendi menfaatimiz olduğunda değil veya büyük ve önemli bir maddi getirisi olacağı için değil; bazen sırf hak arama özgürlüğünü çok küçük manevi tatminler için (adalet yerini bulsun=hak yerini bulsun saikiyle) dahi büyük zorluklara katlanarak kullanmak, kullanmayı tavsiye etmektir.

Sonuç itibariyle, bir hukukçu olarak bu tip konulardan bahsederken veya yazılmış olanları okurken, hak arama özgürlüğü bakımından kendimizi sıradan vatandaşların bakış açısına ve anlayışına indirgmeden sorunları tam anlamıyla tespit etmek ve çözüm bulmak mümkün olmayacaktır. Bazen hukukçuların bile hak arama isteği ve iradesi açısından ümitsizliğe düştüğü ya da hakkını aramayı aşılabilir bir engel olarak gördüğü olmaktadır. Bu nedenlerle, hak arama özgürlüğünün uygulamasını kolaylaştıracak çözüm mekanizmaları üretirken bu gerçek göz ardı edilmemelidir. Öyleyse yeni hak arama yolları öngörürken, mevcut hak arama yollarına erişimi kolaylaştırırken ve hak arama yollarına başvurduktan sonra işleyecek olan süreci (mesela yargılama) kısaltırken hep bu gerçekten uzaklaşmadan hareket etmelidir.

*Hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi için gerekli çözümsel ilkeler:*<sup>110</sup>

<sup>110</sup> Pratik engellerin nasıl gerçekleştiğini daha iyi anlamak için 2006 yılında 28 okuldaki 300 öğretmen üzerinde hak arama konusunda yapılan araştırma bize yol gösterici olacaktır. Öncelikle “idarecilerinizin yaptığı haksızlık karşısında dava açar mısınız” şeklinde temel bir soru vardır. Bunun neticesinde şu gibi temel veriler elde edilmiştir: Yanına kar kalacağı için uğraşmam diyenler %30,6; devletimi şikayet etmem diyenler %54,4; idarecilerimin baskılarından çekinirim diyenler %49,6; ekmeğiyle oynamak istemem diyenler %36,9; mahkeme masraflarından (avukat vs.) dolayı vazgeçerim diyenler %52,8; mahkeme kararları uzun sürdüğü için uğraşmam diyenler %35,3 oranındadır. (Şen, Serdar, Öğretmenlerin İdareye Karşı Hak Arama Düzeyleri, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek

- Hak arama yollarına erişimi kolaylaştırmak
- Hak arama yollarını ekonomikleştirmek
- Başvuru sonrası süreci hızlandırmak ve kısaltmak
- Hak arama yollarını etkinleştirmek (etkilileştirmek)
- Denetimi artırmak
- Bağımsız birimler oluşturmak

### KAYNAKÇA

**AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Abdullah**, 1982 Anayasası (Madde Gereçekleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları), Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.

**AKILLIOĞLU, Tekin**, İnsan Hakları I, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995.

**AKINCI, Müslüm**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.

**AKSOY, Emine Eylem**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Galatasaray ÜHF Yayını, İstanbul 2004.

**AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

**AL, Mehmet Aydan**, Bilgi Edinme Kurulu Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz), Ankara 2007, s. 102.

**ALTUNDİŞ, Mehmet**, “Anayasa’nın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yolu Açılabilir mi?”, *Yasama Dergisi*, Sayı 2, Y. 2006.

**ARMAĞAN, Servet**, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, DİB Yayınları, Ankara 2001.

---

Lisans Projesi (Yrd. Doç. Dr. Şöheyda Doyuran), Kocaeli 2006, s. 6-7)

- ARSLAN, Zühtü**, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- AŞÇIOĞLU, Çetin**, Hak Arama Özgürlüğü, *Milliyet Gazetesi*, 14.10.1992, <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr> /Arsiv/1992/10/14, erişim 25.02.2011.
- ATAR, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya 2007
- ATAR, Yavuz**, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları”, *Prof. Dr. Coşkun Üçok’a Armağan*, SÜHFD, Sayı 2, C. 2, Y. 1989.
- AYDIN, Nizamettin**, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, Ekin Yayınevi, Bursa 2008.
- AYDIN, Mesut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *AÜSBFD*, Sayı 3, C. 61, Y. 2006.
- BULUT, Nihat**, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2009.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan**, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara 2006.
- ÇETİN, Onur**, Hak Arama Hürriyeti, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek), İzmir 2007.
- ÇINAR, Uğurcan Sevinç**, Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hayati Hazır), Konya 1998.
- ÇOBAN, Ali Rıza**, Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Doç. Dr. Erol Akı), İzmir 1995.
- DİNÇ, Güney**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Hak Arama Özgürlüğü ve Başvuru Yöntemleri”, *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı* (Haz. Mehmet Ö. Alkan), Oğlak Yayınevi, İstanbul 2006.
- DÖNER, Ayhan**, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2010.

