

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Journal of The
Faculty of Law of
Gazi University**

**Cilt. XIII, Haziran-Aralık 2009, Sayı 1-2
Vol. XIII, June-December 2009, No. 1-2**

2010

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Journal of The Faculty of Law of
Hukuk Fakültesi Dergisi Gazi University**

Sahibi : Owner :

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Chief Editor

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

Editörler: Editors :

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

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

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

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

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 iki defa yayınlanır This Journal is published two times a year

ISSN-1302-0013

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren
yılda 2 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

Basım Tarihi: 20.05.2010

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi 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. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

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

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
10. Cadde No: 51 06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 20 00 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri

1. 1996 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli dergi olarak yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) halinde yayınlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Türkçe-İngilizce başlıkları ile 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce yazılmış özetlerinin ve kaynakçasının yazının sonuna eklenerek yazıma hazır şekilde gönderilmesi,
Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünün, 1,5 satır aralığı ile “Times New Roman” karakterinin kullanılması ve ayrıca dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
4. 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde Microsoft Word formatında hazırlanan yazıların e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
5. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki veya e-posta ile gönderilen biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Dergimiz editörlerince ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Yazardan düzeltme istenmesi durumunda düzeltmenin en geç 20 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Yazarın Hakem Raporuna itiraz etmesi durumunda, yazı yeni bir hakeme gönderilecektir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler yazarların soyadlarına göre alfabetik sırayla yayımlanır.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 10 adet tıpkıbasımı ve 1 adet dergi yazara ücretsiz gönderilecektir.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Cadde, No: 51 Emek 06510 Çankaya/ANK.

Tel: (312) 216 20 14 Faks: (312) 2150169

<http://www.hukuk.gazi.edu.tr> e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı Hayrettin ÇAĞLAR	1-20
Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk Ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması Nusret ÇETİN	21-41
Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı Seda KARA KILIÇARSLAN	43-59
Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu Cemal OĞUZ	61-75
Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa Hamdi PINAR	77-113

KAMU HUKUKU

Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar Ömer ANAYURT	117-160
Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası Gülden ÇAMURCUOĞLU	161-178

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü Ali Kemal KILAVUZ	179-215
İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya Zeynep KIVILCIM	217-240
Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi Kadir KORKMAZ	241-252
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	253-281
Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları Bülent YAVUZ	283-302
Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası Dilşat YILMAZ	303-320
Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi Elif YILMAZ	321-351

TEŞEKKÜR

Değerli meslektaşlarımızın öğreti ve uygulamada yaşanan sorunlara bir çözüm bulma, hukuksal gelişmelere ışık tutma amacıyla kaleme aldıkları çalışmalarını yayınlamak amacıyla çıkardığımız Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin C. XIII, Haziran-Aralık 2009 sayısında da çok kıymetli akademisyen ve hukukçulara ait ve farklı alanlara ilişkin bilimsel çalışmaları değerlendirmelerinize sunmuş bulunmaktayız.

Öncelikle değerli bilimsel çalışmalarıyla dergimize katkı sağlayan tüm müelliflere teşekkür ediyoruz.

En az eser sahipleri kadar titiz ve özverili çalışmalarıyla hakem olarak katkıda bulunan ve bunu herhangi bir karşılık beklemezsiniz ve çok kısa sürede gerçekleştiren değerli meslektaşlarımıza da teşekkürü bir borç biliyoruz.

Derginin hazırlanması sırasında titizlikle yürüttükleri çalışmalar dolayısıyla Fakültemiz araştırma görevlileri ile derginin sekreteryasını yürüten Değer KANYILMAZ ve Özlem ACAR KURT'a ve derginin dizgi işlerini üstlenen Kemal ERDOĞAN'a çok teşekkürler.

Yayın Kurulu

BOŞ

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

BOŞ

**5941 SAYILI ÇEK KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE
TİCARET ŞİRKETİ YÖNETİCİLERİNİN, TEMSİLCİLERİNİN
VE İMZA YETKİLİLERİNİN ÇEK HESABI AÇMA VE ÇEK
DÜZENLEME YASAĞI**

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar*

ÖZET

5941 sayılı Çek Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden biri ileri tarihli çek düzenleme imkanının yasal olarak tanınmış olmasıdır. Buna bağlı olarak da ticaret şirketleri ve diğer tüzel kişiler açısından ileri tarihli olarak düzenlenen çeklerin karşılıksız çıkması halinde sorumluluğun kime ait olması gerektiği hususunda ve alınacak koruma veya güvenlik tedbirleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapılması gerekmiştir. Bu düzenlemeler bazı hallerde haksız bir takım neticelerin ortaya çıkmasına yol açabilecektedir. Bunların başında bir ticaret şirketinde yönetici, temsilci veya imza yetkilisi iken ileri tarihli çek düzenlemiş ancak daha sonra görevden ayrılmış olan kişinin, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında çek karşılığının hazır tutulmaması halinde hakkında verilecek çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı sebebiyle uzun yıllar bir başka şirkette yönetici olarak görev alabilmesinin mümkün olmaması gelmektedir. Zira hakkında söz konusu yasak kararı alınmış kişinin, yöneticisi, temsilcisi veya imza yetkilisi olarak görev aldığı bir şirket adına da çek hesabı açılmayacaktır. Dolayısıyla hakkında böyle bir yasak kararı bulunan kişinin en azından yasaklı olduğu sürece yönetici olarak atanması söz konusu olmayacaktır.

Anahtar kelimeler : 5941 sayılı çek kanunu, karşılıksız çek, karşılıksız çek suçun faili, çek hesabı açma yasağı, çek düzenleme yasağı

ABSTRACT

One of the significant innovations made by 5941 numbered Cheque Act is to grant the allowance of issuing post dated cheques. Depending on this, if post dated cheques, which are issued by corporations and other legal persons, are uncovered; it is required to regulate in detail the matters of identifying the responsible person as well as taking

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

protective and securing precautions. In some cases, these regulations may cause certain unfair consequences. At the head of these regulations comes this situation, in which a person who had been serving as a corporate administrator, representative or authorized signatory issued post dated cheques, but later withdrawn from his or her position, in consideration of the issue date which is specified on the cheque, in case of uncovered cheque on upon presentation of cheque because of the prohibition of issuing cheques and opening cheque accounts, for many years cannot serve as an administrator of a corporation. Forasmuch as for the name of a corporation, in which this banned person working as an administrator, representative or authorized signatory, there is also a prohibition to open a cheque account. Thereby at least a person who has such a prohibition cannot work as an administrator as long as this prohibition period outlasts.

Key Words : 5941 numbered Cheque Act, Uncovered cheque, Perpetrator of uncovered cheque crime, Prohibition of opening cheque account, Prohibition of issuing cheque.

GİRİŞ

TBMM tarafından 14.12.2009 tarihinde kabul edilen ve 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’u yürürlükten kaldırmış ve tamamen yeni yaklaşımlar içeren hükümler getirmiştir. Kanunda öne çıkan yenilikler, başta karşılıksız çek düzenleme suçuna ilişkin yaptırımlar olmak üzere (çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebep olma suçu), ileri tarihli çek uygulamasının yasal dayanağa kavuşturulması, tacir olanlar ve olmayanlar için farklı çeklerin tanzim edilmesi, hamiline çekler için ayrı renk ve tasarımda çek yapraklarının kullanılması gibi konulara ilişkindir.

ÇekK ile getirilen ileri tarihli çek düzenleme imkanı ve bu çerçevede tüzel kişilerin yöneticilerinin düzenledikleri her bir çek yaprağı açısından, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ve ibraz süresi içinde ibraz edilmiş ancak karşılığı bulunmadığı için ödenememiş olan çek yaprakları için, çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebep olma suçunu işleyen, tüzel kişinin mali işlerden sorumlu yöneticisi veya böyle bir kişi yoksa tüm yöneticileri ve çeki keşide eden imza yetkilisi hakkında da bazı yaptırımlar uygulanabilecektir. Aşağıda özellikle ticaret şirketlerinin çek düzenlemeye yetkili olan yöneticileri ve çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibraz süresinde çekin karşılığını bankada hazır etmekle yükümlü olan ancak yükümlülüğünü yerine

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

getirmeyerek çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebebiyet veren yöneticileri hakkında verilebilecek çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı konusunda çek kanunu ile getirilen düzenlemeler ele alınacaktır.

I. TİCARET ŞİRKETLERİ ADINA ÇEK HESABI AÇMA VE ÇEK DÜZENLEME YETKİSİ

ÇekK m. 2 uyarınca gerçek kişi tacir, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı esnaf ve sanatkâr ile tüzel kişiler çek hesabı açılması için bankalara başvuruda bulunabilirler. Başvuru sahibi bir gerçek kişi ise kendisinin, vekilinin veya yasal temsilcisinin imzası olmadan çek hesabı açamaz (ÇekK m. 2/3)¹. Kanun koyucu, gerçek kişinin adına çek hesabı açtırma yetkisi verdiği vekil veya yasal temsilciye çek düzenleme yetkisi vermemiştir. Bu durumda küçük veya kısıtlı olan tacir adına işlem yapmaya yetkili yasal temsilcinin çek düzenleme yetkisinin olmaması ticaret hayatı açısından ciddi sakıncalar doğuracaktır². Ayrıca çek düzenleme yetkisinin gerçek kişi tacir adına bir başkası tarafından kullanılmayacağı da açıkça ifade edilmiştir³ (m. 5/3).

Tüzel kişiler ise yöneticileri, temsilcileri veya imza yetkilileri eliyle çek hesabı açtırmak için başvuruda bulunabilirler ve bu kişiler eliyle çek düzenleyebilirler. Tüzel kişiler arasında yer alan ve çalışmamızın konusunu oluşturan ticaret şirketleri adına çek hesabı açma ve çek düzenleme yetkisine sahip olan kişileri ayrı başlıklar altında daha yakından incelemek faydalı olacaktır.

A. Kollektif Şirketlerde Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yetkisi

Kollektif şirketlerde, sözleşme serbestisi çerçevesinde ortaklar temsil yetkisinin kime ait olacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak sözleşme ile

¹ Çek Kanununun konuyu düzenleyen hükmünün, Adalet komisyonundaki görüşmeler sırasında "Vekil" ibaresinin eklenmesi neticesinde, istisnaları düzenleyen bir hüküm olmaktan çıktığı ve genel kuralı tekrarlayan anlamsız bir düzenleme haline dönüştüğü görüşü doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir, bkz. *Kırca*, İ: 5941 sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 8.

² 5941 sayılı ÇekK' undan önce küçük veya kısıtlılar adına veli tarafından veya vasi tarafından (sulh hukuk mahkemesinin iznini almak suretiyle) kambiyo taahhüdünde bulunulabilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kendigelen*, A.; Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 46.

³ Her ne kadar doktrinde bunun teorik olarak mümkün olduğu ifade edilmiş ve ticari mümessilin çek düzenlemesinin yasaklanmadığı ve böyle bir durumda ticari mümessilin düzenlediği çekin diğer unsurlarının tamam olması halinde geçerli olacağı ifade edilmişse de (*Kırca*, s. 41) gerçek kişi adına ticari mümessil tarafından çek düzenlenmesi halinde çek hesabı sahibine ve ticari mümessile uygulanacak yaptırımların ağırlığı, fiilen buna engel olacaktır. Bu yasağın derhal kaldırılması gerektiği hususunda bkz. *Pulaşlı*, H.: Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 7.

temsil yetkisinin kime ait olduğunun açıkça belirlenmemiş olduğu durumlarda, idare hakkına sahip olanlar aynı zamanda temsilci olarak da kabul edilir⁴ (TTK m. 175, 160). TTK m. 160/1 hükmü gereğince şirket sözleşmesi ile veya ortakların alacakları karar ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça, her ortağın tek başına şirketi idare hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle temsil ve idare hakkı konusunda farklı bir düzenleme yapılmamışsa her ortağın tek başına şirketi temsile yetkili olduğu ifade edilebilir⁵. Temsil yetkisinin en geniş sınırını, şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu oluşturmaktadır (TTK m. 137). Kural olarak şirketin konusu içinde yer alan her türlü işlem, şirketin temsilcileri tarafından gerçekleştirilebilir (TTK m. 176/1). Bu anlamda yapılan işin şirket için olağan ya da olağanüstü nitelik taşıması arasında da bir fark bulunmamaktadır⁶.

Kollektif şirket temsilcilerinin temsil yetkisi, ancak şube işleri ya da birlikte temsil suretiyle sınırlandırılabilir (BK m. 451, TTK m. 176/2). Bunlar dışında yapılan her türlü sınırlama, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hükümsüz olarak kabul edilmektedir (TTK m. 176/1, c. 1).

Kollektif şirketlerde temsil yetkisinin ticari mümessillere bırakılması da söz konusu olabilir. Ticari mümessilin, temsil yetkisinin, diğer temsilci ortaklarla birlikte kullanılacağı kararlaştırılabileceği gibi; temsil yetkisinin tüm ortaklardan alınarak yalnızca ticari mümessillere bırakılması da mümkündür. Bu son durumda ticari mümessil, temsil yetkisinin kapsamına giren işlemleri şirket adına yapabilecekken; temsil yetkisinin kapsamına girmeyen işlemlerde şirketi bütün ortaklar birlikte temsil edeceklerdir⁷. Ticari mümessilin temsil yetkisinin kapsamına, kambiyo senedi düzenleme hususu da dâhil olduğundan (BK m. 450), kollektif şirket temsilcisi olarak atanan ticari mümessilin şirket adına çek hesabı açtırabileceğini ve çek düzenleyebileceğini söylemek mümkündür. Özetle ifade etmek gerekirse, kollektif şirket temsilcilerinin birlikte veya münferit olarak veya sadece şube işleriyle sınırlı şekilde şirket adına çek hesabı açtırma ve şirket adına çek düzenleme yetkileri bulunmaktadır.

⁴ TTK m. 156'nın "... mukaveleye konması mecburi olan kayıtlarından biri veya bazıları eksik yahut hükümsüz olan bir kollektif şirket adi şirket hükmünde olup hakkında ... BK 520-541 inci maddeleri tabkik olunur" hükmü nedeniyle 175. maddenin uygulanmasına imkan bulunmadığı görüşü de ileri sürülmektedir, bkz. Arslanlı, H.: Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 129; Çamoğlu, E./Poroy, R./Tekinalp, Ü., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009, N. 215.

⁵ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 274, 274a; Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana 2004, s. 116, 117 (Şirketler).

⁶ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 277.

⁷ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 275.

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasası

B. Adi Komandit Şirketlerde Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yetkisi

Adi komandit şirketlerde ise şirketi temsil yetkisi, komandite ortaklara aittir ve sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece her komandite ortak, şirketi tek başına temsil yetkisine sahiptir (TTK m. 257/1). Dolayısıyla, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, her bir komandite ortağın şirket adına çek hesabı açtırmaya ve çek düzenlemeye yetkili olduğu söylenebilir. Komandite ortağın temsil yetkisinin niteliği, kullanılması ve sınırları hakkında kollektif şirketlere ilişkin düzenlemeler dikkate alınır (TTK m. 257/1).

Komanditer ortakların şirketi temsil yetkileri söz konusu olmamakla birlikte, şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmaması şartı ile komanditer ortağın, ticari mümessil, ticari vekil ya da ticari memur olarak tayin edilmesi mümkündür (TTK m. 257/2). Böyle bir ihtimalde komanditer ortağın şirket adına çek hesabı açtırması ve çek düzenleyebilmesi konusunda, onun ticari mümessil mi yoksa ticari vekil mi olduğunun dikkate alınması gerekecektir. Ticari mümessil olarak atanan komanditer ortağın da, ayrıca yetki verilmesine gerek olmaksızın şirket adına çek hesabı açtırmaya ve çek düzenlemeye yetkili olduğu söylenebilir (BK m. 450). Ancak ticari vekil olarak atanan komanditer ortağın şirket adına çek hesabı açtırması ya da çek düzenleyebilmesi için şirket kendisine bu konuda özel bir yetki vermelidir⁸ (BK m. 453/2). Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından da kanun koyucunun adi komandit şirketlere yapmış olduğu atıf neticesinde aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür (TTK m. 476/1).

C. Anonim Şirketlerde Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yetkisi

Anonim şirketlerde, şirketi üçüncü kişilere karşı temsil yetkisi, yönetim kuruluna aittir (TTK m. 317). Yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsil yetkisi, şirket ile ilgili belgelerin şirket unvanı altında imzalanması suretiyle kullanılır⁹. Ancak yönetim kurulu üyelerinin temsile yönelik yapmış olduğu

⁸ Ancak verilen özel yetkinin kapsamının belirlenmesinde yalnızca verilen yetkide yer alan ifadelerin lafzına bakmak doğru olmaz. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında şirketin temsilcisi tarafından kendisine vekâletname ile yetki verilen kişinin, şirket adına bono imzalamasında da aynı sonuca varmış ve vekile verilen vekâletnamede yalnızca “*senet ve çek imzalanması için*” verilen yetkinin, bono imzalamayı da kapsayacağını kabul etmiş; aksinin kabulünün aşırı şekilcilik olup hak kaybına yol açacağına karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur. İlgili karar için bkz. Y. 11. HD., T. 30.04.2009, E. 2009/1420, K. 2009/9465 (YKD, Temmuz 2009, C. 35, Sa. 7, s. 1323).

⁹ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 537.

işlemlerin şirketi bağlayabilmesi için, esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, “çift imza kuralı” gereğince yönetim kurulu üyelerinden en az ikisinin imzası gerekmektedir (TTK m. 321/3).

Yönetim kurulu üyeleri arasında şirketi temsile yetkili olanların ad ve soyadları ile tabiiyet ve ikametgâhlarının, ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir¹⁰ (TTK m. 300/2, b. 8; m. 323). Yönetim kurulu ayrıca görev dönemi başında şirketi temsile yetkili olanların imza yetkilerinin kapsamını ve derecesini gösteren noterce onaylı bir “imza sirküleri” düzenler¹¹. O halde anonim şirketi temsile yetkili olanların en az ikisi tarafından imzalanması koşulu ile bu kişilerin şirket adına çek hesabı açtırmaya ve çek düzenlemeye yetkili olduğu söylenebilir. Ancak şirket yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte şirketi temsile yetkisi olmayan kişilerce ya da, aksi esas sözleşmede belirtilmemişse, şirketi temsile yetkili kişilerden yalnızca birinin imzası ile açılan çek hesapları ve düzenlenen çek yapıları şirketi bağlamayacaktır.

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin sözleşmede hüküm bulunmak şartı ile murahhas üye ya da müdürlere bırakılması da mümkündür. Şirket esas sözleşmesi ile murahhas üye veya murahhas müdür tayin etme yetkisi genel kurula veya yönetim kuruluna bırakılabilir (TTK m. 319, 342). Temsil yetkisinin bir ya da daha fazla murahhasa bırakılması durumunda, onların temsil yetkileri ancak birlikte temsil ya da şube işleri ile sınırlandırılabilir. Bunun dışında yapılan sınırlandırmalar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Şirketin temsil yetkisinin tek bir murahhas üyeye verilmesi ve diğer yönetim kurulu üyelerinden temsil yetkisinin alınması da söz konusu olabilir (TTK m. 319/son). Yine birden fazla murahhas üyenin her birine ayrı ayrı temsil yetkisi verilebileceği gibi; birlikte imza şartı ile hareket etmeleri koşulu da getirilebilir. Bunun yanında temsil yetkisinin, yönetim kurulu üyesi olmayan murahhas müdürlere bırakılması durumunda (örn. ticari mümessillere), yönetim kurulu üyelerinden en az birinin de temsil yetkisine sahip olması gerekir (TTK m. 319/1). Temsil yetkisinin murahhas üyelere bırakılması durumunda, onların da şirket adına çek hesabı açtırmaya ve çek düzenlemeye yetkili

¹⁰ Kurulda seçilen temsilcilerin aksine, sonradan seçilen temsilcilerin ayrıca ilan edilmesi aranmamaktadır, bkz. TTK m. 323 hükmü ve *Ansay*, T.: Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ankara 1982, s. 114.

¹¹ Yönetim kurulu üyeleri dışındaki şirket görevlilerine de temsil yetkisi veriliyorsa, bu durumda imza sirkülerine bu kişilerin hangi işlemlerde ve hangi ölçüde temsile yetkili olduklarının da belirtilmesi gerekir. İmza sirkülerinin ibrazı, şirketi temsile yetkili olanların bu yetkilerini ispatlamaya ve yapılan düzenleme ve sınırlamalar hususunda muhatapların TTK m. 321/2 hükmü çerçevesinde bilgi sahibi olmasına yarar, *Çamoğlu/Poroy/Tekinalp*, N. 538.

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

olduğu söylenebilir. Ancak temsil yetkisinin murahhas müdürlere bırakıldığı durumlarda, onların şirket adına çek hesabı açtırması ve çek düzenleyebilmesi için, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan bir şirket temsilcisi ile birlikte bu işlemlerin altına imza atması gerekmektedir. İşte şirketi temsil etme hakkına sahip olan kişinin açık bir şekilde tayin edilmesi ve durumun TTK m. 323 gereğince ticaret siciline tescil ettirilmesi gerekir. Aksi halde tüm yönetim kurulu çek bedelinin hazır bulundurulmamasından sorumlu olur¹².

D. Limited Şirketlerde Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yetkisi

Limited şirketlerde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortakların hepsi birlikte müdür sıfatıyla şirketi temsil yetkisine sahip olacaklardır (TTK m. 540/1). Ancak kanunda yer alan “ortaklar” ifadesi, limited şirketin kuruluşu sırasındaki ortakları kapsamaktadır. Bu nedenle şirkete sonradan giren ortaklar, ayrıca verilmiş bir ortaklar genel kurul kararı olmadıkça temsil yetkisine sahip olmazlar (TTK m. 540/3). Ortakların hepsinin şirketi temsil yetkisine sahip olduğu durumda, limited şirket adına bir çek hesabı açılabilmesi ya da çek düzenlenebilmesi için, temsil yetkisine sahip olan tüm ortakların imzası gerekecektir. Ancak kanunda yazılı bu tamamlayıcı kuralın aksi düzenlenebilir ve münferit temsil yetkisi de kararlaştırılabilir, yani her ortağa tek başına şirket adına işlemlerde bulunma yetkisi tanınabilir¹³.