- DÖNER, Ayhan**, “Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek”, *EÜHFD*, Sayı 1-2, C. XI, Y. 2007.
- ERDOĞAN, Mustafa**, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, Liberte Yayınevi, Ankara 2000.
- ERDOĞAN, Mustafa**, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara 2007.
- EREM, Faruk**, “Anayasa ve Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, Y. 1963.
- EREN, Abdurrahman**, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- FENDOĞLU, H. Tahsin**, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 19, Y. 2002.
- GÖREN, Zafer**, *Temel Hak Genel Teorisi*, İzmir 1993.
- GÖZLER, Kemal**, *İdare Hukuku II*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- GÖZLER, Kemal**, *Tük Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2010.
- GÖZLER, Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- GÜL, Cengiz/BİRTEK, Fatih**, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, *Erciyes ÜHFD*, Sayı 1-2, C. II, Y. 2007.
- GÜRAN, Sait**, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Sayı 9, Y. 1992.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, “İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *AÜSBFD*, Sayı

2, C. 57, Y. 2002.

**HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı II*, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

**KABOĞLU, İbrahim Ö.**, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayınevi, İstanbul 1999.

**KALABALIK, Halil**, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

**KALAY, Jale**, *AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Prof. Dr. Metin Günday), Ankara 2007.

**KAPLAN, Gürsel**, “Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi”, *AÜEHFD*, Sayı 3-4, C. VII, Y. 2003.

**KAPLAN, Gürsel**, *Hukuk Devleti Açısından İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü ve Sınırları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul 1999.

**KUZU, Burhan**, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

**KÖKÜSARI, İsmail**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

**METİN, Yüksel**, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

**MUMCU, Ahmet/KÜZECİ, Elif**, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 255.

**ÖZBUDUN, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

**ÖZEKES, Muhammet**, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

**ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur**, “İddia ve Savunma Hakkı”, *Gazi ÜHFD*, Sayı 1-2, C. V, Y. 2001.

**SAĞLAM, Fazıl**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara 1982.

- SEVİNÇ, Murat**, “1995 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Tüzemize Etkileri”, *AÜSBFD*, Sayı 1, C. 52, Y. 1997.
- SEZGİNER, Murat**, “İdari İşlem – İcraîlik – Ayrılabilir İşlem – Yargısal Denetim”, *Prof. Dr. İlhan Özay Armağanında* yayımlanacak olan makale ve sözlü olarak ifade ettikleri görüşleri.
- ŞEN, Serdar**, Öğretmenlerin İdareye Karşı Hak Arama Düzeyleri, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Projesi (Yrd. Doç. Dr. Şöheyda Doyuran), Kocaeli 2006.
- ŞİMŞEK, Oğuz**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 119.
- TAN, Turgut**, “1982 Anayasasının Geçici 15. Maddesi Üzerine”, *AÜSBFD*, Sayı 1, C. 49, Y. 1994.
- TANİLLİ, Servet**, Devlet ve Demokrasi, Adam Yayınları, İstanbul 2001.
- TANÖR, Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınevi, İstanbul 1994.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz**, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- TOKLU, Esat**, İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman Yrd. Doç. Dr. Musa Eken), Sakarya 1998.
- TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent**, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011.
- UYGUN, Oktay**, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.
- YILDIRIM, Ramazan**, Türk İdare Hukuku Açısından İdari Başvurular, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003.
- YOKUŞ, Sevtap**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara

2002.

**YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yayını, İstanbul 1993.

### **Yararlanılan Karar, Kanun ve Resmi Gazeteler**

#### **Kararlar:**

AİH Komisyonu, *Coriciani/İtalya*, 18.12.1980 tarihli ve 8603/79, 8722/79, 8729/79, 8723/79 sayılı kararları.

AİHM İkinci Daire, *Sebahattin Evcimen/Türkiye*, Başvuru Tarihi 23.02.2010, Başvuru No 31792/06, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/31792-06.pdf>, erişim 08.03.2011.