Limited şirketlerde şirket sözleşmesi ya da ortaklar genel kurulu kararı ile temsilci belirlenmesi de mümkündür (TTK m. 540/2). Hatta anonim ve kollektif şirketlerden farklı olarak¹⁴, limited şirketlerde şirket sözleşmesi veya ortaklar kurulu kararıyla şirketin temsilinin tamamının ortak olmayan üçüncü kişilere bırakılması da mümkündür ve bu kişiler hakkında da ortak olan müdürler hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur (TTK m. 541). Şirketi temsile yetkili olan müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamı ve sınırları hakkında, TTK m. 542/1 hükmünün atfı nedeniyle TTK m. 321 hükmü dikkate alınır. Bu anlamda temsil yetkisine sahip olan müdürler, şirketin konusuna giren her türlü işlemi, şirket adına yapma yetkisine sahiptir.

Sözleşmede aksine bir düzenleme olmadıkça, ortaklar kurulu kararı ile limited şirketlerin temsili için, ticari mümessil ya da bütün işletmeyi idare yetkisine sahip olan ticari vekil atanabilir (TTK m. 545). Böyle bir durumda,

¹² Poroy, R./Tekinalp, Ü.; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. Bası, İstanbul 2010, N. 521b.

¹³ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 1719a.

¹⁴ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, N. 1719b.

ticari mümessil, özel izne gerek olmaksızın şirket adına çek hesabı açtırıp çek düzenleyebilecekken (BK. m. 450); ticari vekilin bu işlemlerde bulunabilmesi için, özel olarak şirket tarafından yetkilendirilmesi gerekecektir (BK m. 453/2).

E. Kooperatiflerde Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yetkisi

Kooperatiflerde yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır (KoopK m. 55). Kooperatifin yönetim kurulu, kooperatifi temsile yetkili kılınan kimselerin isimlerini, imzalarını ve bu yetkiye dayanan kararların noterlikçe tasdikli örneğini ticaret siciline verecektir (KoopK m. 61). Kooperatifi temsile yetkili kılınan kimselerin yaptığı işlemlerin şirketi bağlayabilmesi için, imzalarını kooperatifin unvanı altına koymaları gerekmektedir (KoopK m. 60)¹⁵. Kooperatifi temsile yetkili olanların yetkileri yalnızca şube işleri ve birlikte temsil suretiyle sınırlandırılabilir. Bunun dışında yapılan sınırlandırmalar iyniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez (KoopK m. 59/2). Kooperatifler Kanunu m. 58 hükmü gereğince, esas sözleşme ile genel kurula ya da yönetim kuruluna temsil yetkisini, kısmen veya tamamen kooperatif ortağı olması şart olmayan bir ya da birkaç müdüre (murahhas müdür) veya yönetim kurulu üyesine (murahhas üye) bırakılması yetkisi verilebilir. Kooperatifler Kanunu m. 98 hükmünün, anonim şirketlere yapmış olduğu atıf neticesinde, TTK m. 321/3 ve 322 hükümleri gereğince, şirket adına düzenlenecek olan evrakın geçerli olarak kabul edilebilmesi için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça, temsile yetkili olanlardan en az ikisinin imzası gereklidir. O halde esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece¹⁶ kooperatif şirketi temsile yetkili kılınan kimselerden ikisinin imzası ile şirket adına çek hesabı açtırılması ya da çek düzenlenmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİNDE ÇEK HESABI AÇMA VE ÇEK DÜZENLEME YASAĞI

A. Muhatabı Olabilecek Kişiler

Bir koruma tedbiri veya güvenlik tedbiri olarak verilecek çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağının muhatapları ticaret şirketleri açısından başta çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibraz edilmiş olmak kaydıyla çekin

¹⁵ YHGK, T. 13.02.2002, E. 2002/12-58, K. 2002/92 sayılı karar için bkz. Çelik, S./Lale, M.: Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006, s. 861-862.

¹⁶ Temsil yetkisinin yalnızca bir murahhas müdüre ya da murahhas üyeye devri durumunda, yapılan işlemin şirketi bağlayabilmesi için, yalnızca onun imzası gerekli ve yeterli olacaktır.

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

karşılığını hesapta bulundur-mayan kişi/kişiler olmak üzere çeki düzenleyenler ve adına çek düzenlenen ticaret şirkettir (ÇekK m. 5/4). Bu kişilerin daha yakından incelenmesinde fayda olduğu düşünülmektedir.

1. Çekin Üzerinde Yazılı Keşide Tarihinde Çekin Karşılığını Hazır Bulundurmakla Görevli Yönetici/Yöneticiler

Çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinde bankaya ibraz edilmiş olması koşuluyla, bu çeklerin karşılığının tamamen veya kısmen hesapta hazır bulundurulmaması halinde sorumluluk, varsa bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir görevlendirme yapılmamış ise yönetim organının üyesi olan gerçek kişi/kişilerin tamamına ait olacaktır (ÇekK m. 5/2). Bu kişiler ÇekK m. 5/1 gereğince çekin karşılıksızdır işleme tabi tutulmasına sebep olmaları nedeniyle cezai yönden sorumlu olacakları¹⁷ gibi haklarında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı da verilecektir.

Bunlar hakkında adli para cezasına hükmedilebilmesi için hamilin şikayetinde bulunması ve mahkeme tarafından bu yönde bir karar alınması şarttır. Adli para cezasının üst sınırı her bir çek yaprağı ile ilgili olarak binbeşyüz gün olarak tespit edilmiş, ancak bu miktarın çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmaması gerektiğine işaret edilmiştir¹⁸. Alt sınır ise TCK m. 512/1 gereğince beş gündür. Adli para cezasının ödenmemesi halinde ise faile 5275 sayılı İnfaz Kanunu m. 106 hükmü gereğince zorlama hapsi uygulanacaktır.

2. Çeki Düzenleyen Kişi

ÇekK m. 5/4 hükmü ile karşılıksız çek düzenleyen gerçek kişi hakkında da çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı getirilmesine imkan sağlanmıştır. Kanunun gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, karşılıksız çek düzenlen-

¹⁷ Bu kişiler hakkında cezai sorumluluk ancak suçu kasten işlemeleri halinde gündeme gelebilecektir, bu suçun taksirle işlenebilmesinin mümkün olmadığı ve kanunlaştırma çalışmalarındaki gelişmeler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Özgenç*, İ.: Çek Kanunu, 3. Bası, Ankara 2010, s. 78vd. (Çek).

¹⁸ ÇekK m. 5/1 hükmünde belirtilen binbeşyüz günlük adli para cezası *Reisoğlu*'nun belirttiği gibi bir asgarî miktar değil, bilakis bir azamî miktar olarak kabul edilmelidir. Zira kanun metninde açıkça "...binbeşyüz güne kadar..." şeklinde ifade edilmiştir, bkz. *Reisoğlu*, S.; Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, TBB Toplantısında 29.12.2009 t. Sunum, s. 4, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumları/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf, s. 11 (05.05.2010). Buradaki sınırın üst sınır olduğu, ancak çekin karşılıksız kalan kısmından az olamayacağı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Özgenç*, (Çek), s. 84.

mesi halinde verilecek adli para cezasına çarptırılacaklar, sadece çekin karşılığını üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibrazı halinde hazır bulundurmayan kişi/kişiler ile sınırlı tutulmuşken, bir koruma tedbiri veya güvenlik tedbiri olarak verilecek çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağının muhatapları daha geniş tutulmuştur. Öyle ki bir limited şirket yöneticisi iken, ileri tarihli bir çek düzenlemiş ve daha sonra, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce, şirketten ayrılmış olan müdür dahi, üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibraz edilmiş ve karşılığı tamamen veya kısmen hazır bulundurulmamış olan çekten ötürü çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağının muhatapı olacaktır (m. 5 gerekçesi). Bu durum diğer ticaret şirketlerinin çek düzenlemeye yetkili olan temsilcileri açısından da geçerlidir.

Bir ticaret şirketi adına düzenlenmiş çekin karşılığını, üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibraz halinde hazır bulundurmayan kişi hakkında, TCK m. 24 hükmü gereğince zorunluluk hallerinden birinin varlığı sebebiyle adli para cezası uygulanmadığı hallerde, artık çeki düzenleyen kişi hakkında veya adına çek düzenlenen tüzel kişi hakkında da koruma veya güvenlik tedbiri olarak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı verilemeyecektir¹⁹.

3. Adına Çek Düzenlenen Kişi

Adına düzenlenen çek karşılıksız çıkan ticaret şirketleri de çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağına tabi olacaklardır. Her ne kadar ÇekK m. 5/4 hükmünde adına karşılıksız çek düzenlenen gerçek kişiler hakkında da aynı yasakların uygulanacağı belirtilmişse de, çek hesabı sahibi gerçek kişinin, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemeyeceğini düzenleyen m. 5/3 c. 1 hükmü karşısında, bu düzenleme çok anlamlı olmamıştır. Ayrıca anılan düzenlemenin devamında, gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde hukuki ve cezai sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağı belirtilmişse de hem yasak getirip buna bir yaptırım öngörülmemiş olması hem de sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağına düzenlenmiş olması yasa yapma tekniği açısından da uygun olmamıştır. Bu arada çek düzenleme yetkisi olmadan çek düzenleyen gerçek kişinin vekil veya temsilcisine ilişkin bir yaptırımın düzenlenmemiş olması da doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir²⁰. TBMM genel kurulunda bir

¹⁹ Özgenç, (Çek), s. 94, 95.

²⁰ Özgenç, söz konusu vekil veya temsilcinin TCK' nun iştirake ilişkin hükümlerine dayalı olarak cezalandırılabilmesi görüşündedir, (Çek), s. 82.

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

önergeyle eklenen söz konusu ikinci cümlenin metne eklenmesi kafa karışıklığı yaratmaktan başka bir sonuç doğurmamıştır²¹.

B. Yasak Kararının Alınması

Çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi²² tarafından, kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından karşılıksız çıkan her bir çek yaprağı için ayrı ayrı verilecektir (ÇekK m. 5/4). Kanunda yer alan bu ifadenin çok uygun olduğu söylenemez. Zira soruşturma evresinde yasak kararını verecek olan merci açıkça ifade edilmiş olmasına karşılık kovuşturma evresinde sadece “mahkeme” denilmek suretiyle açık olmayan bir düzenleme yapılmıştır. Burada zikredilen mahkemeyi karşılıksız çek düzenleme suçuna bakmakla görevli ve yetkili sulh ceza mahkemesi²³ olarak ifade etmek daha uygun olurdu. Yetkili mahkeme çekin tahsil için ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı şubenin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin veya müşterinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında bir koruma tedbiri olarak veya yargılamanın sonunda bir güvenlik tedbiri olarak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı verilir. Ancak daha önce soruşturma veya kovuşturma aşamasında böyle bir yasak kararı verilmiş ise, mahkeme artık çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağının devamına hükmedecektir (ÇekK m.5/1).

Çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararına karşı ilgililerin başvurabileceği hukuki mekanizmalara gelince; her şeyden önce soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi tarafından verilmiş olan çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararına karşı CMK hükümlerine göre itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Ancak söz konusu yasak kararı bir koruma tedbiri olarak kovuşturma sırasında sulh ceza mahkemesi tarafından verildiğinde her hangi bir

²¹ Aynı görüşte, *Özgenç*, (Çek), s. 80.

²² Kanunda yer alan “sulh ceza hakimi” ifadesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bunun “sulh ceza mahkemesi hakimi” şeklinde düzeltilmesi gerekir. Zira diğer mahkemelerde görev yapan hakimler için de ör. “asliye hukuk hakimi, “asliye ticaret hakimi” gibi ifadeler kullanılmamakta; mahkemenin adının tam olarak zikredilmesi gerekmektedir.

²³ Çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin olarak sadece adli para cezasına hükmedilebilecek olması ve bu tür cezalarla ilgili davalara da sulh ceza mahkemelerince bakılacağına 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10. maddesinde düzenlenmiş olması sebebiyle hem karşılıksız çek suçlarıyla ilgili davalar hem de güvenlik tedbirlerine ilişkin yaptırımlar sulh ceza mahkemelerince karara bağlanacaktır.

kanun yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır²⁴ (CMK m. 267). Karşılıksız çek düzenleme suçuna ilişkin yargılamayı yapan sulh ceza mahkemesi bir güvenlik tedbiri olarak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağına hükmederse, buna karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

Çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı gerçek kişiler hakkında söz konusu olduğunda bu yasak, kişinin siciline işlenecek ve adli sicil kayıtlarından tespiti mümkün olacaktır. Tüzel kişiler açısından ise bunun nereye tescil edileceği ve nasıl belgelendirileceği konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. ÇekK m. 5/8 hükmünde söz konusu yasağın güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı (UYAP) aracılığıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirileceği ve bu bildirimlerin de bankalara iletileceği kabul edilmiştir. Ancak kanun koyucu söz konusu yasak kararının bankalara bildirilmesini yeterli görmemiş ve her çek hesabı açılmasında veya çek defteri talep edilmesinde söz konusu yasağın bulunmadığına ilişkin beyanda bulunulmasını istemiştir.

C. Yasağa Rağmen Çek Hesabı Açılması veya Çek Düzenlenmesi

Çek hesabı açılması için kendisine başvuru bankası, başvuru sahibi ticaret şirketi veya onu temsil eden gerçek kişi/kişiler hakkında yasaklılık durumunu araştırmak ve ilgililerin adli sicil kayıtlarını, açık kimlik belgelerini, yerleşim yeri belgelerini²⁵, vergi kimlik numaralarını almak ve incelemekle yükümlüdür (ÇekK m. 2/1, 2). Bu hükmün amacı, hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı bulunan kişilerin çek hesabı açmasını ve daha sonra çek düzenlemesini önlemektir. Bu hükme rağmen hakkında yasak kararı bulunan kişilerin çek hesabı açtırmaları ve çek düzenlemeleri halinde bunlar hakkında ve gerekli özeni ve basireti göstermeyen banka görevlileri hakkında bazı yaptırımlar gündeme gelecektir.

1. Yasağa Rağmen Çek Hesabı Açtıran veya Çek Düzenleyen Kişinin Sorumluluğu

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, bir çek hesabı açmak için veya çek defteri almak için bankaya başvuruda

²⁴ Bkz. Özgenç, (Çek), s. 90.

²⁵ 18.02.2009 tarihli kanun ile değişik Nüfus Hizmetleri Kanununun m. 45/1 hükmü gereğince 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde faaliyet gösteren Bankalar, kimlik ve adres paylaşımı sistemlerini kullanarak kişilerin yerleşim yeri hakkında bilgi edinebileceklerdir. Aynı yönde bkz. Reisoğlu, s. 4. Türkiye’de yerleşim yeri olmayan kişiler ise Türkiye’den bir adres bildirmekle yükümlüdürler (ÇekK m. 2/2).

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

bulduğunda bu durumu bankaya bildirmezse veya aykırı bildirimde bulunursa üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (ÇekK m. 7/3, c. 1). Ayrıca hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı bulunmasına rağmen kişi çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (ÇekK m. 7/6). Bu halde alacaklının durumdan haberdar olmaması, yani çek düzenleyen kişi hakkında yasak kararı bulunduğunu bilmemesi halinde, yasak kararına rağmen çek düzenleyen kişinin TCK' nun dolandırıcılıkla ilgili hükümlerine göre cezalandırılması söz konusu olacaktır²⁶.

2. Yasağa Rağmen Çek Hesabı Açan veya Çek Defteri Veren Banka Görevlisinin Sorumluluğu

Hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı bulunan bir gerçek kişi veya yöneticileri, temsilcileri veya imza yetkilileri arasında söz konusu yasağa tabi kişiler bulunan tüzel kişinin çek hesabı açma isteğinin reddedilmesi gerekir. Bu durumu öğrenebilmesi ve yasağa rağmen çek hesabı açmaması (ÇekK m. 2/1) veya çek defteri vermemesi (ÇekK m. 2/3) için bankalara hem araştırma yükümlülüğü getirilmiş hem de çek hesabı açmak veya çek defteri almak isteyen kişiye yasaklı olmadığına ilişkin beyanda bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Doktrinde bankaların basiret ve özen yükümlülüğü olarak adlandırılan bu araştırma ve belgeleri özenle inceleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen veya hakkında yasak bulunan kişilere kasten çek hesabı açan veya çek defteri veren banka görevlilerinin çek hamiline karşı BK m. 41 gereğince sorumlu olmaları gerektiğine ilişkin görüşe biz de katılıyoruz²⁷.

Yasak kararının varlığına rağmen gerek başvuru sahibinden beyanname almayan gerekse yasak kararını bilmesine rağmen çek hesabı açan veya çek defteri veren banka görevlisi hakkında ÇekK m. 7/3, c. 2 hükmü uyarınca elli günden yüzelli güne kadar adli para cezası verilecektir. Ayrıca hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı bulunan kişi adına çek hesabı açan banka görevlisi hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası uygulanacaktır (ÇekK m. 7/7).

²⁶ Özgenç, (Çek), s. 91.

²⁷ Poroy/Tekinalp, N. 508. Aynı yerde, çek hesabı sahibi ile banka arasındaki ilişkinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak kabulü ve bunun neticesinde de bir sözleşmesel sorumluluk olduğunun kabul edilebileceği de ifade edilmiştir.

D. Yasak Kararının Hüküm ve Sonuçları

Hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı verilmiş olan kişi elindeki tüm çek yapraklarını ilgili bankalara iade etmelidir (ÇekK m. 5/6). Kanunda iade yükümlülüğü her hangi bir süreye bağlanmadığı gibi aykırı davranış hali için de bir yaptırım öngörülmemiştir. Kanun koyucunun salt çek yapraklarının iade edilmemesini bir yaptırıma bağlamak yerine, iade edilmeyen çek yapraklarının kullanılmasını suretiyle çek düzenlenmesi fiilini cezalandırmayı uygun gördüğü anlaşılmaktadır²⁸.

Aynı hükme göre bu kişiler adına yeni bir çek hesabı açılmayacaktır. Ancak yeni bir çek hesabının açılmasının hangi süre için yasaklandığı da hükümden açıkça anlaşılamamaktadır. Bu sürenin bir koruma veya güvenlik tedbiri olarak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararının yürürlükte olduğu süreyi kapsadığını kabul etmek gerekir.

Bir ticaret şirketinin yöneticisi, temsilcisi veya imza yetkilisi, haklarında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı alınması halinde, kararın bunlara tebliğinden itibaren on gün içinde düzenlemiş buldukları ve henüz tahsil edilmemiş çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa lehtarlarını da göstermek suretiyle muhatap bankaya liste halinde vermekle yükümlüdür (ÇekK m. 5/7). Kanun koyucu bir önceki fıkrada düzenlenen çek yapraklarını iade yükümlülüğünde olduğu gibi bu yükümlülüğe aykırı davranış için de bir yaptırım öngörmemiştir.

III. ÇEK HESABI AÇMA VE ÇEK DÜZENLEME YASAĞININ KALDIRILMASI

Ticaret şirketlerinin yöneticisi, temsilci veya imza yetkilileri hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı verildiğinde bu yasağa karşı, yasak kararının alındığı aşamaya göre hangi kanun yollarına başvurulabileceği yukarıda ele alınmıştır. Kanun yolları dışında da bu yasak kararının sona erdirilmesi mümkün olabilir. Kanun koyucu bunun için bazı koşullar öngörmüştür. Buna göre, hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı verilmiş olan kişi, çekin karşılıksız kalan bedelini 3095 sayılı kanuna göre hesaplanacak ticari temerrüt faizi ile birlikte tamamen ödemek kaydıyla yasaklı olmaktan kurtulabilir. Burada ödenmesi gereken ticari temerrüt faizi karşılıksız çıkan

²⁸ Özgenç, (Çek), s. 91. Oysa 3167 sayılı ÇekK döneminde çek yapraklarının on gün içerisinde ilgili bankalara iade edilmemesi de adli para cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmişti, ayrıntılı bilgi için bkz. *Kendigelen*, s. 369vd..

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecektir. Yani üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilmiş olması halinde de durum değişmeyecektir²⁹. Çekin karşılıksız kalan bedelini faiziyle birlikte ödeyen kişi hakkında;

a) Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına,

b) Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,

c) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilecektir (ÇekK m. 6/1).

Çekin karşılıksız çıkması halinde takibin şikayete bağlı olması sebebiyle, çek hamilinin şikayetten vazgeçmesi hâlinde de yasak kararının bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir (ÇekK m. 6/2).

Hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı verilmiş olan kişi, mahkûm olduğu adli para cezası tamamen infaz edildikten veya bu cezayı ödemediği için hakkında zorlama hapsi uygulanıp serbest bırakılmasını takiben üç yıl geçtikten ve her hâlde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hakkında verilmiş yasağın kaldırılmasını isteyebilir; mahkemenin vereceği karara itiraz edebilir (ÇekK m. 6/3).

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına ilişkin karar kesinleştiğinde, yasağın kaldırıldığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına UYAP aracılığıyla bildirilir ve durum ilân olunur (ÇekK m. 6/3).

IV. DEĞERLENDİRME

Tüzel kişiler adına düzenlenen ve üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre süresi içerisinde ibraz edilen ancak karşılığı hesapta bulunmadığı için karşılıksızdır işlemine tabi tutulan her bir çek yaprağı için, çek karşılığını hazır bulundurmeyen kişi (mali işlerden sorumlu yönetici, yoksa tüm yöneticiler) hakkında verilecek adli para cezası yanında hem bu kişiler, hem çeki düzenleyen hem de adına çek düzenlenen tüzel kişi hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı verilecektir.

²⁹ Kaldı ki ÇekK Geçici madde 1/5 hükmüne göre 31.12.2011 tarihine kadar çeklerin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibrazları geçersiz kabul edilmektedir. Ayrıca ÇekK m. 3/8 ve 5/1 hükümleri uyarınca, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen ve karşılığı bulunmadığı için ödenmeyen çekle ilgili hukuki ve cezai takip yapılamayacaktır.

Tüzel kişiler adına düzenlenecek ileri düzenleme tarihli çekler açısından söz konusu yasak kararının adaletsiz bazı sonuçlar doğurması mümkündür. Şöyle ki; örneğin bir ticaret şirketinin yöneticisi olan bir kişi, ileri tarihli bir çek keşide ettikten sonra şirketteki görevinden ayrılacak olursa ve yerine göreve getirilen kişi basiretsizliği veya özensizliği sebebiyle hatta kasıtlı olarak çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında çekin karşılığını hesapta bulundurmazsa, o tarihte çekin ödenmesi konusunda hiçbir etkisi olmayan eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisi kişi hakkında da çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı verilecektir. Oysa çeki düzenleyen kişinin, bu çekin karşılığının hesapta hazır bulundurulması hususunda her hangi bir dahli bulunmamaktadır. Çeki düzenleyen kişi, çekin karşılığı bir başkası tarafından hesapta hazır bulundurulduğunda bir yasağa tabi olmayacakken, üçüncü kişinin basiretsiz, özensiz veya kasıtlı bir fiili sebebiyle çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı ile karşı karşıya kalmaktadır. İleri tarihli çeki düzenleyen kişinin (eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisinin) çeki düzenledikten sonra durumunda kendi iradesinden kaynaklanan bir değişiklik olmamakta; tamamen üçüncü bir kişinin fiili neticesinde cezalandırılması veya cezalandırılmaması söz konusu olmaktadır. Acaba bir kişinin kendi fiilinden kaynaklanmayan bir sebeple cezalandırılması hukuken savunulabilir mi? Böyle bir yasak kararıyla karşılaşma ihtimali olan yönetici, temsilci veya imza yetkilisi ileri tarihli çek düzenler mi?

Çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağının görevden ayrılmış yönetici, temsilci veya imza yetkilisi hakkında da uygulanmasına ilişkin bu düzenlemenin altında yatan sebep muhtemelen ileri tarihli çek düzenleyen ve üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibrazı halinde karşılığı hazır bulunduramayacak kişilerin görevden ayrılmak ve yerlerine çaycı, şoför, hizmetli sınıfından birini tayin etmek suretiyle sorumluluktan kurtulmalarının önüne geçmektir. Ancak getirilen bu düzenleme amacı aşacak mahiyettedir ve bir ticaret şirketi adına ileri tarihli çek düzenleyen yönetici, temsilci veya imza yetkilisinin yasaklanması üçüncü bir kişinin fiiline bağlanmıştır. Burada söz konusu yasak kararının muhatabı olabilecek kişiler, kendilerinden sonra göreve gelen ve çekin karşılığını hazır bulundurmakla görevli olan kişilerin, yani üçüncü kişilerin fiilini taahhüt etmiş de değildirlir.

Ticaret şirketlerinin yönetici, temsilci veya imza yetkilisi iken ileri tarihli çek düzenlemiş ve çekin karşılığının üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla hazır bulundurulmaması sebebiyle haklarında verilecek çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararının suç ve cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

olduğu açıktır. Her ne kadar ceza hukukunda güvenlik tedbirleri açısından şahsilik ilkesinin geçerli olmayacağı, güvenlik tedbirlerinin bir ceza olmadığı, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında kusurluluk koşulunun aranmayacağı ifade edilmişse de³⁰, tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri açısından kabul edilebilecek bu görüşlerin ticaret şirketleri adına ileri tarihli çek düzenledikten sonra şirketle hiçbir bağlantısı kalmamış eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisi olan gerçek kişiler açısından kabul edilebilir olmadığı kanaatindeyiz³¹.

Türk Ceza Kanununun “Güvenlik Tedbirleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde “Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma” başlığını taşıyan 53. maddesi birinci fıkrasında kişinin, “*kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanunî sonucu olarak; ...d) vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan.... yoksun bırakılacağı*” düzenlenmiştir. Bu hükme ilişkin olarak doktrinde yapılan değerlendirmelerde bir kişinin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için kişinin işlediği suçun kasten işlenen bir suç olması ve kişinin bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmiş olması gerektiğine işaret edilmiştir³². Yine anılan maddede kişinin işlediği bir suç dolayısıyla hangi haklardan yoksun bırakılacağı sayma yöntemiyle ve sınırlı olarak tespit edilmiştir.

5941 sayılı ÇekK’ unda özel bir hüküm ile çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı bir koruma ve güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş, ayrıca yöneticileri, temsilcileri ve imza yetkilileri arasında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı bulunan kişilerin bulunduğu tüzel kişilere çek defteri verilmeyeceği³³ de hükme bağlanmıştır (ÇekK m. 2/4).

Tüzel kişilerle ilgili olarak çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebep olan kişi suçun faili olarak kanunda açıkça belirtilmiş, bu suçtan ötürü ileri tarihli çeki düzenleyen ancak artık şirkette yönetici, temsilci veya imza

³⁰ Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s. 676 (Ceza).

³¹ Aynı yönde Helvacı, M.: Çek Kanunu Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi, Batider Aralık 2009 (Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan), C. XXV, Sa. 4, s. 243.

³² Özgenç, (Ceza), s. 680.

³³ 5941 sayılı ÇekK m. 2/4 hükmünde sadece çek defteri verilmeyeceğinden söz edilmekle birlikte, maddenin gerekçesinde çek hesabı açılmayacağına da işaret edilmiştir. Ancak madde gerekçesinde bu hususa yer verilmiş olması, madde metninde yer almaması karşısında artık söz konusu yaptırımın çek hesabı açılmasını da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz, aksi görüş için bkz. Narbay, Ş.; 5941 sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 5, Sa. 43, Mart 2010, s. 72.

yetkilisi olmayan kişi hakkında, adı güvenlik tedbiri olan bir ceza hukuku yaptırımını uygulanması öngörülmüş, bununla da yetinilmeyerek yöneticileri, temsilcileri veya imza yetkilileri arasında hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı bulunan bir tüzel kişiye çek defteri verilmemesi şeklinde bir yaptırım getirilmiştir. Yani suçun aslı failinin bir fiiline dayanarak eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisi hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı alınmakta; ayrıca suçla hiçbir ilgisi olmayan, tamamen olayın dışında yer alan bir tüzel kişi hakkında da sırf hakkında yasak kararı bulunan kişiye görev verdiği için çek defteri verilmesine ilişkin yasak getirilmektedir.

Bir güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için TCK sisteminde aranan koşullardan “bir suçun bulunması”, bu suçun “kasten” işlenmesi ve bu suç sebebiyle bir “hapis cezası” verilmiş olması (5941 sayılı ÇekK sisteminde hapis cezası öngörülmemiştir) koşullarının hiç biri gerçekleşmediği halde, hem eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisi açısından hem de olayın dışında yer alan tüzel kişi açısından, anılan güvenlik tedbirlerinin uygulanacak olması, güvenlik tedbiri kurumunun amacının dışına çıkılmasına sebep olmuştur.

Ayrıca TCK m. 53 hükmünde açıkça güvenlik tedbirinin ancak kasten işlenmiş suçlar için uygulanabileceği düzenlemesi karşısında, ÇekK m. 5 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği gibi en azından taksirle de işlenebileceğinin kabul edilmesi halinde³⁴ ise taksirle işlenmiş bir suç için, suçun faili olmayan bir kişi hakkında doğrudan; suçla ve faille hiç alakası olmayan bir tüzel kişi ile ilgili olarak da dolayısıyla uygulanacak bir yaptırımın hukuka uygun olmayacağı açıktır.

SONUÇ

Bir ticaret şirketi adına düzenlenen çekin karşılığının, çekin üzerinde yer alan düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında, tamamen hazır bulundurulmamasına bağlı olarak bu kişi hakkında verilecek adli para cezası yanında hem bu kişi hakkında hem ileri tarihli çeki düzenleyen yönetici, temsilci veya imza yetkilisi hakkında hem de tüzel kişi hakkında uygulanacak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı özellikle şirketteki görevi sona ermiş ve artık çekin karşılığının hazır bulundurulması için her hangi bir yetkisi veya görevi bulunmayan kişi açısından amacı aşan bir yaptırım olarak değerlendirilebilir.

Aynı şekilde hakkında söz konusu yasak kararı verilmiş bir kişiyi yönetici,

³⁴ Çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasına sebep olma suçunun ancak kasten işlenebileceği hakkında bkz. *Özgenç*, (Çek), s. 78, 79.

Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

temsilci veya imza yetkilisi olarak görevlendiren ticaret şirketine çek defteri verilmeyecek olması, ne bir ceza olarak ne de güvenlik tedbiri olarak kabul edilebilecek bir yaptırımdır. ÇekK m. 5/1 hükmünde ileri tarihli çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibariyle ibrazında çekin karşılığını hazır etmeyen kişi suçun faili olarak belirlenmiş ve bunun dışındakiler hakkında bir ceza yaptırımı da öngörülmemişken, tüzel kişiler için getirilen çek defteri verilmemesi yaptırımının neticesi olarak, hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı verilmiş olan kişiler (eski yönetici, temsilci veya imza yetkilisi) için, özellikle de profesyonel yöneticiler için en azından belirli bir süre işsiz kalma sonucunu doğurabilecek söz konusu yaptırımın hukuka aykırı olduğu açıktır.

Netice itibariyle, bir koruma ve güvenlik tedbiri olarak 5941 sayılı ÇekK'unda düzenlenmiş olan, ticaret şirketi yöneticileri, temsilcileri ve imza yetkililerinin düzenlemiş oldukları ileri tarihli çekler bakımından, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibariyle ibrazında artık şirkette yönetici, temsilci veya imza yetkilisi olarak görev yapmayan kişiler için öngörülen yaptırımların yeniden belirlenmesi ve olası haksızlıkları giderecek bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Ansay, T.;** Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ankara 1982.
- Arslanlı, H.:** Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1960.
- Çamoğlu, E./**
- Poroy, R./**
- Tekinalp, Ü.;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009.
- Çelik, S./**
- Lale, M.;** Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006.
- Helvacı, M.;** Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi, Batider Aralık 2009 (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), C. XXV, Sa. 4, s. 229-251.
- Kendigelen, A.;** Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007.
- Kırca, İ.;** 5941 sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010.
- Narbay, Ş.;** 5941 sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 5, Sa. 43, Mart 2010, s. 65-97.
- Özgenç, İ.;** Çek Kanunu, 3. Bası, Ankara 2010 (Çek).
- Özgenç, İ.;** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009 (Ceza).
- Poroy, R./**
- Tekinalp, Ü.;** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. Bası, İstanbul 2010.
- Pulaşlı, H.;** Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana 2004 (Şirketler).
- Pulaşlı, H.;** Çek Hukuku ve ilgili Mevzuat, Ankara 2010 (Çek).
- Reisoğlu, S.;** "Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar", Türkiye Bankalar Birliği Toplantısında 29.12.2009 tarihinde Yapılan Sunum, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf (05.05.2010)

SERMAYE PİYASALARINDA YATIRIMCI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK TÜRK VE İNGİLİZ MODELLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Nusret ÇETİN*

(Bu makalede yer alan görüşler yazarın kişisel görüşleri olup, hiçbir şekilde men-sup olduğu kurumu bağlamaz)

ÖZET

Sermaye piyasalarının doğası ve karmaşıklığı, sermaye piyasası kurumları ile müşterileri arasında çok sayıda uyuşmazlığa neden olma potansiyeline sahiptir. Yatırımcıların uyuşmazlığı mahkemeye taşınmasını gerektiren dava açma, uyuşmazlık çözümünün geleneksel şeklidir. Bununla birlikte, yatırımcıların belirli düzeyde korunmasının sağlanması amacıyla, sermaye piyasalarında alternatif uyuşmazlık çözüm sistemine ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ihtiyaç, ulusal ve uluslararası otoriteler tarafından da kabul edilmektedir. İngiliz ve Türk hukukları, sermaye piyasalarındaki yatırımcılara alternatif uyuşmazlık çözümü sunmaktadır. Bu makalede, iki sistemi karşılaştırmak ve bazı reform önerilerinde bulunmak amacıyla, bu uyuşmazlık çözüm sistemlerinin üç önemli bileşeni incelenmiştir. Bu konular; uyuşmazlık çözüm sisteminin yetkili otoritesi, yetki alanı ve kararıdır.

Anahtar Kelimeler : Sermaye piyasaları, yatırımcı, sermaye piyasası kurumu, alternatif uyuşmazlık çözümü, menkul kıymet borsası, Finansal Ombudsman Hizmeti.

ABSTRACT

Nature and complexity of the capital markets have potential to cause a great number of disputes between capital market institutions and their customers. Litigation is the traditional form of the dispute resolution in which investors need to bring dispute before the court. However, it is clear that there is a need for alternative dispute resolution system in the capital markets in order to secure a certain degree of the protection of investors. This need is also recognized by national and international authorities. Both English and Turkish law provide alternative dispute resolution for investors in the capital markets. In this article, three important components of these dispute resolution systems are analyzed in order to compare two systems and suggest some reform proposals. These issues are competent authority, jurisdiction and decision of the dispute resolution system.

Key Words : Capital markets, investor, capital market institution, alternative dispute resolution, securities exchange, Financial Ombudsman Service.

* Başuzman Hukukçu, SPK.

I. GİRİŞ

Sermaye piyasalarında küçük, bireysel yatırımcıların korunması hususuna ayrı bir önem atfedilmekte ve bu korumanın sağlanabilmesi için çeşitli yatırımcıyı koruma mekanizmaları geliştirilmektedir. Bu mekanizmalardan biri, yatırımcıların sermaye piyasası kurumları ile ilgili iş ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının, mahkeme dışında, bu uyuşmazlıkların çözümü ile özel olarak yetkilendirilmiş kurumlar tarafından çözümlenmesinin sağlanmasına yönelik uygulamalardır.

Sermaye piyasalarında işlem yapan yatırımcılar ile bu yatırımcıların hizmet aldığı sermaye piyasası kurumları arasında değişik uyuşmazlıkların ortaya çıkması mümkündür. Bu uyuşmazlıklar genel olarak karmaşık, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren niteliktedir. Bunun altında yatan temel nedenlerden bazıları, sermaye piyasası kurumları tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuki niteliğinden kaynaklanan özellikler, sermaye piyasalarının teknik boyutu ve sermaye piyasası araçlarının karmaşıklığı olarak sıralanabilir. Yatırımcıların etkin bir şekilde korunabilmesi anılan uyuşmazlıkların, bu özel ve teknik bilgiyi haiz kurumlar tarafından mümkün oldukça süratli ve pahalı olmayan bir yoldan çözümlenmesini gerektirmektedir.

Bu çerçevede, gelişmiş hukuk sistemlerinde yatırımcılar ile sermaye piyasası kurumları arasında, sermaye piyasası faaliyetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bu konuda uzmanlaşmış, mahkeme dışı kurumlar yetkilendirilmektedir. Ancak, bu yetkilendirme, yatırımcıların mahkemeye müracaat hakkını ortadan kaldırmamakta, sadece yatırımcıya alternatif bir uyuşmazlık çözme olanağı sağlamaktadır.

Bu makalenin amacı, sermaye piyasasındaki yatırımcı uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözülmesine yönelik olarak Türk ve İngiliz hukukunda geliştirilen modellerin karşılaştırılması ve konuya ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulmasıdır. Bu bağlamda, öncelikle yatırımcılara alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi sağlanmasının gerekçeleri ve ulusal ve uluslararası hukuktaki dayanakları incelenecektir. Daha sonra, Türk ve İngiliz hukukunda geliştirilen modeller çerçevesinde, uyuşmazlığın çözümüne yetkili organlar, uyuşmazlık çözme yetkisinin kapsamı, uyuşmazlığın karara bağlanması ve verilen kararların özellikleri hususlarında karşılaştırmalı inceleme yapılacak ve elde edilen sonuçlar değerlendirilecektir.

II. YATIRIMCI UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜNÜN ÖNEMİ

Sermaye piyasalarının doğası ve karmaşıklığı, yatırımcılar ile sermaye piyasası faaliyeti yürüten kuruluşlar arasında birçok çatışma ve uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Yatırımcıların uyuşmazlığı mahkeme önüne taşınması anlamında dava açma ise uyuşmazlıkların çözümünün geleneksel şeklidir. Bununla birlikte dava açma ve davanın sürdürülmesi, oldukça vakit alan, belirsizliklerle dolu ve hayli pahalı bir süreçtir¹. Yargılama sürecinin yavaş ve hantal oluşu, maliyetler, yatırımcıların bilgi ve tecrübe eksikliği gibi nedenler, yatırımcıları anılan uyuşmazlıkları mahkemeye taşımak konusunda isteksiz kılmaktadır.² Bu zorluklar, yatırımcıları, uyuşmazlıklarını dava yolu dışındaki alternatif yöntemlerle çözmeye teşvik etmektedir³.

Sermaye piyasalarında yatırımcılar ile sermaye piyasası faaliyeti yürüten kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak yatırımcılara belirli bir düzeyde koruma sağlayabilmek için, alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerine ihtiyaç olduğu açıktır. Esasında bu ihtiyaç ulusal ve uluslararası otoriteler tarafından da fark edilmiş olup, anılan ihtiyacı karşılamaya yönelik olarak ulusal hukuklarda düzenlemeler yapılmış yahut düzenleme yapılması teşvik edilmiştir.

Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu Örgütü (The International Organization of Securities Commissions, IOSCO) tarafından yatırımcıların korunması bağlamında, sermaye piyasalarındaki yatırımcıların hukuka aykırı uygulamalar karşısında mahkemeler veya diğer uyuşmazlık çözüm sistemleri gibi tarafsız mekanizmalara erişebilir olmaları gerektiği ifade edilmektedir.⁴ Benzer şekilde, Dünya Bankası tarafından yayımlanan finansal piyasalardaki tüketicilerin korunmasına ilişkin danışma taslağında, bağımsız bir uyuşmazlık

¹ Cartwright, P.: *Banks, Consumers and Regulation* (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), s. 151-155.

² The World Bank, 'Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool Consultative Draft' (September 2009) s. 44; Morris, P. E.: 'The Financial Ombudsman Service and the Hunt Review: continuing evolution in dispute resolution' (2008) 8 J.B.L., s. 785; Bazley, S./Haynes, A.: *Financial Services Authority Regulation and Risk-based Compliance* (West Sussex: Tottel Publishing Limited, 2nd ed, 2007), s. 326-327.

³ Cartwright, s. 172.

⁴ IOSCO, 'Objectives and Principles of Securities Regulation' (May 2003) (<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf> adresinden ulaşılabilir, son erişim 30 Mart 2010) s. 6.

çözüm sisteminin varlığının yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyumsuzlukların çözümü için gerekli olduğu belirtilmektedir.⁵

Öte yandan Avrupa Birliği hukukunda, Finansal Araç Piyasaları Yönergesi'nde yatırımcı şikâyetlerine yönelik mahkeme dışı mekanizmalara ilişkin olarak, üye ülkelerin, yatırım firmaları tarafından sunulan yatırım hizmetlerinden ve yardımcı hizmetlerden kaynaklanan müşteri uyumsuzluklarının mahkeme dışı çözümü için etkili ve verimli şikâyet ve telafi süreçlerinin kurulmasını teşvik etmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır.⁶

Bazı yazarlar, özellikle finansal hizmetler açısından, İngiliz hukukunda mevcut ve aşağıda ayrıntıları açıklanacak olan finansal ombudsman sisteminin, mahkeme yargılamasına alternatif olmaktan ziyade, müşteriler için uygulamadaki tek etkili telafi mekanizması olarak kabul edildiğini iddia etmektedirler.⁷

Sermaye piyasalarındaki yatırımcı uyumsuzluklarının mahkeme dışında alternatif yöntemlerle çözümüne yönelik mekanizmalara verilen bu önem iç hukuklarda da karşılık bulmuştur. Bu bağlamda, Türk ve İngiliz hukuklarında sermaye piyasalarındaki yatırımcılar için alternatif uyumsuzluk çözümü konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Aşağıda öncelikle, bu düzenlemelerin hukuki temelleri ele alınacak, ardından bu uyumsuzluk çözüm sistemlerine ilişkin üç önemli konuda karşılaştırma ve değerlendirme yapılacaktır. Bu konular, uyumsuzluğun çözümünde yetkili organlar, uyumsuzluk çözme yetkisinin kapsamı ve verilen kararların özellikleridir.

⁵ The World Bank, s. 43-44.

⁶ Bkz. Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, md. 53 (1).

⁷ Bkz. Cartwright, s. 10; Ferran, E.: 'Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector' (2002) 21 C.J.Q., s. 141; Morris, P./Little, G.: 'The Ombudsmen and Consumer Protection' *Consumer Protection in Financial Services* (International Banking, Finance and Economic Law Series), (London and Dordrecht: Kluwer Law International, 1999) s. 43; James, R./ Morris, P.: 'The New Financial Ombudsman Service in the United Kingdom: has the second generation got it right?' *International Perspectives on Consumers' Access to Justice* (Cambridge, CUP, 2003) s. 168; Bu bağlamda, ombudsman sisteminin, mahkemelere nazaran, daha ucuz, hızlı ve daha az resmi uyumsuzluk çözümü mekanizması olduğunun genel kabul gördüğü ifade edilmektedir. Bkz. Ferran, s. 141.

III. YATIRIMCI UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

A) Türk Hukuku

Türk hukukunda, sermaye piyasalarındaki yatırımcı uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözümüne ilişkin hukuki alt yapı sermaye piyasası mevzuatı kapsamında düzenlenmiştir.

Bu bağlamda menkul kıymet borsaları ile ilgili olarak, 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁸ (91 sayılı KHK) "İhtilaflar" başlıklı 13'üncü maddesinde, borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm merciinin borsa yönetim kurulları olduğu, borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) itirazda bulunulabileceği, SPK'nın bu ihtilaflar konusundaki kararlarının nihai olduğu, borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için de borsa yönetim kurullarına başvurulabileceği, bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma haklarının saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan hükme paralel bir şekilde, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nin⁹ (İMKB Yönetmeliği) "Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı 42'nci maddesinde, borsa üyeleri arasında veya borsa üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların, bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar içinde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. İMKB Yönetmeliği'nin 42 ila 49'uncu maddeleri arasında anılan uyuşmazlıkların çözümü konusundaki usul ve esaslar belirlenmiştir.¹⁰

Öte yandan vadeli işlem borsası ile ilgili olarak, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Yönetmeliği'nin¹¹ (VOB Yönetmeliği) "Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı 108'inci maddesinde, borsa üyeleri arasında veya borsa üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların, bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar içinde çözümleneceği hükme bağlanmış ve Yönetmeliğin 108 ila 116'nci maddeleri arasında anılan uyuşmazlıkların çözümü konusundaki usul ve esaslar belirlenmiştir.¹²

⁸ 6/10/1983 tarihli ve 18183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ 19/2/1996 tarihli ve 22559 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰ Anılan mevzuatta yer alan hükümler uyarınca geliştirilen uyuşmazlık çözüm sisteminin hukuki niteliğine yönelik tartışmalar için bkz. Konuralp, H./Konuralp, A.: 'Borsa Uyuşmazlıkları' Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan (Ankara, 1998) s. 605-608; Özkan, A.: 'Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (Ocak 2007) 53 *Sermaye Piyasasında Gündem*, s. 24-25.