AİHM İkinci Daire, Başvuru Tarihi 23.02.2010, Başvuru No 17756/06, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/17756-06.pdf>, erişim 08.03.2011.

AİHM İkinci Dairesi, Başvuru No 64119/00, Başvuru Tarihi 13.11.2008, s. 12. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/76292-01.pdf>, s. 12. erişim 07.03.2011.

AİHM, *Karaçay/Türkiye*, Başvuru No 6615/03, Başvuru Tarihi 27 Mart 2007, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/6615\\_03.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/6615_03.pdf), s. 6, erişim 07.03.2011.

AİHM, *Soner ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru Tarihi 27.04.2006, Başvuru No 40986/98, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40986\\_98.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40986_98.pdf), erişim 08.03.2011.

Anayasa Mahkemesi, 10.1.1991 tarihli ve 1990/25 E. - 1991/1 K. sayılı karar, Resmi Gazete, Tarih 05.03.1992, Sayı 21162, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=), erişim 05.03.2011).

Anayasa Mahkemesi, 14.1.2010 tarihli ve 2007/68 E.- 2010/2 K. sayılı karar, Resmi Gazete, Tarih 28.04.2010, Sayı 27565, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2827&content=ölçülülük](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2827&content=ölçülülük), erişim 04.03.2010).

Anayasa Mahkemesi, 23.7.2009 tarihli ve 2006/65 E. -2009/114 K. sayılı



## Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri

karar, Resmi Gazete, Tarih 07.10.2009, Sayı 27369, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2768&content=ölçülülük](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2768&content=ölçülülük), erişim, 05.03.2010.

Anayasa Mahkemesi, 4.2.2010 tarihli ve 2008/112 E.- 2010/31 K. sayılı karar, Resmi Gazete, Sayı 27565,

Anayasa Mahkemesi, 7.7.2010 tarihli ve 2010/49 E.- 2010/87 K. sayılı karar, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2866&content=5982](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2866&content=5982), ET: 09.12.2010.

Ankara 5. İdare Mahkemesi, 29.06.2004 tarihli ve 2003-1796 E.- 2004-1212 K. sayılı karar, [http://hukukcu.com/modules/newbbex/viewtopic.php?viewmode=flat&order=DESC&topic\\_id=8366&forum=12&move=prev&topic\\_time=1238707838](http://hukukcu.com/modules/newbbex/viewtopic.php?viewmode=flat&order=DESC&topic_id=8366&forum=12&move=prev&topic_time=1238707838), erişim 07.03.2011.

BEDK, 22 nolu toplantıda verilen 06.04.2005 tarihli ve 2005/227 sayılı karar, <http://www.bedk.gov.tr/KurulKarar.aspx>, erişim 07.03.2011).

BEDK, 26 nolu toplantıda alınan 18.05.2005 tarihli ve 338 sayılı karar, <http://www.bedk.gov.tr/KurulKarar.aspx>, erişim 07.03.2011.

ÖSYM Sınav Hizmetleri Müdürlüğü, 12.01.2011 tarihli tekrar inceleme başvurusuna verilen B.30.1.ÖSYM.0.46.00.00/499/01983 sayılı ve 26.01.2010 tarihli cevabî yazı).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.03.2006 tarihli ve 2006/4-66 E. - 2006/99 K. sayılı karar. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim 04.03.2011).

### **Resmi Gazeteler:**

Sayı 17971, Tarih 26.2.1983; Sayı 24556 Mükerrer, Tarih 17.10.2001; Sayı 27580, Tarih 13.05.2010; Sayı 27708, Tarih 23.09.2010; Sayı 27789, Tarih 18.12.2010; Sayı 25269, Tarih 24.10.2003; Sayı 18204, Tarih 27.10.1983.

### **Kanun ve Tasarılar:**

Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 2, Esas No 1/576, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=64271](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=64271), erişim 07.03.2011.

Yasama Dönemi, 23 Yasama Yılı 5, Esas No 1/991, <http://www.tbmm.gov>.

tr/develop/owa/tasari\_teklif\_sd.onerge\_bilgileri?kanunlar\_sira\_no=88231, erişim 08.03.2011.

TBMM Adalet Komisyonu Raporu Karşı Oyu, Dönem 3, Yasama Yılı 5, Tarih 27.10.2010, Esas No 1/961, Sıra Sayısı 574.

TBMM Milli Savunma Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 5, Tarih 17.02.2011, Esas No 1/997, Sıra Sayısı 663.