¹¹ 27/3/2004 tarihli ve 25415 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² Öte yandan, Türk hukukunda borsalar tarafından sağlanan, borsa işlemlerinden doğan ya-

B) İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda 14 Haziran 2000 tarihinde yasalaşan 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.¹³

FSMA'nın 16'ncı bölümünde Finansal Ombudsman Hizmeti'nin (Financial Ombudsman Service, FOS) genel yapısına ilişkin düzenleme yapılmış, Kanuna ekli 17 sayılı Cetvelde de ombudsman sistemine¹⁴ ve bu sistemin işleticisine ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. FSMA'nın 16'ncı bölümü ve Kanuna ekli 17 sayılı Cetvel ile FOS sisteminin kuruluşu, uyuşmazlık çözümündeki yetki alanı, maliyetler, finansman gibi sistemin işleyişine yönelik temel esaslar belirlenmiş ve bu esaslar ikincil düzenlemeler ile detaylandırılmıştır.¹⁵

türümü uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik sistemin yanı sıra, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı Kanunla eklenen 40/B ve 40/C maddelerine dayanılarak kurulan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nin (TSPAKB) Statüsü'nün 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, Birliğin görev ve yetkileri arasında, üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla, hakem listesi oluşturarak, tarafların mutabakatı halinde hakem veya hakemleri atamak suretiyle Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkim hizmeti vermek sayılmıştır. Ancak, inceleme konumuzun sınırlandırılması bakımından, bu çalışma kapsamında Birlik tarafından sunulan hizmetin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Birlik tarafından sunulan hizmete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, s. 27-32.

¹³ Walker, G.: 'Financial Services Authority' *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006) s. 3-7.; Ferran, s. 135.

¹⁴ İngiliz hukukunda, finansal piyasalardaki yatırımcılara hızlı ve kullanıcı dostu telafi mekanizmaları sağlayabilmek amacıyla, uyuşmazlık çözüm sistemi için tahkim modeli yerine ombudsman modelinin tercih edildiği ifade edilmektedir. Ombudsman sistemi ile tahkim arasındaki temel fark, ilkindeki karar firma açısından bağlayıcı ve fakat yatırımcı açısından bağlayıcı değilken, ikincisinde tarafların başlangıçta kararla bağlı olacaklarına dair anlaşmalarının gerekmesidir. Ayrıca, tahkim prosedürü, resmi karar, tavsiye, uzlaştırma ve resmi olmayan tavsiye gibi çok sayıda yöntemi kullanabilen ombudsman modeline nazaran daha resmi niteliktedir. Buna ilave olarak, hakem genellikle tarafların haklarına ve yükümlülüklerine ilişkin katı bir hukuki yaklaşımla sınırlandırılmış iken, ombudsman tüm koşullar çerçevesinde adil ve makul bir karar alma yetkisine sahiptir. Son olarak, verilen kararın gizliliği ombudsman sistemi ile tahkim prosedürü arasındaki diğer bir farktır. Ombudsman tarafından verilen karar genellikle kamuya açıklanırken, hakem kararının gizli tutulması mümkündür. Bkz. McMeel, G./Virgo, J.: *Financial Advice and Financial Products Law and Liability* (Oxford and New York: OUP, 2001), s. 487-488; Ferran, s. 145.

¹⁵ Russen, J.: *Financial Services: Authorisation, Supervision and Enforcement: A Litigator's Guide* (Oxford and New York: OUP, 2006) s. 342-343; Kuczynski, A.: 'Financial Redress-Complaints, Disputes, and Compensation' *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006) s. 169.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

Bu çerçevede, FOS, belirli uyuşmazlıkların bağımsız bir kişi tarafından süratle ve asgari formalite ile çözüldüğü bir sistem olarak tarif edilmektedir.¹⁶ FSMA ile, sermaye piyasaları da dahil olmak üzere, finansal piyasaların tamamının tek bir kanun ile düzenlenmesine yönelik olarak kararlaştırılan yaklaşım çerçevesinde, bu piyasalardaki yatırımcı uyuşmazlıklarının da tek bir yetkili otorite tarafından çözümlenmesi doğrultusunda bir belirleme yapılmıştır.¹⁷

IV. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YETKİLİ OTORİTE

A) Yetkili Otoritenin Kurumsal Yapısı

Türk hukukunda borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların esas itibarıyla borsa yönetim kurulları tarafından çözüleceği hükme bağlanmıştır. Buna ilave olarak, uyuşmazlık çözümü konusunda, borsa nezdinde kurulan uyuşmazlık komitesinin borsa yönetim kuruluna yardımcı olacağı düzenlenmiştir.¹⁸ Bu çerçevede, inceleme konumuz bakımından, anılan yönetim kurullarının ve uyuşmazlık komitelerinin kuruluşuna ve yapısına ilişkin esaslara bakmakta yarar bulunmaktadır.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın (İMKB) yönetim kurulunun ve uyuşmazlık komitesinin oluşumuna ve yapısına ilişkin olarak mevzuatta çok sayıda hüküm yer almaktadır. 91 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesi uyarınca menkul kıymetler borsalarında, bir başkan ve dört üyeden oluşan beş kişilik bir yönetim kurulu bulunacaktır. Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'in¹⁹ (Genel Yönetmelik) 20'nci maddesinde, Borsada, bir başkan ve dört üyeden teşekkül eden beş kişilik bir yönetim kurulu bulunacağı, Borsa başkanı dışındaki yönetim kurulu üyelerinin, Yönetmelik'in 7'nci maddesinde öngörülen her gruptan bir üye olmak üzere, 4 yıl için seçileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Yönetmelik'in 28'inci maddesinde de borsa yönetim kurulu başkanının SPK'nın teklifi üzerine müş-

¹⁶ Kuczynski, s. 166; FSMA md. 225/1.

¹⁷ FSMA Taslağına ilişkin danışma sürecinde, finansal piyasalardaki müşterilerin ucuz, hızlı, formalitesiz ve etkili uyuşmazlık çözüm sistemlerine erişiminin sağlanmasının önemli olduğu tespiti yapılarak, bu amaçla tek bir ombudsman sisteminin önerildiği ifade edilmiştir. Bu tek sistem, mevcut sekiz uyuşmazlık çözüm sisteminin yerini alacaktır. Bkz. Kuczynski, s. 166; Ferran, s. 145.

¹⁸ İMKB Yönetmeliği md. 43/1; VOB Yönetmeliği md. 110/1. VOB Yönetmeliği'nde ayrıca, tutarı Sermaye Piyasası Kurulu'nun belirleyeceği miktardan az olan uyuşmazlıkların çözümünde uyuşmazlık komitesinin bir üyesinin yetkili kılınabileceği hükme bağlanmıştır. Bkz. VOB Yönetmeliği md. 110/2.

¹⁹ 6/10/1984 tarihli ve 18537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

terek kararname ile “Borsa Başkanı” unvanı ile 5 yıl için atanacağı hükme bağlanmıştır. Genel Yönetmelik’te ayrıca uyuşmazlık komitesinin oluşumu da hükme bağlanmış olup, buna göre, uyuşmazlık komitesi başkan ve üyeleri, Yönetmelik’in 7’nci maddesinde öngörülen gruplar adına gösterilecek, hukuk, iktisat ve maliye alanlarında yüksek öğrenim görmüş, borsa işlemleri konusunda uzman niteliği taşıyan adaylar arasından, yönetim kurulunca seçilir.²⁰ 91 sayılı KHK ve Genel Yönetmelik’le borsa yönetim kuruluna ve uyuşmazlık komitesine ilişkin olarak belirlenen genel çerçeve, İMKB Yönetmeliği ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği’nde²¹ (İMKB Teşkilat Yönetmeliği) yer alan hükümler ile ayrıntılı olarak açıklanmıştır.²²

Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası A.Ş.’nin (VOBAŞ) yönetim kuruluna ilişkin olarak, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik’in²³ (VOB Kuruluş Yönetmeliği) 14’üncü maddesinin birinci fıkrasında, genel kurul tarafından en az 5, en fazla 11 kişiden oluşan bir yönetim kurulu seçileceği hükme bağlanmıştır. VOB Kuruluş Yönetmeliği’nin 19’uncu maddesinde ayrıca, borsada, bu Yönetmelik ile yönetim kuruluna verilen görevlerin yerine getirilmesinde, yönetim kuruluna yardımcı olmak üzere işin niteliğinin gerektirdiği sayıda komite kurulacağı, komitelerin kurulmasına, üyelerinin seçilmesine, çalışma usul ve esaslarına ilişkin ilkelerin borsa yönetmeliğinde gösterileceği hükme bağlanmıştır. VOB Yönetmeliği’nin 119’uncu maddesinde uyuşmazlık komitesi ve bu komitenin görevleri düzenlenmiş olup, buna göre, uyuşmazlık komitesi, yönetim kurulunca seçilecek bir başkan ve iki üyeden meydana gelir. Yönetim kurulu işle-

²⁰ Genel Yönetmelik md. 25/1-c.

²¹ 19/2/1996 tarihli ve 22559 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²² İMKB Yönetmeliği’nde yönetim kurulunun, genel kurul tarafından seçilen dört üye ile müşterek kararname ile atanan bir borsa başkanından oluşacağı, borsa başkanının aynı zamanda yönetim kurulu başkanı olacağı (md. 4/3); Genel Yönetmelik uyarınca, borsada, genel kurulca gösterilecek adaylar arasından ikişer yıl için yönetim kurulunca seçilecek bir başkan ve iki üyeden meydana gelen bir uyuşmazlık komitesinin bulunacağı (md. 47/2) hükme bağlanmıştır. İMKB Teşkilat Yönetmeliği’nde yönetim kurulunun, SPK’nın teklifi üzerine müşterek kararname ile atanan borsa başkanı ile Genel Yönetmeliğin 20’nci maddesindeki esaslara göre seçilen 4 üyeden oluşan karar organı olduğu, borsa başkanının, yönetim kurulunun ve yürütme teşkilatının başı olduğu (md. 9/3, 15/1); uyuşmazlık komitesinin, Genel Yönetmeliğin 7’nci maddesinde öngörülen gruplar adına ve her gruptan ikişer kişi olmak üzere olağan genel kurulda seçilecek adaylar arasından, yönetim kurulunca ikişer yıl için seçilen bir başkan ve iki üyeden oluşacağı, yönetim kurulunca sıra belirtilerek ayrıca üç de yedek üye tayin edileceği (md. 28/a) düzenlenmiştir.

²³ 23/2/2001 tarihli ve 24327 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

rin yoğunluğunu esas alarak birden fazla uyuşmazlık komitesinin kurulmasını kararlaştırabilir.

Öte yandan, borsa yönetim kurulları tarafından yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak verilen kararlar aleyhine SPK'na itiraz edilebilecektir.²⁴ Anılan itiraz üzerine, SPK da yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümü konusunda yapmış olduğu inceleme çerçevesinde yetkili organ olarak hareket etmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn) IV nolu bölümünde SPK'nın kuruluşuna, görev ve yetkilerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.²⁵

İngiliz hukukunda yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla geliştirilen FOS ise, FSMA ile belirlenen sistem işleticisinin yasal fonksiyonlarını yerine getirmek amacıyla, finansal piyasaların düzenleyici otoritesi olan Finansal Hizmetler Otoritesi (Financial Services Authority, FSA) tarafından kurulan bir şirket (Financial Ombudsman Service Limited) tarafından idare edilmektedir. Sistem işleticisinin, sistemin işleyişinden sorumlu ve fakat bireysel şikayetlerin incelenmesine herhangi bir dahli olmayan bir başkanı ve yönetim kurulu bulunmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü ise yönetim kurulu tarafından atanan ombudsmanlar tarafından gerçekleştirilmektedir. FSMA'ye ekli 17 sayılı Cetvel'de sistem işleticisinin, sistemin amaçları çerçevesinde ombudsman olarak hareket edecek, uygun niteliklere ve tecrübeye sahip olduğuna kanaat getirilen bir grup kişiyi atamak ve muhafaza etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Sistem işleticisi ayrıca, grubun bir üyesini baş ombudsman olarak atamak zorundadır.²⁶

B) Yetkili Otoritenin Bağımsızlığı

Sermaye piyasalarında yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümü ile yetkilendirilen otoritelerin, uyuşmazlığın taraflarını oluşturan kişilerden ve piyasanın

²⁴ İMKB Yönetmeliği md. 43/2; VOB Yönetmeliği md. 113/2.

²⁵ Sermaye Piyasası Kurulu Karar Organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere yedi üyeden oluşmaktadır. Kurul Karar Organı; ilgili Bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu Kararıyla atanacak yedi üyeden teşekkül etmektedir. Bakanlar Kurulu, adaylardan birini Başkan olarak atamaktadır. Kurul, Başkanın teklifi ile üyelerden birini ikinci başkan olarak seçmektedir (SPKn md. 17/2 ve 18).

²⁶ Kuczynski, s. 167-168. Bununla birlikte, uygulamada uyuşmazlıkların çoğunun kendilerine ombudsman yetkileri tevdi edilen dava çalışanları ve hakemler tarafından çözüldüğü, uyuşmazlıkların çok az bir kısmının ise ombudsmanlar tarafından karara bağlandığı ifade edilmektedir. Bkz. aynı yazar, s. 168.

diğer aktörlerinden bağımsız olması gerekmektedir. Bu gereklilik uluslararası otoriteler tarafından da vurgulanmıştır. Bu bağlamda, IOSCO tarafından uyumsuzluk çözüm sistemlerinin tarafsızlığı konusu vurgulanırken, Dünya Bankası uyumsuzluk çözüm sisteminin atamaya yetkili otoriteden ve endüstriden tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir.²⁷

Türk hukukunda yatırımcı uyumsuzlukların çözümü konusunda esas yetkili otorite olan borsa yönetim kurulları, ilgili borsanın genel kurulu tarafından seçilmektedir.²⁸ Anılan genel kurulların yapısına baktığımızda ise İMKB genel kurulun borsa üyelerinden teşekkül ettiği ve borsa üyelerinin esas itibarıyla borsada işlem yapmaya yetkili kişilerden oluştuğu görülmektedir.²⁹ Anonim şirket şeklinde kurulan VOBAS'ın genel kurulu ise pay sahiplerinden oluşmaktadır. VOBAS'ın pay sahipleri arasında da, sermaye piyasası faaliyetinde bulunmaya yetkili kuruluşların ve bu kuruluşlarca oluşturulan yapıların ağırlığı göze çarpmaktadır.³⁰ Öte yandan, anılan uyumsuzlukların çözümüne ilişkin olarak verilen kararları itiraz mercii olarak inceleyen SPK, hem uyumsuzlukların çözümüne yetkili borsaların hem de uyumsuzlukların diğer tarafını teşkil eden borsa üyelerinin denetim ve gözetimi ile yetkili kamu kurumudur. Bu çerçevede, uyumsuzluk çözümüne yetkili kuruluşların bir kısmında sermaye piyasası kurumlarının etkinliğinin bulunması, diğer kısmın ise kamusal görev ifa etmesi ve/veya sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin denetimi ve gözetimi yetkisine sahip bulunması karşısında, uyumsuzlukların çözümüne ilişkin mevcut yapının, uyumsuzluğun taraflarından ve piyasa aktörlerinden bağımsız olduğunu iddia etmek hayli güçtür.³¹

İngiliz hukukundaki FOS ise, düzenleyici otorite olan FSA'den bağımsız olup, farklı ve ayrı bir fonksiyonu ifa etmektedir. Bununla birlikte FSA'in,

²⁷ IOSCO, s. 6; The World Bank, s. 44.

²⁸ Genel Yönetmelik md. 15/2-e; VOB Kuruluş Yönetmeliği md. 11/1-b.

²⁹ Genel Yönetmelik md. 7 ve 15/1.

³⁰ VOB Kuruluş Yönetmeliği md. 10. VOBAS'ın pay sahipleri; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İzmir Ticaret Borsası, Yapı ve Kredi Bankası A.Ş., Akbank T.A.Ş., Vakıf Yatırım Menkul Değerler A.Ş., Türkiye Garanti Bankası A.Ş., İş Yatırım Menkul Değerler A.Ş., Türkiye Sermaye Piyasaları Aracı Kuruluşlar Birliği, İMKB Takas ve Saklama Bankası A.Ş., Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.'dir. (Bkz. <http://www.vob.org.tr/VOBPortalTur/detailsPage.aspx?tabid=487>, son erişim 30.03.2010)

³¹ Bununla birlikte, burada kastedilen bağımsızlık kavramının, uyumsuzluğu çözen kişi ve kurumların tarafsızlığı ile karıştırılmaması gerekmektedir. Türk sisteminde uyumsuzluğun çözümünde yetkili kuruluşların, uyumsuzluğun taraflarına karşı tarafsız olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Burada vurgulanan husus, uyumsuzluk çözümüne yetkili yapının kurumsal bağımsızlığıdır.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

FOS sisteminin işleyişine ilişkin olarak belirli bazı yönetim yetkileri ve denetim yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, FOS'un işleyiş kurallarının hazırlanması veya onaylanması, FOS yönetim kurulu üyelerinin atanması ve görevlerinden alınması ve FOS bütçesinin onaylanması gösterilebilir.³² FSA ve FOS işlevsel olarak birbirinden bağımsız olmalarına ve farklı fonksiyonları ifa etmelerine rağmen, kendilerine yüklenen görevleri etkin bir şekilde ifa edebilmeleri için, iki kurumun işbirliği ve iletişim içinde olması gerekmektedir. Bu bağlamda, FSA ile FOS'un arasındaki işbirliği, bilgi paylaşımı ve danışmanın genel çerçevesini belirleyen bir mutabakat zaptı (Memorandum of Understanding) bulunmaktadır.³³ Tüm bunlara ilave olarak, ombudsman olarak atanacak kişilerin de bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir.³⁴

C) Yetkili Otoritenin Finansmanı

Sermaye piyasasında yatırımcı uyuşmazlıklarının, yatırımcılara ek bir maliyet yüklenmeden çözümlenebilmesi için, uyuşmazlık çözmeye yetkili kurumların bu amaçla katlandıkları maliyetlerin alternatif finansmanının sağlanması gerekmektedir. Finansman unsuru, bir başka deyişle bu kurumların kendi gelirlerine sahip olması, aynı zamanda kurumun bağımsızlığının sağlanması açısından da önemlidir.

Türk hukukunda İMKB ve SPK, uyuşmazlıkların çözümü konusunda yatırımcılardan herhangi bir bedel talep etmemekte, uyuşmazlık çözümü anılan kurumların yürütmekte oldukları genel faaliyetler kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, bu kapsamda yapılan masraflar kurumların kendi gelirlerinden karşılanmaktadır. Ancak, VOB Yönetmeliği'nin 116'ncı maddesinde, yönetim kurulunun, uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili masrafları karşılamak üzere başvuru sahibinden ücret talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

³² Russen, s. 338; Morris, s. 787; Ferran, s. 141-142; James ve Morris, FOS'un uyuşmazlık çözümünde geniş operasyonel özerkliğe ve politika konularında belirli derecede operasyonel bağımsızlığa sahip olmasına rağmen, FSA'nin sistemin önemli yönlerine ilişkin olarak kayda değer yetkilere sahip olduğunu iddia etmektedirler. Bu yüzden, FOS'un FSA'den tamamıyla bağımsız olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Buna ilave olarak, FSA'nin düzenleme standartlarının FOS tarafından icra edileceği dikkate alınması gereken diğer bir husustur. Bu sebeple, FOS'un, FSA açısından bir erken uyarı mekanizması olarak hareket etmek suretiyle, düzenleyici otorite benzeri bir rolü ifa etmesi öngörülmektedir. Bkz. James/Morris, s. 173; Ayrıca bkz. Ferran, s. 143.

³³ Bkz. Russen, s. 338; Kuczynski, s. 167; Bazley/Haynes, s. 344-345.

³⁴ Russen, s. 168; Bu bağlamda hazırlanan bir kılavuzda, bir ombudsman sisteminin karşılanması gereken dört temel şart; ombudsmanın inceleme yapma yetkisine sahip olduğu kurumlardan bağımsızlığı, şikayetçilerin ulaşılabilirliği, adillik ve hesap verebilirlik olarak belirlenmiştir. Ferran, s. 143.

İngiliz hukukunda FOS'un finansmanı ise, FSA tarafından yapılan düzenlemeler çerçevesinde, finansal hizmetler sektörü tarafından sağlanmaktadır. Bu bağlamda yıllık genel aidatlar ve dava ücretleri, finansal hizmet firmaları tarafından FOS'a ödenmektedir. Ancak, FSA tarafından çıkarılacak düzenlemeler ile ücretlerin indirilmesi veya tamamen kaldırılması, şikayetlerin farklı aşamalarına göre farklı ücret belirlenmesi, ücretlerin iadesi ve farklı şikayetler için farklı ayarlamaların yapılması mümkündür.³⁵

V. UYUŞMAZLIK ÇÖZME YETKİSİNİN KAPSAMI

Uyuşmazlık çözme yetkisinin kapsamı ile kastedilen husus, yatırımcılar ile sermaye piyasası kurumları arasında ortaya çıkan hangi tür uyuşmazlıkların, uyuşmazlık çözüm sistemleri tarafından ele alınıp, çözüme kavuşturulabileceğidir.

Türk hukukunda uyuşmazlık çözüm sistemlerinin yetkileri borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda yetkili kurumlar, borsa üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yetkilidirler.³⁶

İMKB Yönetmeliği'nde borsa işlemi kavramının tanımına yönelik bir hüküm yer almamakla birlikte, Genel Yönetmeliğin 54'üncü maddesinde borsa işlemlerine hakim olan ilke ve prensipler belirlenmiş ve İMKB Yönetmeliğindeki ilgili hükümlerle sınırı çizilmiştir. Anılan mevzuat uyarınca, borsa işlemi, borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin, rekabet koşulları altında karşılaşması olup, gerçekleşen alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmeleriyle tamamlanmış olmaktadır.³⁷ Söz konusu genel çerçeveden hareketle, borsa işlemlerini oluşturan unsurları şu şekilde belirlemek mümkündür; öncelikle borsa işlemi, borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebini kapsamaktadır. Borsaya intikal ettirilmeyecek alım satım emirleri borsa işlemi kapsamına girmemektedir. İkinci olarak borsaya iletilen alım satım emirlerinin eşleşmesi gerekmektedir. Emirlerin eşleşmesi borsa işlemine vücut vermektedir. Nihayetinde borsa işlemi süreci, borsada

³⁵ Kuczynski, s. 171, 178; Şikayetçilerin FOS'a başvurusu herhangi bir ücrete tabi değildir. Şikayetçilere uygun bir ücret yüklenmesi bazı dayanaksız iddiaları caydırabilecek olmasına rağmen, bunun meşru taleplerin ileri sürülmesine de bir giriş engeli olabileceği ve bu nedenle sistemin faydalarını baltalayabileceği ifade edilmektedir. Ferran, s. 144.

³⁶ İMKB Yönetmeliği md. 42; VOB Yönetmeliği md. 108.

³⁷ Konuralp/Konuralp, s. 603.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

gerçekleşen alım satım işlemlerinin tasfiyesi ile sona ermektedir. Tasfiye ile kastedilen husus, kurulan menkul kıymet alım satım sözleşmesinden kaynaklanan borçların ifa edilmesi ve kazanılan hakların elde edilmesidir. Sözleşmenin ifa safhasının tamamlanması ile borsa işlemi adı verilen ve müşteri emri ile başlayan süreç son bulmaktadır. Dolayısıyla, tüm bu aşamalarda işlemler gerçekleşirken yatırımcı ile aracı kurum arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından İMKB'ye müracaat edilmesi mümkündür.

Öte yandan, VOB Yönetmeliği'nin 108'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise borsa işleminin, borsada işlem yapmak amacıyla emir verilmesi, işlemlerin gerçekleşmesi, takası, sözleşme nedeniyle teslimat yapılması, bu işlemler nedeniyle teminat verilmesi, teminatların nemaları gibi borsada kote edilen sözleşmelerin alım satımı için üyeler ile müşterileri arasında mutad olarak gerçekleşmesi beklenen iş ve işlemleri kapsayacağı hükme bağlanmıştır.

İngiliz hukukunda ise inceleme konumuz bakımından, FSMA'nın 226 ve 227'nci maddeleri ile FOS sisteminin zorunlu ve gönüllü yetki alanı şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.³⁸ FOS sisteminin 226'ncı maddeden kaynaklanan yetki alanı zorunlu yetki alanı olarak adlandırılmaktadır. FOS sisteminin gönüllü yetki alanı ise 227'nci madde ile tanımlanmıştır.

Buna göre, zorunlu yetki alanı, FSMA'nın 226/2 maddesindeki şartları karşılayan ve zorunlu yetki alanı kurallarının uygulandığı hizmetleri yürüten bir kişinin davranışına veya ihmeline ilişkin tüm şikayetleri kapsamaktadır. FSMA'nın 226/2 maddesindeki şartlar; şikayetçinin uygun olması ve şikayetin sistem çerçevesinde incelenmesini talep etmesi, şikayete konu davranış veya ihmalin gerçekleştiği dönemde karşı tarafın faaliyette bulunmaya yetkilendirilmiş olması ve şikayete konu davranış veya ihmalin anılan hizmetlere ilişkin zorunlu yetki alanı kurallarının yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmiş olmasıdır.³⁹ Bu çerçevede, FSA tarafından faaliyette bulunmaya yetkilendirilmiş finansal kuruluşların neredeyse tamamı zorunlu yetki alanına tabi olup; zorunlu yetki alanı, düzenlenmiş bir faaliyeti yürüten yetkilendirilmiş bir firmanın davranışında veya ihmaliinde uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁰

Gönüllü yetki alanı ise FSMA'nın 227/2 maddesindeki şartları karşılayan ve gönüllü yetki alanı kurallarının uygulandığı hizmetleri yürüten bir kişinin

³⁸ Bkz. Russen, s. 343; Bazley/Haynes, s. 331; James/Morris, s. 182-183.

³⁹ Russen, s. 344.

⁴⁰ Kuczynski, s. 169, 173.

davranışına veya ihmaline ilişkin tüm şikayetleri kapsamaktadır. FSMA'nin 227/2 maddesindeki şartlar ise şikayetçinin uygun olması, şikayete konu davranış veya ihmalin gerçekleştiği dönemde karşı tarafın sisteme katılmış olması, şikayetin yapıldığı dönemde karşı tarafın sistemden çıkmamış olması, şikayete konu davranış veya ihmalin anılan hizmetlere ilişkin gönüllü yetki alanı kurallarının yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmiş olması ve şikayetin zorunlu yetki alanı çerçevesinde incelenememesidir. Bu sebeple, zorunlu yetki alanının aksine, gönüllü yetki alanı sadece faaliyette bulunmaya yetkilendirilmiş kişilerle sınırlandırılmamıştır.⁴¹

FSMA'de yapılan bu sınıflandırma ve ikincil düzenlemeler ile sadece borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile sınırlandırılmış Türk sisteminin aksine, finansal piyasaların neredeyse tamamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik geniş bir çerçeve belirlenmiştir.⁴²

VI. UYUŞMAZLIĞIN KARARA BAĞLANMASI VE KARARIN ÖZELLİKLERİ

A) Karar Alma Süreci

Türk hukukunda, tarafların yargı mercilerine başvuru hakları saklı kalmak üzere, yatırımcıların borsa işlemleri nedeniyle borsa üyeleri ile olan uyuşmazlıkları, başvuruları üzerine, borsada çözümlenir. Taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanıncaya kadar dosya borsada işlemden kaldırılır. Adli yargı yoluna gidilmesi durumunda, borsa üyesi durumu öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde borsaya bildirmek, nihai kararı da aynı süre içinde ibraz etmekle yükümlüdür.⁴³ Uyuşmazlığın borsalar tarafından çözümlenebilmesi için, taraflardan birinin yazılı olarak borsaya başvurması gerekmektedir.⁴⁴ Anılan başvuru üzerine, gerekli süreç tamamlandıktan sonra, uyuşmazlık borsa yönetim kurulu tarafından karara bağlanır. Söz konusu ka-

⁴¹ Russen, s. 344-345.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Russen, s. 344-345; Bazley/Haynes, s. 332-333.

⁴³ İMKB Yönetmeliği md. 44; VOB Yönetmeliği md. 111. Taraflarca yargı yoluna başvurulması halinde, uyuşmazlık dosyasının işlemden kaldırılmasına ilişkin kural uyuşmazlığın borsa tarafından incelendiği dönem için geçerlidir. Uyuşmazlık borsa tarafından karara bağlandıktan sonra, itiraz üzerine SPK tarafından inceleme yapılırken adli yargıya müracaat edilmesi halinde dosya işlemden kaldırılmayacak, aksine SPK tarafından uyuşmazlık hakkında bir karar verilecektir. Bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 23.02.2005 tarih ve E. 2005/5528, K. 2005/955 sayılı kararı.

⁴⁴ İMKB Yönetmeliği md. 45; VOB Yönetmeliği md. 112.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

rar aleyhine, kararın taraflara tebliğini izleyen on işgünü içinde SPK'ya itiraz edilebilir. SPK'nın uyuşmazlıkları çözümlenmeye dair kararları nihaidir. Ancak, bir idari işlem niteliğinde olan SPK kararı aleyhine idari yargı organları nezdinde iptal davası açılması mümkündür.⁴⁵

İngiliz hukukunda uyuşmazlıkların FOS kapsamında çözümlenebilmesi için, yatırımcının öncelikle ilgili firmaya bir başvuruda bulunması gerekmektedir. Yatırımcı ancak firma konuya ilişkin nihai cevabını açıkladığında veya sekiz hafta içinde bir cevap vermediğinde şikayetini FOS'a iletebilir. Uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılan ön inceleme neticesinde, uyuşmazlığın FOS kapsamında çözüme elverişli olduğu tespit edildikten sonra, taraflara önerilen çözüm yollarının kabul edilmemesi ve uyuşmazlığın bir ombudsman tarafından karara bağlanmasının talep edilmesi halinde, ombudsman tarafından gerekli inceleme yapılarak nihai karar verilir. Ombudsmanın nihai kararına karşı temyiz yolu bulunmamaktadır.⁴⁶

B) Kararın Özellikleri

Sermaye piyasalarında yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak verilen kararın, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmesi ve belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir.

Türk hukukunda konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda, yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümü neticesinde verilen kararın özelliklerine ilişkin olarak şu sonuçlara ulaşılmaktadır. Öncelikle, istisnalar dışında, borsa yönetim kurulu tarafından verilen kararlar nihai olmayıp, anılan karar aleyhine iki tarafın da SPK nezdinde itirazda bulunması mümkündür. SPK'nın uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararı nihai olmakla birlikte, bu karar aleyhine idari yargı yoluna müracaat edilebilecektir. Uyuşmazlığın çözümüne dair karar, meri sermaye piyasası mevzuatı ve genel hükümler çerçevesinde alınacaktır. Kararın miktar olarak azami sınırına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

İngiliz hukukunda uyuşmazlıkların, davanın tüm koşulları nazara alınarak adil ve makul olacak şekilde karara bağlanması gerekmektedir. Adil ve makul bir şekilde karar alabilmek için, ombudsmanın mevcut hukuk kurallarını,

⁴⁵ İMKB Yönetmeliği md. 43, 46; VOB Yönetmeliği md. 113. VOB Yönetmeliği'nin 113'üncü maddesinin son fıkrası uyarınca, tutarı SPK tarafından belirlenen miktarın altında kalan anlaşmazlıklarda, borsanın verdiği karara SPK nezdinde itiraz edilemez.

⁴⁶ Russen, s. 346, 350; Kuczynski, s. 172, 177; Bazley/Haynes, s. 341-343.

ikincil düzenlemeleri, uygulama kurallarını ve sektörün iyi uygulamaları olduğunu düşündüğü kuralları dikkate alması gerekmektedir. Şikayette bulunan yatırımcıya ombudsman tarafından verilen kararı kabul veya red etme konusunda yetki tanınmıştır. Buna göre, karar yatırımcı tarafından kabul edilirse, her iki taraf açısından da bağlayıcı olacaktır. Ancak, karar yatırımcı tarafından reddedilirse, iki tarafı da bağlamayacaktır. Ombudsman kararını kabul etmeyen yatırımcı alternatif telafi mekanizmalarını harekete geçirebilecektir. Ombudsman kararı aleyhine itiraz yolu bulunmamaktadır. Ombudsman kararı, uygun önlemlerin alınmasına yönlendirme veya adil tazminat ödenmesini temin etme şeklinde olabilecektir. Ombudsman tarafından verilebilecek kararın azami miktarı, faiz ve masraflar hariç, yüz bin İngiliz sterlinidir.⁴⁷

VII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sermaye piyasalarında işlem yapan yatırımcılara belirli düzeyde koruma sağlamayı olanaklı kılan mekanizmalardan biri, yatırımcılar ile sermaye piyasası faaliyeti yürüten kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların hızlı, etkili ve daha az maliyetli bir şekilde, mahkeme dışı yöntemlerle çözülmesine imkan veren uyuşmazlık çözüm sistemlerinin geliştirilmesidir. Bu çalışma kapsamında, sermaye piyasasındaki yatırımcı uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözülmesine yönelik olarak Türk ve İngiliz hukukunda geliştirilen modeller karşılaştırılmış ve aşağıdaki sonuç ve değerlendirmelere ulaşılmıştır. Ancak, söz konusu değerlendirmelere geçmeden önce iki hususa değinmekte fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, Türk ve İngiliz hukukundaki sistemlere ilişkin karşılaştırma yapılması birçok konudaki problemleri de beraberinde getirmektedir. Öncelikle her iki ülkenin piyasasının gelişmişlik düzeyi ve yatırımcı profili oldukça farklıdır. Ayrıca, finansal piyasaların düzenlenme sistemindeki farklılık da (İngiliz sistemindeki tek düzenleme, tek düzenleyici otorite ve uyuşmazlık çözümüne yetkili tek otorite) karşılaştırmalı inceleme yapma ve terminoloji konusunda problem yaratmaktadır. Nihayet, iki ülkenin genel hukuk sisteminin farklı oluşu da (İngiliz hukukunun ortak hukuk geleneğini temsil etmesi) karşılaştırmalı inceleme konusunda bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, tüm bu hususlara rağmen, aşağıda yapılacak değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, İngiliz sisteminin doğrudan esas alınmasına gerek bulunmayıp, sistemin ana unsurlarının dikkate alınması suretiyle belirlenecek yapının, Türk piyasa-

⁴⁷ Bkz. Russen, s. 351-353; Kuczynski, s. 176-177; Bazley/Haynes, s. 341-343; Ferran, s. 145.

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

larının ve yatırımcılarının profili, piyasa kültürü, organizasyon yapısı ve genel hukuk sistemindeki kurallar dikkate alınarak uyarlanması mümkündür.

İkinci olarak, Türk hukukundaki uyuşmazlık çözüm sistemine bazı eleştiriler yöneltmek mümkün olmakla birlikte, bu sistem çerçevesinde günümüze kadar borsaların ve SPK'nın yürütmüş olduğu özverili çalışmalar sayesinde yüzlerce yatırımcı uyuşmazlığı çözüme kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, öncelikle bu hususun tespiti gerekmektedir. Ancak, sermaye piyasalarındaki yatırımcıların korunması hususu, Dünya'da meydana gelen gelişmeler sonucunda bir başka aşamaya geçmiş durumdadır. Söz konusu aşamada, tüm ülkeler etkin koruma sistemleri ile ön plana çıkmaya çalışmakta ve etkin düzenlemenin yaratacağı arbitrajdan faydalanmak istemektedirler. Yatırımcı uyuşmazlıklarının etkin, hızlı, ucuz ve verimli bir şekilde çözümlenmesi de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bu sebeplerle, Türk hukuk sistemindeki uyuşmazlık çözüm sisteminin çağdaş gelişmelere uyarlanması ve yeni bir model belirlenmesi, sermaye piyasalarının gelişmesinde ve piyasaya duyulan güvenin artırılmasında önemli role sahip olacaktır.

Etkili, tarafsız ve verimli bir uyuşmazlık çözüm sistemi geliştirebilmek için, bağımsız bir kuruluşun varlığına ihtiyaç olduğu açıktır. Bununla birlikte yukarıda da vurgulandığı üzere, Türk hukuku yatırımcılar için bağımsız bir uyuşmazlık çözüm sistemi sunmamaktadır. Zira uyuşmazlık çözümüne yetkili kuruluşların bir kısmında sermaye piyasası kurumlarının etkinliği bulunmakta, diğer kısım ise kamusal görev ifa etmekte ve/veya sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin denetimi ve gözetimi yetkisine sahip bulunmaktadır. Ayrıca, yatırımcıları farklı işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için farklı organlara müracaat ederek haklarını aramak zorunda bırakan uyuşmazlık çözüm sisteminin parçalanmış yapısının, yatırımcılar için etkin bir koruma sağladığını iddia etmek de güçtür. Bu çerçevede, en azından sermaye piyasaları için tek bir uyuşmazlık çözüm sisteminin geliştirilmesi yatırımcıların korunması açısından oldukça önemlidir.

Türk sermaye piyasalarındaki uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yeni bir kuruluşun yaratılmasında, İngiliz sisteminin bazı yönlerinin model olarak kullanılması mümkündür. Öncelikle, bu kurumun, borsalarla ve sermaye piyasası faaliyetinde bulunan kuruluşlarla herhangi bir bağlantısının bulunmaması gerekmektedir. Kurum, ayrıca, SPK'dan da bağımsız olmalıdır. Bununla birlikte, Türk sermaye piyasalarının düzenleyici ve denetleyici otoritesi olarak SPK'nın, uyuşmazlık çözümüne yetkili kuruluşun faaliyetlerini yürütmesine

yönelik belirli yetkilere sahip olması gerekmektedir. Zira kurumsal bağımsızlığını kazanmış uyuşmazlık çözümüne yetkili kuruluşun da sermaye piyasasının ayrı bir aktörü haline geldiği dikkate alındığında, belirli ölçüde denetim ve gözetiminin yapılması gerekecektir. Bu yetkiler, FSA'ye tanınan yetkilere paralel şekilde, kurumun denetlenmesi, yönetim kurulunun atanması ve görevden alınması, işleyişe yönelik kurallarının ve bütçesinin onaylanması gibi yetkiler olabilecektir. Ancak her halde, uyuşmazlığın çözümüne yetkili kurumun bağımsızlığı, bu yetkiler kullanılmak suretiyle zedelenmemelidir.

Türk hukukunda uyuşmazlık çözümü için bağımsız bir kuruluşun gerekliliğine yönelik öneri çerçevesinde, bu kurumun mali açıdan da bağımsızlığının sağlanması ve kendine ait gelirlerinin bulunması gerekmektedir. Ancak, yatırımcıların korunması ilkesi çerçevesinde, anılan gelirlerin tamamının yatırımcılardan sağlanması maksada uygun değildir. Bunun yerine, uyuşmazlık çözümüne yetkili kuruluşun masraflarının, sisteme üye ve sistem çerçevesinde uyuşmazlıklarda taraf olan sermaye piyasası kurumları tarafından ödenecek ücret ve/veya aidat ile karşılanması uygun olacaktır. Bununla birlikte, sistemin etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması ve dayanağı olmayan iddialarla meşgul edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla başvuru sahibi yatırımcılardan cüzi bir ücret alınması da dikkate alınabilecek bir öneri olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk sermaye piyasası hukukundaki uyuşmazlık çözüm sisteminin yetki alanı, TSPAKB tarafından borsa işlemi dışındaki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak yürütülen çalışmalar bir tarafa bırakıldığında, sadece borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır. Esasında bu sınırlama, uyuşmazlıkların çözümüne borsaların yetkili kılınması ile paralellik arz etmektedir. Bu noktada, uyuşmazlık çözüm sisteminin yetki alanı konusunda bir tutarlılık bulunmakla birlikte, sistemin yeterliliği tartışmaya açıktır. Zira bu yaklaşım, sermaye piyasası kurumları tarafından sunulan birçok sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkları dışlamaktadır. Uyuşmazlık çözüm sisteminin kapsamının sınırlı tutulması, yatırımcılara etkin ve verimli uyuşmazlık çözüm mekanizmaları sağlanması fikri ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeplerle, Türk hukukunda uyuşmazlık çözüm sisteminin yetki alanının, sermaye piyasası kurumları tarafından sunulan sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin tüm şikayetlerin çözümlenebileceği şekilde genişletilmesi tavsiyeye şayandır. Ancak, sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin tüm şikayetlerin çözümünde mevcut kurumlardan birinin yetkili kılınmasının mümkün olamayacağı gerçeği

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

karşısında, esasında bu öneri de uyuşmazlık çözümü için kurumsal ve bağımsız ayrı bir yapılanmanın gerekliliğini desteklemektedir.

Öte yandan, mevcut uyuşmazlık çözüm sisteminde uyuşmazlığın karara bağlanması sürecinin uzun ve karmaşık oluşu, sistemin verimliliğini azaltır niteliktedir. Anılan sakıncalar, uyuşmazlık çözüm sisteminin yatırımcıların talepleri için etkili, hızlı ve verimli bir çözüm sağlamaktan uzak olduğunu göstermektedir. Bu süreç, dava açma sistemine benzer birçok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Esasında uyuşmazlık çözüm sisteminin karar alma süreci ve ürettiği karar, uyuşmazlığı çözen kurumun bağımsızlığı ve kullanılan uyuşmazlık çözüm yöntemi ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, yukarıda yer verilen önerilere ilave olarak, yatırımcılar için daha elverişli çözümler geliştirebilmek amacıyla, karar alma sürecini düzenleyecek reformlara da ihtiyaç bulunduğu düşünülmektedir. Bu noktada, karar alma sürecinin karmaşıklığını ve yavaşlığını azaltmaya katkıda bulunacak temel hususlardan biri uyuşmazlığı çözecek kurumun bağımsız ve ayrı bir yapı olarak örgütlenmesinin sağlanmasıdır. Bu şekilde kurumsal yapısı oluşturulan sistemde kullanılacak uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ise “ombudsman modeli” tercih edilebilecek bir alternatif olarak yer almaktadır.

Uyuşmazlığa ilişkin başvuru ve karar alma sürecinde önem taşıyan noktalardan bir diğeri, uyuşmazlık yoluna müracaat etmeden önce, uyuşmazlığın diğer tarafı olan sermaye piyasası kurumuna müracaat edilmesinin zorunlu tutulmasıdır. Bu sayede, ilgili sermaye piyasası kurumuna yapmış olduğu işlemleri gözden geçirme ve eğer uygunsuzsa yatırımcının zararlarını tazmin etme olanağı sağlanmış olacaktır. Böylelikle, uyuşmazlık çözüm sisteminin, en azından, sermaye piyasası kurumuna başvuru ile giderilebilecek sorunlarla uğraşmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, İngiliz hukukundaki model, Türkiye'nin piyasa kültürü ve hukuk sistemi çerçevesinde yapılacak uygun uyarlamalarla, sermaye piyasalarındaki uyuşmazlık çözüm sisteminin geliştirilmesinde bir referans noktası olarak kullanılabilir. Uyuşmazlık çözümüne yetkili, bağımsız, tek bir kurumun ihdası ve uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ombudsman modelinin tercih edilmesi; yatırımcılara hızlı, ucuz ve merasimsiz bir yapıda uyuşmazlıklarını çözme olanağı sağlanabilmesi bakımından düzenleme yapılması gereken temel konular olarak gündeme gelmektedir. Buna ilave olarak, uyuşmazlık çözüm sisteminin yetki alanının, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları kapsayacak genişlikte belirlenmesi de, oluşturulacak sistemin etkinliği açısından, uygun olacaktır.

Dr. Nusret ÇETİN

KAYNAKÇA:

- Bazley, S./Haynes, A.: *Financial Services Authority Regulation and Risk-based Compliance* (West Sussex: Tottel Publishing Limited, 2nd ed, 2007)
- Cartwright, P.: *Banks, Consumers and Regulation* (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004)
- Ferran, E.: ‘Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector’ (2002) 21 C.J.Q.
- IOSCO, ‘Objectives and Principles of Securities Regulation’ (May 2003) (<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOS-COPD154.pdf> adresinden ulaşılabilir, son erişim 30 Mart 2010)
- James, R./ Morris, P.: ‘The New Financial Ombudsman Service in the United Kingdom: has the second generation got it right?’ *International Perspectives on Consumers’ Access to Justice* (Cambridge, CUP, 2003)
- Konuralp, H./Konuralp, A.: ‘Borsa Uyuşmazlıkları’ *Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan* (Ankara, 1998)
- Kuczynski, A.: ‘Financial Redress-Complaints, Disputes, and Compensation’ *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006)
- McMeel, G./Virgo, J.: *Financial Advice and Financial Products Law and Liability* (Oxford and New York: OUP, 2001)
- Morris, P. E.: ‘The Financial Ombudsman Service and the Hunt Review: continuing evolution in dispute resolution’ (2008) 8 J.B.L.
- Morris, P./Little, G.: ‘The Ombudsmen and Consumer Protection’ *Consumer Protection in Financial Services* (International Banking, Finance and Economic Law Series), (London and Dordrecht: Kluwer Law International, 1999)
- Özkan, A.: ‘Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ (Ocak 2007) 53 *Sermaye Piyasasında Gündem*

Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümü

Russen, J.: *Financial Services: Authorisation, Supervision and Enforcement: A Litigator's Guide* (Oxford and New York: OUP, 2006)

The World Bank, 'Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool Consultative Draft' (September 2009)

Walker, G.: 'Financial Services Authority' *Financial Services Law* (Oxford and New York: OUP, 2006)

BOŞ

KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Arş. Gör. Seda KARA KILIÇARSLAN*

ÖZET

Kefil, kefalet sözleşmesiyle asıl borçlunun borcu ifa edememe riskini üstlenir. Ne var ki kefilin öngörülemez, ucu açık bir sorumluluk altına sokmak hukukun mantığına ters bir durum arz eder. Bu nedenle çalışmamızda da tartışacağımız üzere, kefil daha işin başında ne miktarda bir sorumluluk yüklendiğini bilmelidir. Öyle ki sorumluluğun miktarı, kanunda sayılan tüm alacak nevelerini içine almalı ve daha fazlasıyla kefilin karşı karşıya bırakmamalıdır. Ek olarak kefil sözleşmesiyle, sorumluluğa ilişkin alacakları belirleyebilecektir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki kefilin sorumluluğunu arttıran her türlü sözleşme, geçerlilik şekline uygun olmalıdır.

Anahtar Kelimeler : Kefalet sözleşmesi, Azami Sorumluluk, Kefilin Sorumluluğu.

ZUSAMMENFASSUNG

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Glaubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Diese Haftungsumme muss bestimmbar sein. In meiner Arbeit wurde über den Umfang der Haftung des Bürgen diskutiert. Die Bürgschaft kann nicht bloss für eine bestimmte Schuld, sondern auch für andere mittels Vertrag begründet werden. Solche Verträge, die der Haftung des Bürgen erweitern und erhöhen, bedürfen Gültigkeitserfordernis.

Schlüsselwörter : Bürgschaftsvertrag, maximaler Haftungsbetrag, Haftung des Bürgen.

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesiyle kefil, borçlunun asıl borcu ifa edememesi riskini üzerine almaktadır¹. Risk kavramı temelinde bir belirsizliği ya da daha doğru bir deyişle olasılığı ifade etmektedir. Kefalet sözleşmesindeki risk de, zarar verecek olan ifa etmeme fiilinin gerçekleşme olasılığıdır. Yani kefil, kapsamını bilmediği, belirsiz bir borcu şahsen yüklenmesinden dolayı borcun yekünüyle ilgili bir riske girmez, aldığı risk ifayla ilgilidir. Zaten kişiyi ekonomik olarak zora sokacak, sınırsız bir mesuliyet kabul edilemez (TMK m. 23). Nitekim kanun koyucu da kefilin sorumluluğunu belirli bir kapsam dâhilinde düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde sorumluluğun kapsamı için, söylenebilecek ilk ölçüt, kefilin azamî bir sorumlulukla kefalet sözleşmesinden sorumlu olacağıdır. O yüzden kefilin katlanacağı tüm alacakların bu sınır kapsamında değerlendirilmesi için, öncelikle alacaklar toplamının bu miktar içinde kalmış olması aranır. Ayrıca bu hüküm, emredici bir hukuk kuralı olması nedeniyle, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Böylece azamî koşul ölçütü mutlaka ele alınmalıdır. Daha sonraki ölçüt ise, kefilin kanundan doğan sorumluluk nevileridir. Bunlar azamî sınırın içinde kaldığı sürece kefiliden istenebilecek başlıca alacaklardır. Ancak bu alacakların, tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle, sözleşmeyle de kefilin sorumluluğu gündeme gelebilir.

Kefilin sorumluluğunun kapsamını konu alan çalışmamızda, özetlediğimiz düzenlemeyi iki ana başlık altında incelemeyi yerinde görüyoruz. Bu nedenle öncelikle kefilin azamî sorumluluğunu inceleyip, kaydetmiş olduğu aşamaları inceleyeceğiz. Uygulamaya ilişkin örneklerden de yararlanarak; konunun Türk ve İsviçre hukukunda ele alınış tarzını karşılaştıracacağız. Bir sonraki başlıkta ise, kanunun aksine kefilin kanundan ve sözleşmeden doğan sorumluluğunu inceleyerek; değerlendirmemizi de içeren sonuç bölümüyle çalışmamızı sonlandıracağız.

I. KEFİLİN AZAMÎ SORUMLULUĞU

Kefalet sözleşmesiyle kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi durumunda, söz konusu borçtan şahsen sorumlu olacağını taahhüt etmektedir². Başka

¹ **Özen**, Burak, Kefalet Sözleşmesi, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 6.

² **Aral**, Fahrettin, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 437; **Yavuz**, Cevdet/ **Özen**, Burak/ **Acar**, Faruk, Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2007, s. 824; **Bilge**, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümülü”, AÜHFD, C. XIII, 1956, s. 93 vd.; **Zevkliler**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe, Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara: 2007, s. 376.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

bir deyişle kefilin sorumluluğu, borcun ödenmemesi halinde gündeme gelir. Peki, bu sorumluluk hangi sınırlar içerisinde kalacaktır? Kefilin, asıl borcun ödenmeme rizikosunun gerçekleşmesinden sonra sorumluluğunun kapsamından haberdar olması, belirsiz bir borç altına girmesi, kanun mantığına uygun değildir. Kefil, daha işin başında neyle karşı karşıya kalacağını, neyi taahhüt ettiğini ve bunun sınırını bilmelidir³.

Yukarıda bahsedilen sorunun çözümü ise, BK. 484 ve BK. 490 maddelerinin irdelenmesiyle netlik kazanacaktır. Aslında BK 484. madde kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin şekil şartlarını düzenlemiştir. Bu suretle, kanun koyucu kefaleti sadece yazılı şekle tabi tutmakla yetinmeyip, ayrıca kefilin sorumluluğunun azamî miktarının gösterilmesini, yine şekle ilişkin bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir. Dolayısı ile sorumluluğun azamî sınırının gösterilmemesi kefalet sözleşmesinin geçersizliğini doğuracaktır⁴. Diğer taraftan, BK 490. madde kefilin, alacaklı karşısında, özel bir anlaşma olmaksızın kanundan ötürü sorumlu olacağı kalemleri tek tek saymıştır. Ancak söz konusu kalemlerin incelenmesiyle görülmektedir ki, kefilin sorumluluğunun tespiti, elâstiki ve değişik mahiyetleri dolayısıyla mümkün olmayacak ve bir yandan azamî bir miktarın belirleme zorunluluğu, bir yandansa söz edilen alacakların sınırlandırılmaya müsait olmaması, iki hüküm arasında bir çatışmanın varlığını düşündürecektir. Gerçekten çalışmamızın devamında da inceleyeceğimiz gibi, kefilin kanundan ötürü sorumluluğunu doğuran alacakların, sadece borcun ödenmemesi anından önce değil, sonrasında da içeriğinin belirlenmesi zordur⁵. Bu nedenle öncelikle hükümler arasında, mutlaka bir uzlaşma sağlanmalı ve daha sonra sorumluluğun kapsamı belirlenmelidir.

İsviçre hukukunda, kefalete ilişkin hükümlerin değişikliğinden önce, azami sınır yalnızca kefilin esas borçtan sorumluluğunu sınırlarken; esas borç için işlenmiş faizler, dava ve takip masrafları hiçbir sınırlamaya bağlı olmadan kefilin sorumluluğu içerisinde kabul edilmekteydi⁶. Daha sonra 1942 yılında yapılan değişiklikle, BK. m. 484'ün kaynağı olan OR. Art. 493 değiştirilmiş ve kefalet belgesinde, kefilin azamî sorumluluğunun belirli bir rakamla göste-

³ **Bilge**, s. 153; **Zevkliler**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe, s.376.

⁴ **Bilge**, Necip, Borçlar Hukuku- Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 381; **Bilge**, (makale) s. 153; **Özen**, s. 107; **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, 1987, Ankara, s. 775.

⁵ **Bilge**, (makale), s. 154; **Reisoğlu**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ayyıldız matbaası, Ankara, 1992, s. 155.

⁶ **Reisoğlu**, s. 154; **Özen**, s. 107; **Bilge**, (makale), s. 160.

rilmesi şartı getirilmiştir. Ayrıca BK 490 hükmünün kaynağı OR Art. 499 Abs 1 hükmünde açıkça sorumluluğun kesin sınırının kefalet belgesinde gösterilen rakamı aşmayacağı belirtilerek iki hüküm arasındaki uzlaşmayı sağlamıştır. Böylece Türk hukukunda açıklığa kavuşturulmamış olan meseleye kanunla netlik kazandırılmış, kefilin azamî sorumluluğu yalnızca esas borçla sınırlı olarak değil, Art 499 (BK. 490) hükmündeki tüm hususları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁷.

Türk hukuk'unda ise, herhangi bir açıklık olmamasına rağmen, sorumluluğun kapsamını, bütün kanunî yükümlülükleri içerir şekilde algılamak, kanun koyucunun amacına uygun düşecektir. Zira BK m, 484'le kefilin sorumluluğunu sınırlayan bir hükümle önceden sorumluluğun kapsamını bilebilmesi amaçlanmışken, daha sonra bu hükmün uygulanmasını güçleştirip imkânsız hale getirebilecek bir maddenin varlığını açıklayacak makul bir sebep bulunmamaktadır. Zaten öğreti ve uygulama da bu konunun üzerinde mutlak olarak fikir birliğine varmıştır⁸.

Bu durumda, karşılaşılabilecek ihtimaller üzerinde olayı incelediğimizde; kefalet sözleşmesinde gösterilmiş azamî sınırın, bütün yükümlülüklerden daha yüksek veya eşit olması halinde, ortada tartışılacak bir sorun yoktur⁹. Söz

⁷ Yavuz/ Özen/ Acar, s. 851; Özen, s. 107; Giovanoli, Silvio, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Staempfli&Cie, Bern, 1978, Art. 499, Nr. 8-20-21; Beck, Emil, Das Neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942, Art 499, N.5; Amstutz, Marc/ Furrer, Andreas/ Girsberger, Daniel/ Huguenin, Claire/ Müller- Chen, Markus/ Roberto, Vito/ Rumo- Jungo, Alexandra/ Schnyder, Anton, Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, 2007, s. 2217- 2218; Huguenin, Claire, Obligationrecht, Besonderer Teil, Schulthess Verlag, 2002, s. 158- 159; Honsell, Heinrich, Kurzkomentar, OR. Art. 1- 529, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, Art. 499, Nr. 1. Reisoğlu, s. 154; Aral, s. 448; Zevkliler/Havutçu, s. 337; Tandoğan, s. 779- 780.

⁸ Yavuz/ Özen/ Acar, s. 851; Aral, s. 448; Tandoğan, s. 779; Özen, s. 108- 109; Reisoğlu, s. 153- 154; Bilge, s. 381; Develioğlu, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 301; Y. 13. HD. T. 10. 03. 2008, E.2007/ 14879, K. 2008/ 3315"... kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı hususunun hakim tarafından resen nazara alınması gerekir. Kredi limitinin aynı zamanda kefalet limiti olarak kabul edilmesi gerektiği, anlaşılır. Bu nedenle davalının kefalet limitinin sözleşmedeki kredi limiti olan ... YTL olarak kabulü ile, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, kefalet limiti belli olmadığı gerekçesiyle davanın reddi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"; Y. 11. HD. T. 07.05. 2002, E. 2002/ 630, K. 2002/ 4497, "Davalı banka ile dava dışı kişi arasında imzalanan kredi kartı üyelik sözleşmesinde davacı müteselsil kefil olup, davasını kefalet limiti belli olmadığından sözleşmenin geçersizliğine dayandırmıştır kefalet akdinin, yazılı şekilde yapılmasının yanı sıra kefilin, sözleşmeye göre kefalet ettiği miktarı açıkça bilmesi veya kefalet senedinden, böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması gerekir" (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı) .

⁹ Bilge, (makale), s. 158; Giovanoli, Art. 493, N. 19, Art. 499, N. 5; Honsell, Art. 499, N. 1;

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

konusu yükümlülük toplamları, fiilî sınırı oluşturur. Buna rağmen eğer kefilin kefalet sözleşmesinde taahhüt ettiği miktar yalnızca esas borcu kapsayabilecek kadarsa veya esas borç tutarından bile düşükse ya da esas borçtan yüksek olsa bile diğer yükümlülükler toplamını karşılamaya yetmeyecek kadarsa, kefilin sorumluluğu sözleşmede gösterilen miktara uygundur. Başka bir deyişle kefil sözleşmede gösterilen miktardan daha fazlasıyla sorumlu olmayacaktır¹⁰.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz azamî sorumluluk konusu üzerinde Borçlar Kanunu Tasarı'sının çözümü ise, İsviçre hukukuna uygundur. Dolayısı ile Tasarı öğretisi ve uygulamanın vardığı sonucu hukuksal zemine taşıyarak, konuya son noktayı koymuştur¹¹.

Son olarak ise, kefilin kendi temerrüdünden dolayı ortaya çıkan temerrüt faizleri veya kefilin şahsına yönelik dava ve takip masraflarının sorumluluk sınırının dışında kalacağını belirtmek isteriz. Kefil, kefalet belgesinde gösterilen azamî miktarı aşsa bile, kendi temerrüdünün yasal sonucu olarak işlemiş olan temerrüt faizi ve kefile karşı açılan dava ve takip masrafları, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan kefilin talep edilebilir. Aksi durumda, yani esas borçlunun sorumluluğu kapsamındaki faiz ve dava masraflarının yalnızca azamî sınır içerisinde talebi mümkünken; kendi temerrüdünden ve kendisine yönelik dava masraflarından, sınırlamaya bağlı kalmadan sorumludur¹².

Honsell, Heinrich/ **Vogt**, Nedim Peter/ **Wiegand**, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, 2008, Art 499, N. 1-3, "İsviçre hukukunda, kefilin sorumluluğunun üst sınırı belirlenirken, sorumluluğa esas borcun %20'sinin eklenmesiyle ulaşılmaktadır"; **Özen**, s. 109.

¹⁰ **Özen**, s. 109.

¹¹ BKT. m. 589 f.1, "kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur" diyerek; OR Art. 499'a uygun bir düzenleme getirmiştir.

¹² **Reisoğlu**, s. 155; **Özen**, s. 109- 110.

II. KEFİLİN KANUNDAN ve SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Kefilin Kanundan Doğan Sorumluluğu

1. Borcun Aslından Doğan Sorumluluk

a. Borcun Aslının Belirlenmesi Meselesi

Kefilin sorumluluğunun başlıca unsuru kefil olunan borcun aslıdır¹³. Öyleyse asıl borç ifadesinden ne anlaşılmalıdır? Kanunda asıl borcun tanımı yapılmamıştır. Aslında belli bir tanım yapılması, kefalet sözleşmesinin yapısı gereği mümkün değildir. Çünkü belirli bir borcun varlığı halinde taraflar hakkında doğan bir borca kefalette ve kesin bir şekilde ortaya çıkmış bir borca kefalette asıl borcun belirlenmesi kolayken; hukuki bir ilişkinin tamamına ya da şarta bağlı veya müstakbel bir borca kefalette asıl borcun ne olduğu kesin olarak tayin edilemez¹⁴. Buna rağmen bir takım ölçütler ileri sürmek gerekirse; borcun sebebi ve kapsamı, sözleşmenin tarafları, ifa yeri ve zamanı, kefilin iradesinin göz önünde tutulmasıyla asıl borç ferdileştirilebilir¹⁵.

Bazı durumlarda ise, alacaklı ile asıl borçlu arasında devamlılık arz eden bir ilişki var olabilir. Bu durumda kefilin sorumlu olduğu asıl borcun tespiti meselesi özellik arz eder. Türk Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda, konuyla ilgili bir karine kabul edilmiştir. OR. Art. 499/ f. 3'e göre, “*aksi kefalet belgesinden veya durum ve koşulların değerlendirilmesinden çıkarılmadıkça, kefil sadece esas borçlunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkan yükümlülüklerden sorumludur*”. Dolayısı ile kefilin sorumluluğun kapsamındaki borç, yalnızca gelecekteki borçlar içindir, öncekiler için değil¹⁶. Türk Hukukunda¹⁷ da benzer sonuca ulaşmak için herhangi bir engel yoktur. Ayrıca bu karinenin aksini ispat her zaman mümkündür. Alacaklı kefalet sözleşmesinin imzalandığı sırada kefilin bu borçtan haberi olduğunu ve sorumlu olmak istediğini, kefalet sözleşmesinde önceden doğmuş borçlara

¹³ Giovanoli, Art. 499, Nr. 10; Honsell, / Vogt / Wiegand, Art 499, Nr. 5; Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller- Chen/ Roberto/Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2217; Bilge, s. 382; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 850; Aral, s. 448; Zevkliler/Havutçu, s. 376.

¹⁴ Bilge, (makale), s. 106; Reisoğlu, s. 157.

¹⁵ Reisoğlu, s. 157; Bilge, (makale), s. 107; Yavuz/Özen/Acar, s. 850.

¹⁶ Giovanoli, Art. 499, Nr. 22.

¹⁷ BKT. m. 589/ f. 3, söz konusu karineyi Türk Hukukuna taşımıştır. Şöyle ki, “*Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur*”.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

yollama yaparak ispatlayabilir¹⁸. Ayrıca kefalet sözleşmesi öncesinde doğmuş olan borçlara kefil olunması, kefilin sorumluluğunu arttıracığından geçerlilik şekline uyulmuş olmalıdır¹⁹.

Asıl borç, kefilin kefalet sözleşmesinde güvence altına almış olduğu borç olmalıdır. Başka bir deyişle, “*kefilin sorumluluk kabul ettiği borçla, borçlunun asıl borcu aynı olmadığı takdirde kefilin sorumlu olmayacağı*”²⁰ açıktır. Ancak asıl borç kefalet sözleşmesinden bağımsız, alacaklı ile esas borçlu arasındaki ilişkiye bakılarak belirlenir. Kefalet sözleşmesinde belirtilen ise, kefilin hangi oranda sorumluluk altına girip, takip edilebileceğidir²¹.

Asıl borç, kefilin sorumluluğunda belirleyici bir işleve sahiptir. Zira kefilin sorumluluğu, kefilden talepte bulunulduğu sırada asıl borcun geçerliliğine bağlıdır ya da kefil olunan borcun sona ermesi, asıl borcun azalması aynı şekilde kefilin sorumluluğunu etkileyecektir. Zaten kefalet sözleşmesinin asıl sözleşmeden etkilenmesi ferî’liğin doğal bir sonucudur²². Şimdi ise, asıl borçtaki sonradan ortaya çıkmış olan değişikliğin kefilin sorumluluğunu ne yönde etkileyeceğine değineceğiz.

b. Asıl Borcun Sonradan Değişmesinin Kefilin Sorumluluğuna Etkisi

Kefil, daha işin başında hangi kapsamda sorumluluk altına girmeyi amaçlıyorsa veya amaçlamakta haklı görülebilecekse, o kapsamda sorumlu olacaktır ve böylece kefilin sorumlu olduğu asıl borç ferdileştirilmiş olacaktır. Ancak belirlenmiş olan borç, sonradan öngörülemeyen bir biçimde değişiklik gösterebilir²³. Asıl borçta meydana gelen değişiklikler, borçlunun iflası veya aczi gibi taraf iradeleri dışında gelişebileceği gibi; asıl borçlu veya alacaklının istekleri sonucunda ortaya çıkabilir²⁴. Yine meydana gelen değişiklik asıl borçta bir azalma yaratabileceği gibi, asıl borcu arttırıcı bir nitelik taşıyabilir. Kefilin sorumluluğunun belirlenmesi için ise genel ve kesin bir yargı bulunamayınca; çözümü meydana gelen değişikliğin cinsi ve sebebine göre ayrıca incelenmelidir²⁵.

¹⁸ Giovanolli, Art. 499, N. 22; Özen, s. 99, Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218.

¹⁹ Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218; Honsell, Art. 499, N. 6.

²⁰ Bilge, (makale), s. 107.

²¹ Bilge, (makale), s. 107; Reisoğlu, s. 156; Özen, s. 97; Beck, Art. 499, N. 13.

²² Yavuz/Özen/Acar, s. 850; Reisoğlu, s. 156; Aral, s. 465; Özen, s. 97; Bilge, s. 29.

²³ Bilge, (makale), s. 109; Reisoğlu, s. 157; Özen, s. 98.

²⁴ Bilge, (makale), s. 109; Reisoğlu, s. 157.

²⁵ Bilge, (makale), s. 111.

Asıl borcun sonradan azalması durumunda, kefilin bu azalmadan hiçbir şekilde bağılı olmaksızın yararlanması gerekmektedir²⁶. Bu durum fer'ilik özelliğinin sonucudur. Çünkü kefil borçlunun ödemekle yükümlü olduğu miktardan daha fazla bir miktarla sorumlu tutmak BK'nun 497. maddesine uygun bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim BK m. 497'ye göre, kefil ödemede bulunduğu oranda borçluya rücu edecekken, borçluya ait defileri ileri sürmemesinden ötürü rücu hakkından mahrum kalacaktır. Ayrıca asıl borcun azalmasının sebebinin kanundan veya taraf iradesinden kaynaklanmasının, kefilin sorumluluğu bakımından etkisi yoktur. Tarafların asıl borcun azalmasının kefilin sorumluluğuna etki etmeyeceğini kararlaştırmaları, söz konusu anlaşmanın, fer'ilik ilkesine aykırılığı nedeniyle kefalet sözleşmesi içerisinde değerlendirilmesini imkânsız kılar²⁷.

Asıl borçta meydana gelen artışın, kefilin sorumluluğuna etkisi ise, sorumluluğun sebebine göre farklılık gösterecektir. Bu artış, kanun dolayısıyla, işin niteliği gereği veya sözleşme sonucu ortaya çıkabilir²⁸.

Kanundan doğan artış, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünden ileri gelirse, ileride de değineceğimiz üzere BK m. 490 hükümleri uygulanır ve şartlarına uygun olduğu sürece kefil aleyhine sonuç doğurur. Aslında asıl borçtaki bu artış, kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin sonucu olarak kabul edilmelidir²⁹.

İşin niteliğinden ileri gelen veya taraflarca öngörülen artışlar, kefilin üstlendiği sorumluluk kapsamı içinde kalmakla geçerli olacaktır. Örneğin, memur ve müstahdemlere veya devamlı bir krediye kefalette asıl borcun genişlemesi işin niteliğinden ileri gelen bir artıştır. Ayrıca kefilin rızasına başvurmaya gerek yoktur. Yeter ki işin niteliği gereği, sorumluluk kapsamının artacağı, kefalet sözleşmesinin başında öngörülebilsin³⁰. Asıl borcun artışı alacaklı ve borçlunun aralarında yapmış oldukları bir sözleşme sonucu gerçekleşmişse, kefile bu artışın tesiri mümkün değildir. Zira kefil bu denli sorumluluk altına sokan bir sözleşmenin, kefilin rızası dışında ve başka kişilerce

²⁶ Honsell, Art. 499, N. 2.

²⁷ Bilge, (makale), s. 114; Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller-Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218; Reisoğlu, s. 158; Özen, s. 97; Beck, Art. 499, N. 11.

²⁸ Giovanoli, Art. 499, Nr. 10; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, N. 5; Honsell, Art. 499, N. 3; Reisoğlu, s. 158; Bilge, (makale), s. 115, işin niteliğinden doğan artış da kanundan doğan artış içinde ele almaktadır; Aral, s. 448- 449.

²⁹ Reisoğlu, s. 158; Bilge, (Makale), s. 114.

³⁰ Reisoğlu, s. 158- 159; Özen, s. 98.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

yapılmış olması nedeniyle kabul edilemez. Yalnızca kefilin kanunun öngördüğü şekle uygun verilmiş rızasının varlığı, kefilin daha ağır bir sorumluluk altına sokabilecektir³¹. Bununla birlikte kefilin önceden kefalet sözleşmesinde, ileride ortaya çıkabilecek artışları üstlenmesi mümkündür³². Ancak çalışmamızın sistematigi açısından konunun sözleşmeden doğan sorumluluk başlığı altında ele alınmasını daha yerinde görüyoruz. Bu nedenle ayrıntıya inmeden konuyu sonlandırıyoruz.

2. Borçlunun Kusur ve Temerrüdünden Doğan Sorumluluk

Esas borçlunun kusur ve temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan yasal sonuçlardan kefilin sorumluluğu BK m. 490/f. 1'de düzenlenmiştir. Esas borçlunun kusurunun yasal sonucu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle BK m. 96 uyarınca ortaya çıkan müspet zarar olarak adlandıracağımız tazminat borcudur. Temerrüdünün sonucu ise, gecikmiş olan ifa nedeniyle uğranılan zarar, kazadan sorumluluk, esas borcun para borcu olması durumunda temerrüt faizi ve diğer zararlar (BK m. 103- 105) şeklinde belirtilebilir³³. Her iki durum içinde değinilmesi gereken husus, kefilin sorumluluğun esas borçlunun kanunî sorumluluğuyla sınırlı olacağıdır³⁴. Bu nedenle, kefil borçlunun kusuru nedeniyle ifayı hiç ve gereği gibi yerine getirmemesi halinde sözleşmeyle kararlaştırılmış cezai şarttan sorumlu değildir. Yine yukarıda da söylediğimiz gibi, kefil sadece esas borçlunun müspet zarardan sorumlu iken, sözleşmenin borçlunun kusuru nedeniyle feshedilmesi halinde, ortada sona ermiş bir sözleşme ve asıl borç olduğundan kefilin sorumluluğu da son bulacaktır³⁵. Aksi tutum kefaletin doğasına aykırıdır. Bununla birlikte cezai şart veya menfi zararın tazmini asıl borç halini almış olabilir, yani kefalet sözleşmesiyle taahhüt edilmiş olabilir, işte bu durumda kefilin bu kalemlerden de sorumluluğu müm-

³¹ **Bilge**, (makale), s. 115; **Reisoğlu**, s. 159.

³² **Reisoğlu**, s. 159.

³³ **Tandoğan**, s. 776; **Giovanoli**, Art. 499, Nr. 11; **Yavuz/Özen/ Acar**, s. 851; **Aral**, s. 449; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 377, kefil kural olarak borçlunun yalnızca kusur ve temerrüdünün sonuçlarından sorumlu tutulacaktır. Dolayısı ile kefilin zapta ve ayıba karşı tekeffülden doğan zararlardan sorumluluğu düşünülemez.

³⁴ **Tandoğan**, s. 775; **Giovanoli**, Art. 499, Nr. 11; **Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder**, s. 2217; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 850.

³⁵ **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, Art. 499, N. 6; **Tandoğan**, s. 775; **Reisoğlu**, s. 161- 162; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 376- 377; **Bilge**, s. 382; **Olgaç**, Senai, Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 30; **Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, Beta Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2002, s. 1241; **Develioğlu**, s. 302.

kündür³⁶. Ancak ileride ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz gibi BKT’ da bu sonucu imkânsızlaştıracak bir düzenleme getirilmiştir.

Asıl borçlunun kusurunun kanunî sonuçlarından sorumluluk, yalnızca sözleşmesinin kurulmasından sonraki evreyi kapsamaktadır. Bu nedenle asıl borçlunun sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurundan dolayı kefil sorumlu tutulamaz. Bunun içindir ki, kefil borçlunun irade sakatlığına dayanarak sorumlu tutmaya olanak yoktur³⁷. Ayrıca kefilin asıl borçlunun kusurunun kanunî sonuçlarından sorumlu olunması kuralı, kanunen ya da sözleşme hükmüncü borçlunun kusursuz sorumlu olduğu hallerde dahi uygulanacaktır³⁸. Diğer taraftan, esas borçlunun temerrüt nedeniyle sorumluluğu halinde, azami miktarı aşmamak kaydıyla, işlemiş ve birikmiş temerrüt faizinin tümü borçlunun kusuru olsun olmasın kefilen istenebilir. Buna rağmen “kazadan” doğan sorumluluk da ise, esas borçlu temerrüde düştükten sonra, eğer esas borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmadığını veya temerrüde düşmüş olmasa bile, kazanın meydana gelebileceğini ispat etmezse sorumlu olacaktır³⁹. Ayrıca temerrüt faizinin oranının alacaklı ve esas borçlu tarafından takdir edilmiş olması, temerrüt faizini sözleşme faizi haline getirmeyecektir. Dolayısı ile sözleşme faizini uygulanacak olan sınırlama burada uygulanmayacak; azami sınırın içinde kalmak kaydıyla kefil tamamından sorumlu olacaktır⁴⁰.

3. Dava ve Takip Masraflarından Doğan Sorumluluk

BK m. 490/ f. 2 uyarınca kefil dava masraflarını gidermekle yükümlüdür. Ancak aynı madde uyarınca kefilin sorumluluğuna gidilebilmesinin şartı; kefile alacaklının yönelteceği davayı bertaraf etme fırsatının verilmesidir. Kefil alacaklıya ödemedede bulunup, dava tehdidiyle karşı karşıya kalmamak için zamanında haber almış ve kendisine uygun bir süre verilmiş olmalıdır. Bu şart adi kefil ya da müteselsil kefil fark etmeksizin, kefilin dava giderlerinden sorumluluğu için uygulanacaktır⁴¹. Ancak unutulmamalıdır ki, kefile önceden

³⁶ Reisoğlu, s. 162; Yavuz/ Özen/Acar, s. 851; Aral, s. 449; Özen, s. 100; Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2217- 2218; Huguenin, s. 158- 159; Zevkliler/ Havutçu, s. 377.

³⁷ Tandoğan, s. 776; Bilge, (makale), s. 136; Reisoğlu, 162; Özen, s. 101.

³⁸ Özen, s. 101; Reisoğlu, s. 162; Bilge, (makale), s. 134- 135.

³⁹ Özen, s. 101.

⁴⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 499, N. 2; Özen, s. 100-101.

⁴¹ Reisoğlu, s. 163; Tandoğan, s. 776; Giovanoli, Art. 499, Nr. 13; Beck, Art. 499, N. 29; Yavuz/Özen/ Acar, s. 851; Aral, s. 449; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, N. 7- 8; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218; Zevkliler/ Havutçu, s. 377; Develioğlu, s. 303.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

haber vererek, kefilin esas borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerini önlemesi, kefilin borcunun muaccel olması halinde düşünülebilir. Kefilin esas borçlu ile yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin muacceliyeti gerçekleşmeden, kefilin alacaklıyı tatmin etmesi, yani taahhüt etmiş olduğu sorumluluktan fazlasını üstlenmesi kendisinden beklenemez⁴².

Konunun başlığında belirtmiş olduğumuz diğer bir sorumluluk değeri ise, takip masraflarıdır. Fakat bu değer, kanunda ayrıca bahsedilmemiş, buna rağmen ise İsviçre Hukuku'nda 1942'de yapılan değişiklikten sonra OR Art. 499'da açıkça belirtilmiştir. Düzenlemeye göre, dava ve takip giderlerine vekâlet ücreti de girecektir⁴³. Esas borç uğruna verilmiş rehinin, paraya çevrilmesi için yapılan masrafları da BK m. 490/f. 2 kapsamında kabul edilip; kefil-den azami sınırları aşmadığı takdirde talep edilmesi mümkündür. Aynı şekilde OR. Art. 499/ Abs. 2 rehinin paraya çevrilmesi için yapılacak masraflardan kefil sorumlu tutar⁴⁴. Diğer yandan tıpkı kefilin kendi temerrüdünden dolayı sorumluluğunda olduğu gibi kefilin aleyhine olan dava ve takip giderlerinden sorumluluğu usul hukuku hükümlerince sınırsız sorumludur. Esas borçlunun sorumluluğu ise yine azamî sınır içerisinde kaldığı sürece söz konusudur⁴⁵. Buna karşılık, birlikte kefillerden herhangi biri aleyhine olan dava ve takip giderlerinin diğer kefile yansıtılması, başka bir deyişle sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁶.

Kefilin dava ve takip masraflarından bahsedilen sınırlar içerisindeki sorumluluğu, sözleşmeyle genişletip daraltılabilecektir. Keza anmış olduğumuz hükümlerin aksinin kararlaştırılması mümkündür, yeter ki geçerlilik koşullarına bağlı kalınmış olsun⁴⁷.

⁴² **Reisoğlu**, s. 163; **Özen**, s. 103; **Giovanoli**, Art. 499; Nr. 13.

⁴³ **Bilge**, s. 382; **Reisoğlu**, s. 163; **Giovanoli**, Art. 499; Nr. 13; **Yavuz/ Özen/Acar**, s. 851; **Özen**, s. 101; **Honsell**, Art. 499, N. 4.

⁴⁴ **Tandoğan**, s. 777; **Özen**, s. 102; **Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder**, s. 2218; **Honsell**, Art. 499, N. 4.

⁴⁵ **Özen**, s. 102; **Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder**, s. 2218.

⁴⁶ **Giovanoli**, Art. N. 13; **Reisoğlu**, s. 163; **Özen**, s. 162. Birlikte kefillerden birisi aleyhine olan dava ve takip giderlerinden, diğer kefilin sorumlu olacağı da ileri sürülmektedir, **Beck**. Art. 499, N. 30.

⁴⁷ **Özen**, s. 103, **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, Art. 499, N. 4.

4. Sözleşme Faizleri

Kefilin sözleşmeyle kararlaştırmış olduğu faizler, bu maddede kapsama dâhil edilmiştir. Söz konusu hükme göre, BK. m. 490/ f. 3'e göre, "faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir". Görüldüğü gibi sözleşmesel faiz nedeniyle sorumlulukta, temerrüt faizinin aksine bir sınırlama yoktur. Sözleşmeyle kararlaştırılmış faiz, işlemiş bir yıllık faiz ile işlemekte olan faizlerden oluşmaktadır⁴⁸.

İşlemiş ve işlemekte olan faizin başlangıç tarihlerinin takdiri meselesi konunun kapsamını belirlemek için çok gereklidir. Başka bir deyişle işlemiş faizin bir yıllık geriye gidişi hangi süreden başlayacak veya işlemekte olan faiz ne zamana kadar ileri gidecektir? Önceleri Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar gereğince, borçlunun temerrütü tarihinden itibaren faizin hesaplanacağı belirtilmiş, fakat daha sonra dava tarihini esas almıştır. Ancak bu görüşün kabulü halinde işlemekte olan faizin oluşması mümkün olmayacaktır. Çünkü borçlunun temerrüde düşmesiyle, sözleşme faizi değil temerrüt faizi işleyecektir⁴⁹. Kaldı ki dava açılması için de borcun zamanında ödenmemiş olması ve borçlunun yine mütemerrit olması gerektiğinden sözleşmesel faizin ortaya çıkması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bir yıllık işlemiş faizin başlangıcını, esas borcun hükümlerini doğurma anı olarak kabul etmek işlemiş ve işlemekte olan faizi birbirinden ayırt etmede faydalı olacaktır. Böylece işlemekte olan faizi de borçlunun temerrüde düşmesinden, yani temerrüt faizine

⁴⁸ Giovanoli, Art. 499, Nr. 14, "Öte yandan cari hesap sözleşmesinde kefil, işlemiş bütün faizlerden sorumlu olmaktadır"; Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218; Bilge, s. 383; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 851; Aral, s. 449; Zevkliler/ Havutçu, s. 377; Olgaç, s. 330; Karahasan, s. 1243; Develioğlu, s. 303.

⁴⁹ Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2002, s. 522, Y. 19. HD, E. 1996/ 6398, K. 1997/ 1539, T. 20. 02. 1997, "Davacı takip dosyasında takipten önce ödenen 69. 105. 464 TL'ni mahsup ederek 185. 967. 464 TL'nin 312. 70 faiziyle birlikte tahsilini talep etmiş, mahkemece davacının temerrüt tarihinde 194. 918.801 TL. alacağı bulunduğu gerekçesiyle takibin asıl borç yönünden bu miktar üzerinden devamına karar vermiştir. Davacı bankanın temerrüt tarihindeki (16. 07. 1994) alacağının 194. 918.801. TL. olduğu bilirkşi incelemesi sonucu saptanmıştır. Davalının borcuna mahsuben takip tarihinden önce 21. 07. 1994 tarihinde 53. 750.000 TL., 25. 07. 1994 tarihinde 7. 875.000 TL., 04. 08. 1994 tarihinde 8. 180. 000 TL. ödemeler mevcuttur. Bu durumda davacı bankanın davalının temerrütünden sonra yapılan ödemelerin Bk m. 84 uyarınca faize mahsup edileceği de gözetilmek suretiyle takip tarihi itibarıyla davacı banka alacağının saptanması, davalı borçlunun itirazının bu miktar üzerinden iptaline, asıl alacağı takip tarihinden itibaren faiz yürütmesine karar verilmesi gerekir. Bu yönler gözetilmeden davacı alacağına temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi ve takipten önceki ödemelerin mahsup edilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir" (Akipek/Küçükgüngör, s. 522).

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

dönüşme anından önceki ilk vade tarihi ile temerrüt faizinin başlangıç anı arasındaki zaman dilimindeki faiz olarak kabul etmeliyiz. Yine temerrütten önceki ilk vade tarihinden önceki bir yılda işleyen faizler ise işlemiş faiz olarak değerlendirilecektir. Eğer bir yıldan fazla süredir bir faiz işlemekteyse, kefilin sorumluluğuna girmek artık mümkün olamaz⁵⁰.

B. Kefilin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

Yukarıda belirttiğimiz alacaklar kanunun kefile yüklemiş olduğu ve kanunun sınırını çizdiği miktarları içermekteydi. Ancak bu miktarların dışında da kefil sorumluluğunun kapsamını esas borçluyla yapacağı sözleşme ile genişletip ağırlaştırması mümkündür. Kefil, asıl borcun kapsamının öngörülemez şekilde artmasından ve bu artan kısmıyla sorumlu olmayı isteyebilir. Kefil bunu, daha kefalet sözleşmesi yapılırken üstlenebileceği gibi, söz konusu artış gerçekleşikten sonra da üstlenebilir. Zaten BK m. 490'ın tamamlayıcı nitelikte olması, tarafların aralarındaki anlaşmanın geçerliliği sonucunu doğuracaktır⁵¹. Ne var ki, sorumluluğu üzerine alabilmesi için kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uyması gereklidir. Ayrıca kefil, kefalet sözleşmesini yaparken, esas borçlunun sorumluluğunu artırabilecek değişikliklere sorumlu olmayı kabul etmişse, hükmün geçerliliği, kefil tarafından üstlendiği sorumluluğun kapsamını anlayabilmesine bağlıdır⁵².

1. Menfi Zarar ve Cezai Şarttan Sorumluluk

Kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin bir sonucu olarak sözleşme sona erdiği veya geçersiz kaldığı takdirde kefilin sorumluluğu gündeme gelemeyecek ve kefil her durumda asıl borçlunun müspet zararından sorumlu olacaktır. Dolayısıyla ile kefilin menfi zarar nedeniyle sorumluluk altında bırakılmak mümkün değildir⁵³. Sözleşmeden dönülmesi halinde ise, dönmenin etkisine ilişkin görüşlere değinmek gereklidir. Asıl borçlunun temerrüdü neticesinde, alacaklının seçimlik haklarından sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazminini istemesi halinde, dönmenin etkisinin sözleşme ilişkisini ortadan kaldırdığını savunan klâsik görüş gereğince, fer'i sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesi sona erecektir⁵⁴. Böylece kefilin kefalet sözleşmesi uyarınca asıl borçlunun

⁵⁰ Tandoğan, s. 780; Reisoğlu, s. 164; Özen, s. 104.

⁵¹ Reisoğlu, s. 159; Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 2218; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, N. 4.

⁵² Giovanolli, Art. 499, N. 10; Özen, s. 97; Honsell, Art. 499, N. 2.

⁵³ Reisoğlu, s. 161- 162.

⁵⁴ Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitabevi, 6.

kusurundan sorumluluğu yalnızca sözleşme ilişkisinin ayakta kalmasıyla söz konusu olan zararların tazminine ilişkin olup; daha önce de belirttiğimiz gibi müspet zararlar sınırlıdır. Gelgelelim, aşağıda da belirteceğimiz gibi, kefilin ayrıca menfi zararın tazminini, bir başka kefalet sözleşmesiyle “esas borç” olarak taahhüt etmesi gündeme gelebilir. Diğer görüş gereğince ise, dönme sonucu sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayacağı ve tasfiye ilişkisine dönüşerek devam edeceğinden, kefilin menfi zararı da kapsayan bir sorumluluk altına girmesi, fer’ilik engeline takılmayacaktır⁵⁵. Aynı şekilde daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, kefil yalnızca BK. m. 490/ f. 2 gereğince esas borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarıyla bağlıdır. Bu nedenle alacaklı ile esas borçlu arasında kararlaştırılmış bir cezai şarttan kefilin sorumluluğu yoktur. Ama kefilin tüm bu yükümlülükleri esas borç kapsamında tekeffül etmiş olması olasıdır. Böylece türü bakımından bir sınırlamadan söz edemeyeceğimiz esas borcun, aslen menfi zarar veya cezai şart olmasının hiçbir mahsuru yoktur⁵⁶. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı m. 589/ son uyarınca söz konusu çıkarımı kabul etmek mümkün olmayacaktır. Şöyle ki, “*Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür*”. Böylece esas borcunun konusunda herhangi bir sınırlama yokken bu hükümle getirilen sınırlama sonrasında, bundan böyle menfi zarar ve cezai şartta kefil olabilme yolu kapanmıştır⁵⁷. Dolayısı ile sözleşmeden dönme halinde de, dönmenin etkisine ilişkin görüşlerin konumuz açısından pratik bir önemi kalmayacaktır.

2. Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Dışında Sorumluluk

BK m. 490/2 uyarınca kefil asıl borçlunun kusuru veya temerrüdüyle sorumlu olacaktır. Zaten başka bir başlık altında bu konuyu incelemiştik⁵⁸. Ancak bu maddenin emredici nitelikte olmaması, sözleşmesel olarak kefilin borçlunun kusuru ve temerrüdü dışında da sorumluluğunu doğurması mümkündür. Yeter ki kefalet sözleşmesiyle önceden kararlaştırmış veya geçerlilik şekline uygun olarak sonradan rızasını ortaya koymuş olsun. Çünkü kefilin

Bası, İstanbul, 2009, s. 412; **Buz**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 118 vd..

⁵⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 414; **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 68 vd..

⁵⁶ **Giovanolli**, Art. 499, N. 12, **Amstutz/Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder**, s. 2218; **Özen**, s. 105; **Huguenin**, s. 158-159; **Honsell**, Art. 499, N. 3; **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, Art. 499, N. 6.

⁵⁷ **Özen**, s. 106.

⁵⁸ Bkz. s. 6’da yapılan açıklamalar.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

sorumluluğu genişletecek her türlü değişiklik, geçerlilik koşuluna bağlı olarak yapılmalıdır⁵⁹.

SONUÇ

Borçlar Kanun'unda kefalete ilişkin hükümlere kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanun'u 1942 yılında yapılan değişiklikten sonra uygulamada tartışma yaratan birçok soruna çözüm bulmuş, fakat yetmiş yıla yakın bir süre geçmesine rağmen Türk Hukukunda bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısı ile bu tartışmalar bizim hukukumuzda gündemde kalmaya devam etmiştir. Bununla birlikte hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısı, bu tartışmalara ilişkin sorunları çözüme fayda sağlayıcı hükümler düzenlemiştir. Bunlardan biri kefilin azamî sorumluluğunun asıl borcun dışındaki sorumluluk değerlerini kapsayıp kapsamayacağıdır. Sorunun temelinde yatan neden, hükmün geçerlilik şartına ilişkin bir düzenleme olmasıdır. İsviçre Hukukunda sorun, sorumluluğun kapsamına ilişkin hükmün içerisine de bu ibarenin yerleştirilmesiyle çözülmüş oldu. Diğer yandan Türk öğretisi ve uygulaması kanunda bir çözümün bulunmamasına rağmen İsviçre Hukukunun ulaştığı çözüme ulaştı ve kanaatimizce yerinde çözüm yolu bulundu. Ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da bu gelişmelere uygun olarak gerekli değişikliği yaparak soruna son noktayı koydu. Aynı şekilde, devamlılık teşkil eden ilişkilerde, sorumluluğun ne zaman başlayacağı, İsviçre Hukukunda çözümlenmişken, Türk Hukukunda Borçlar Kanunu Tasarısı'yla gerekli değişikliğe metninde yer verdi. Ancak henüz tasarının kanunlaşmasının belirsizliği düşünüldüğünde, uzun zaman hukukumuzun çözüme ilişkin bir kanun metninden yoksun kalacağı açıktır. Ayrıca tasarıda, cezai şart ve menfi zarara ilişkin bir düzenleme yer almıştır. Buna göre kefilin ayrıca taahhüt etse bile, söz konusu alacaklara kefil olma imkânını ortadan kaldırmıştır. Kanaatimizce, Kanunun kefalet sözleşmesinin doğasına aykırı bu kalemlere ilişkin sorumluluğa imkân vermemesi gayet yerinde olmuştur. Zira kefilin sorumluluğunun, olabildiğince öngörülebilir olması, haddinden fazla ağırlaştırılmaması, başka bir deyişle kefilin menfaatinin önemsenmesi yerinde olacaktır. Bu nedenle Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer bulmuş olan düzenlemelerin, sorumluluğun çerçevesini çizecek mahiyette olması, ortaya çıkan sorunları çözüme ulaştıracağı kanaatindeyiz.

⁵⁹ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, N. 4.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, Şebnem/ **KÜÇÜKGÜNGÖR**. Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2002.
- AMSTUTZ**, Marc/ **FURRER**, Andreas/ **GİRSBERGER**, Daniel/ **HUGUENİN**, Claire/ **MÜLLER- CHEN**, Markus/ **ROBERTO**, Vito/ **RUMO- JUNGO**, Alexandra/ **SCHNYDER**, Anton. Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, 2007.
- ARAL**, Fahrettin. Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2007.
- BECK**, Emil. Das Neue Bürgschaft Recht, Zürich, 1942.
- BİLGE**, Necip. “Kefilin Mesuliyetinin Şumulü”, AÜHFD, C. XIII, 1956, s. 93 vd.. (makale)
- BİLGE**, Necip. Borçlar Hukuku- Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971.
- BUZ**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat. Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2009.
- GIOVANOLİ**, Silvio. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Staempfli- Cie, Bern, 1978.
- HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter/ **WİEGAND**, Wolfgang. Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, 2008.
- HONSELL**, Heinrich, Kurzkomentar, OR. Art. 1- 529, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008.
- HUGUENİN**, Claire. Obligationrecht, Besonderer Teil, Schulthess Verlag, 2002.

Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

KARAHASAN, Mustafa Reşit. Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, Beta Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2002.

REİSOĞLU, Seza. Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ayyıldız matbaası, Ankara, 1992.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 68 vd..

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2009.

OLGAÇ, Senai. Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978.

YAVUZ, Cevdet/ **ÖZEN**, Burak/ **ACAR**, Faruk. Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ **HAVUTÇU**, Ayşe. Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara: 2007.

BOŞ

YAPI ALACAKLISI REHNİNİN KONUSU

Doç. Dr. Cemal OĞUZ*

ÖZET

Çalışmada “yapı alacaklısı rehninin konusu” incelenmektedir. Tapuya kayıtlı taşınmazlar bu rehnin konusunu oluşturur. Rehin, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarla, sahipsiz yerler ve kamu malları üzerinde kurulamaz. Türk Medeni Kanunu, taşınmaz malikinin bu rehne rıza göstermesi hususunda yükümlülük getirmiştir. Malik, talep üzerine tescile yanaşmazsa, yapı alacaklıları tescile zorlama davası vasıtasıyla hakimden rehnin tescilini talep edebilir. Tescil edilen rehin, taşınmaz üzerinde mevcut tüm rehinlerden sıra bakımından önce gelir. Bu öncelik, yapı faaliyeti sonucu taşınmazın değerinde gerçekleşen katma değer kadardır.

Anahtar Kelimeler : Yapı alacaklısı rehni, kanuni ipotek hakkı, yüklenici ve zanaatkar, taşınmaz.

THE SUBJECT MATTER OF MORTGAGE IN FAVOUR OF THE CONTRACTOR AND THE CRAFTSMEN DUE TO CONSTRUCTION

ABSTRACT

In this article, the subject matter of the above mentioned right is analysed. That right may be established only on the real estates which are registered in the Land Registry. Thus, the real estates which are not registered in the land registry, vacant or public estate may not be the subject of this right. Turkish Civil Code prescribes that, on demand, the Owner has to give his consent for it. If he denies, the creditors may sue for the registration. After the registration, the mortgage in favour of the contractor and the craftsmen has priority before all other mortgages, even if they are already registered. The priority is limited with the value, added due to the construction.

Key Words : ‘mortgage in favour of the contractor and the craftsmen due to construction’, ‘Statutory mortgage’, ‘Contractor and the Craftsmen’, ‘real Estate’.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

GİRİŞ

Arazi üzerinde inşa edilen yapıların mülkiyeti, Türk Medeni Kanunu m. 718/2'ye göre taşınmazın mülkiyetine dahildir. Roma hukukundan gelen ve “üst toprağa tabidir” (superfices solo cedit) şeklinde ifade edilen bu temel ilkenin olumsuz etkilerinden yapı faaliyetini yürütenleri korumak amacıyla, Medeni Kanun 895, 896, 897. maddelerinde yüklenici ve zanaatkarlar lehine kanundan doğan bir rehin hakkı tanımıştır.

Öğretide¹ yapı alacaklısı rehni olarak da tanımlanan bu rehin türünde, gerçekte söz konusu olan ipotekten başka bir şey değildir. Gerek kanunun sistematik yapısı gerekse de yapı alacaklısı rehninin yüklenici ve zanaatkarların alacaklarını aynı teminat altına almaktan başka bir fonksiyonunun bulunmaması bu sonucu ortaya çıkarmaktadır. Kanun koyucunun alacağın miktarının belirsiz bulunduğu halde de tesciline imkan tanınması, öngörülen rehnin ipotek olduğunu ayrıca göstermektedir.

İpoteğin bir türü olarak yapı alacaklısı rehni, kuruluşu bakımından ipotekten önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu rehinde kanun koyucu rehin sözleşmesinin varlığını aramamış ancak rehnin doğumunu tescile tabi kılmıştır. MK m. 891/3 ise, tescil için alacağın malik tarafından tanınmış olmasını şart etmiştir. Buna göre de tescilin yapılabilmesi için talepte bulunan yapı alacaklısının tapu memuruna, malikin alacağı tanıdığına ilişkin beyanını ve bu beyanla bağlantılı olarak alacağın sebebinin oluşturan sözleşmeyi ibraz etmesi gerekir². Bu sözleşme bir istisna sözleşmesi olmalıdır³. Zira başkasının taşınmazının bütünleyici parçası haline gelmiş bir yapı işinin yüklenici veya zanaatkarlar tarafından ücret karşılığı yürütülmesi ancak istisna akdi ile mümkündür. Diğer taraftan, Borçlar Kanunu m. 364 gereği yüklenici eseri teslim borcunu yerine getirmediği ücret isteme hakkına sahip değildir. Bu nedenle kanun koyucu işi tamamlayan ve ücret isteme hakkını kazanan yüklenici ve zanaatkarlar lehine alacaklarını elde edememeleri tehlikesine karşı, taşınmaz üzerinde sıra

¹ Oğuzman, K./Seliçi Ö./Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, s. 783; Köprülü, B./Kaneti, S.: Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-83, s. 308 vd.; Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, 8. baskı, Ankara 2008, s. 546; Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 741; Esener, T./Güven, K.: Eşya Hukuku, 4. bası, Ankara 2008, s. 519; Bu ipotek türünü “inşaatçı ipoteği” şeklinde ifade edenler için bkz. Tekinay, S.S.: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, C. II/3, İstanbul 1994, s. 80; Aybay, R./Hatemi, H.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 285.

² Zobl, D.: Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege feranda, ZSR Band 101 (1982), II. Halbband, Heft 1, s. 76 ff.

³ Britschgi, A.: Das Belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Band 30, Schult-hess 2008, s. 31.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

bakımından mevcut diğer rehinlere göre önce gelen rehin hakkı tanımıştır (MK m. 897).

Çalışmamızda Medeni Kanunun yüklenicilerle zanaatkarlar lehine tanıdığı kanundan doğan ipotek hakkını üzerinde kurulduğu taşınmaz açısından inceleyeceğiz. Bu anlamda rehnin hukuki niteliğine, kuruluşuna, taşınmazın paraya çevrilmesi halinde önceki sıradaki rehinlere göre sağladığı öncelik hakkına ve bunun kullanılmasının şartlarına değinmeyip bu konuda yeri geldikçe ilgili kaynaklara atıfta bulunmakla yetineceğiz.

I. Yapı Alacaklısı Rehninin Konusunu Oluşturan Taşınmazlar

A- Genel Olarak Taşınmaz Kavramı

Yapı alacaklısı rehninin konusunu, yapı faaliyetinin üzerinde yürütüldüğü taşınmaz oluşturur⁴. Başka değişle, bu rehin yüklenici ve zanaatkarlar tarafından yürütülmüş imalatlar sonucu üzerinde katma değer yaratılmış bir taşınmazın varlığını gerektirir. Bu anlamda bir taşınmaz veya alacak hakkı bu rehnin konusunu oluşturamaz.

Türk Medeni Kanunu, 855. maddesinde taşınmaz rehninin sadece tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabileceğini öngörmüştür. Bu nedenle tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz üzerinde, diğer rehinler gibi, yapı alacaklısı rehini de kurulamaz. Kanun 704. maddesinde ise, nelerin taşınmaz mülkiyetinin konusuna girdiğini tahdidi (sınırlı) şekilde göstermiştir. Madde hükmüne göre başta arazi olmak üzere tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler Medeni Kanun anlamında taşınmaz sayılmışlardır. Tek başlarına ele alındığında bunlar sırasıyla:

B- Arazi

Medeni Kanun araziyi tanımlamış değildir. Tapu Sicil Tüzüğü de, yürürlükten kalkan Tapu Sicil Nizamnamesinden farklı olarak, araziyle ilgili bir tanıma yer vermemiştir. Nizamnamenin 8. maddesinde arazi, “Hudutları tefrika kâfi vasıtalar ile tahdit ve tayin edilmiş bilumum sathı zemindir.” şeklinde ifade olunmuş idi. Arazinin üç boyutlu yapısını dikkate almayıp sadece yüzeyi üzerinden yapılan bu tanımlama öğreti tarafından da benimsenmiştir. Hakim öğretiye göre⁵ arazi, sınırları yeterince belirlenmiş yer yüzeyi parçasıdır.

⁴ Riemer, H. M.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, Staempfli Verlag AG Bern 2000, s. 146.

⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 140; Esener/Güven, s. 142.

Aynı haklara hakim ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi⁶ gereği yer yüzeyinin tamamı üzerinde aynı hak kurulması söz konusu olamayacağından, ortada işaretleme ve ölçümlenme ile sınırları belirlenmiş ve tapu siciline geçirilmiş bir yer yüzeyi parçasının bulunması gerekmektedir.

Yapı alacaklısı rehlinin konusunu asıl olarak arazi oluşturur. İpotek şeklinde kurulduğundan da tescili bakımından farklı bir özellik arz etmez. Önemli olan girişimci ve zanaatkarların yapı faaliyetleri nedeniyle üzerinde katma değer yarattıkları arazinin hangi arazi olduğunun bilinmesidir. Bunun tayini de güçlük yaratmaz. Sadece emek veya hem emek hem de malzeme vererek yapı işine katılan zanaatkar ve girişimcilerin veya temsilcilerinin bu işi hangi taşınmaz üzerinde yaptıklarını dikkatlice tespit etmeleri gerekir. Arazinin değerinde yaratılan fazlanın, bu rehin vasıtasıyla aynı teminata kavuşturulması amaçladığından, yapı faaliyetinin yürütülmediği bir taşınmaz üzerinde kurulması mümkün değildir⁷.

C- Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Türk Medeni Kanunu 704. maddenin ikinci fıkrasında taşınmaz üzerinde kurulmuş bağımsız ve sürekli niteliği haiz hakların taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturabileceğine hükmetmiştir.

Bunlar, asıl olarak süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş bulunan üzerinde tasarruf edilebilen, mirasçılara intikali mümkün olan ve tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmiş irtifak haklarıdır⁸. Bu özellikleri taşıyabilmeleri için, ne belirli bir taşınmaz lehine ne de bir şahısla kaim olmak üzere kurulmuş olmaları gerekir. O halde, ortada devredilebilir mirasçılara intikal edebilen şahsi bir irtifak bulunmalıdır. Medeni Kanun, şahıs lehine kurulmuş üst irtifakı ile kaynak irtifakını, devirleri irtifak sözleşmesiyle yasaklanmadığı sürece bağımsız nitelikte saymıştır (MK m. 826 ve 837).

Yapı alacaklısı rehni bakımından önem taşıyan irtifak hakkı üst hakkıdır. MK'nın 726. maddesine göre üst hakkına dayanılarak başkasına ait bir arazi-

⁶ Belirlilik ilkesi hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 22; Esener/Güven, s. 51.

⁷ Zobl, s. 120; Britschgi, s. 79. İsviçre Federal Mahkemesi müvekkilinin verdiği bilgilerdeki eksikliğe rağmen, vekilin (avukatın) gerçek taşınmazı tespit etme yükümlülüğü altında olduğunu belirlemiştir. Eğer gerekli dikkati göstermez ve rehin hakkının kaybına sebep olursa, avukatın özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle zarardan sorumlu tutulacağına hükmetmiştir (BGE 117 II 563 ff).

⁸ Akıntürk, T./Akipek, J.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 249.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

nin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti irtifak hakkı sahibine aittir. Kanun, bu hükmü ile MK m. 718/2'nin öngördüğü arazinin üzerindeki yapıların arazinin malikine ait olduğu kuralına istisna getirmektedir.

Yüklenici ve zanaatkarların yapı edimleri vasıtasıyla üst irtifakının değerinde artış meydana gelirken üst hakkıyla yüklü taşınmazın değerinde değişiklik bulunmamaktadır. Bu nedenle tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmiş üst hakkına dayanılarak yapılan yapıda yapı alacaklısı rehninin konusunu üst irtifakı hakkı oluşturur.

Üst hakkı bağımsız ve sürekli niteliği haiz olmakla birlikte tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmemiş ise, İsviçre Hukuku hakim doktrinine göre yapı alacaklısı üst hakkının ayrı sayfaya geçirilmesini isteyebilir⁹.

Üst irtifakı taşınmaza bağlı kurulmuş ise, yapılan yapının maliki yararlanan taşınmazın maliki olur. Yüklenici ve zanaatkarların yarattıkları katma değer; kendisini yüklü taşınmaz üzerinde değil, yararlanan taşınmazda gösterir. Yapı alacaklısı rehninin amacı da sadece emek veya hem emek hem malzeme vererek yapı işine katılanların, yarattıkları katma değer karşılığı olan alacaklarını aynı teminat altına almak olduğundan, taşınmaza bağlı üst irtifakında rehnin konusunu yararlanan taşınmaz oluşturur. Dolayısıyla yapı alacaklıları bu rehnin tescilini üzerinde yapı bulunan taşınmaz malikinden isteyemez¹⁰.

Üst irtifakı şahıs lehine kurulmuş olmakla birlikte taraflarca devri yasaklanmış veya devri mümkün olsa bile otuz yıldan az süre için kurulmuş ise, bu hak bağımsız niteliği haiz olmadığından, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilemez. Yapılan yapının mülkiyeti ise üst hakkı sahibine aittir. Bu halde yapı faaliyetini yürüten zanaatkar ve yüklenicilerin yarattıkları katma değer; yapı malikine fayda sağlamakta, arazinin değerinde bir artış meydana getirmemektedir. Dolayısıyla yapı alacaklısı rehninin konusunu üst hakkı oluşturmalıdır. Ancak tapu kütüğünde kendisi için sayfa açılıp taşınmaz niteliğini kazanmadığından bu tür üst hakkı üzerinde rehin kurulması da mümkün değildir.

Yapının bulunduğu arazi üzerinde rehin kurulmasına müsaade etmek de isabetli değildir. Zira üst irtifakı ile yüklü taşınmazın değerinde bir artış meydana gelmemektedir. Bu nedenle düzenli irtifak (devredilemeyen) niteliğini

⁹ Zobl, s. 121 ve dn. 510'da gösterilen yazarlar; Britschgi, s. 123; Honsel/Vogt/ Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivil Gesetzbuch II, 2. Aufl., s. 1466, N. 31.

¹⁰ Zobl, s. 135.

haiz üst hakkı sahibince yaptırılan imalatlar için ne irtifak hakkı ne de taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı rehninin tesciline imkan bulunmaktadır. O halde bağımsız niteliği haiz olmayan üst irtifakına dayanılarak yapılmakta olan veya üzerinde üst hakkı mevcut yapıda yenileme faaliyeti yürüten girişimci ve zanaatkarlar işe girişmeden önce üst hakkının niteliğine bakmak durumundadır. Bu konuda gerekli araştırmayı yapmayı ihmal eden yapı alacaklısı, rehin hakkından yoksun kalmasının sonucuna katlanmalıdır¹¹.

Diğer taraftan, bu türden üst irtifakı sebebiyle inşa edilen yapı hem irtifak hem de taşınmaz sahibinin yararına ise, yapı alacaklısı rehni açısından farklı sonuca ulaşmak gerekir. Bu noktada yapının yüklü taşınmaz malikine sağladığı yarara bakılmalıdır. Şayet irtifaka dayanılarak yapılan yapı üst hakkı sahibine göre taşınmaz malikine çok fazla yarar sağlamakta ise, taşınmazın tamamının bu rehinle yükletilmesine izin verilmelidir. Buna karşın yapı, irtifak hakkı sahibine göre yüklü taşınmaz malikine daha az yarar sağlamakta ise, yüklü taşınmaz üzerinde rehin yapının taşınmaz malikine sağladığı yarar ölçüsünde kurulmalıdır¹².

D- Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu¹³ uyarınca kagirden yapılmış ve tamamlanmış binaların tamamı üzerinde kat mülkiyeti kurulabilir. KMK m. 3/1'e göre kat mülkiyeti arsa payı ve ana gayrimenkuldeki (anataşınmazdaki) ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir. Kanun koyucu tek bir eşya olan binanın başlı başına kullanmaya elverişli bağımsız bölümlerini mülkiyet hakkının konusu olabilecek taşınmaz haline getirmiş ve bu anlamda yeni bir taşınmaz mülkiyeti çeşidi yaratmıştır.

Kanunun birinci maddesi, bağımsız bölüm ve tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş binası, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olanları üzerinde o gayrimenkulün (anataşınmazın) malik veya ortak malikleri tarafından kat mülkiyeti kurulabileceğini öngörmüştür.

Her kat maliki bağımsız bölümü üzerinde kendisine özgülenmiş mülkiyet hakkına sahip kılınmıştır (KMK m. 15). Malik bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkını devredebilir irtifak veya rehinle kayıtlayabilir. Kat malikleri

¹¹ Zobl, s. 135 ve dn. 566'da gösterilen yazarlar.

¹² Britschgi, s. 124.

¹³ Kat Mülkiyeti Kanunu hakkında geniş açıklama için bkz. Ertaş, s. 423 vd.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

bağımsız bölümünde ana yapıya zarar vermemek şartıyla onarım, tesisat ve değişiklik yapabilir (KMK m. 19/2, c.4).

Kanunun 6. maddesinde bağımsız bölüme bağlanmış eklentiler düzenlenmiştir. Bunlar bağımsız bölümün bütünleyici parçası kabul edilmiş bağımsız bölümün maliki eklentinin de maliki sayılmıştır. Eklenti olarak da bağımsız bölümün dışında olup da doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan kömürlük, su deposu, garaj, tuvalet gibi yerler örnek kabilinden sayılmıştır.

KMK'nun 2. maddesi anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kapı, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerleri ortak yerler olarak tanımlamıştır. Kanunun 4. maddesinde temel, ana duvar, genel giriş kapısı, kapıcı dairesi çamaşırılık ortak garaj, merdiven, kuyu, çatı, baca, sığınak, dam, teras gibi ortaklaşa kullanma, korunma ve faydalanmak için zaruri yerler ortak sayılır denilerek ortak yerler örnek kabilinden sıralanmıştır. Ortak yerler kat malikleri arsa payları oranında paylı malik kabul edilmiş, mülkiyeti de bağımsız bölümlerin mülkiyet hakkına (kat mülkiyetine) bağlanmıştır. Dolayısıyla bu yerler başlı başına hukuki tasarrufa konu edilemez.

KMK m. 3'e göre, kat mülkiyeti kurulurken ana yapının bağımsız bölümlerinden her birine. kat irtifakının kurulduğu tarihteki doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçilmesi halinde ise, bu tarihteki değeri ile orantılı olarak ortak mülkiyet esasına göre arsa payı bağlanır. Maddeden anlaşılacağı üzere kat mülkiyetine geçilmekle arsa üzerinde eşyaya bağlı mülkiyet ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla arsa payı, bağımsız bölüm devredilmedikçe devredilemez ve sınırlı aynı hakla yüklenemez. Arsa payı ayrılmaz biçimde bağımsız bölümün mülkiyetine bağlıdır.

Arsa payı ve anataşınmazın ortak yerleriyle bağlantılı bu özel mülkiyet hakkı kat malikine bağımsız bölümü üzerinde dilediği hukuki ve maddi tasarruflarda bulunma yetkisi sağlar. Malik diğer kat maliklerinin izni olmaksızın bu bölüm içerisinde yapı işlerine girişebilir. Örneğin taban kaplamalarını, kalorifer ve elektrik tesisatlarını değiştirebilir, taşıyıcı olmayan duvarları kaldırabilir, odaları bölebilir, özetle her türlü yapı işini yürütebilir. Ancak diğer kat maliklerinin de kullandığı veya faydalandığı ortak yerlerde bu tür işleri, onların onayı olmadan yapamaz.

Bağımsız bölümde yürütülen yapı işleri o bölümün bütünleyici parçası haline gelir ve onun değerinde artış yaratır. Bu nedenle yapı alacaklısı rehninin konusunu o bağımsız bölüm oluşturur. Ancak kat malikleri kurulu kararıyla

bir bağımsız bölümde yürütülen yapı işi ana yapının tamamında değer artışı yaratıyor ise, ipotek, rehin yükü arsa payları oranında dağıtılarak bağımsız bölümler üzerinde kurulmalıdır.

KMK m. 20/1, her kat malikine ana taşınmazın ortak yerlerindeki onarım bakım ve koruma masraflarına arsa payı oranında katılma yükümlülüğü getirmiştir. Madde hükmü gereği yapı işleri ortak yerlerde yürütülmüş ise, kat maliki bu harcamalara arsa payı oranında katılmak zorundadır. Bu anlamda çatı baca ortak duvarlar, zemin, ortak elektrik, su, doğalgaz tesisatları, havuz, sauna spor salonu, oto park bahçe duvarları vs. gibi yerlerdeki bakım onarım yenileme işlerine ortaklar arsa payları oranında katılmak durumundadır. Yapı işinin yürütüldüğü yerin ortak yere mi yoksa bağımsız bölüme mi ait olduğunun bilinemediği durumda belirleyici olan, kat mülkiyeti kütüğüdür. Bağımsız bölümün kütük sayfasından kendisiyle bağlantılı yerlerin tespiti mümkündür.

Yapı işi ortak yerlerde yürütülmüşse yapı alacaklısı rehni ancak, rehin yükünün bağımsız bölümler üzerine dağıtılmasıyla kurulur. Zira kat malikleri ortak yerlerle ilgili giderlere arsa payları oranında katılmakla yükümlü tutulmuştur (KMK m. 20/1).

İleride üzerinde kat mülkiyeti kurulacak bina inşaat halindeyken yüklenici ve zanaatkarların sahip olduğu bu yasal ipotek hakkının konusunu binanın yapıldığı arsa oluşturur. Bu durumda yapı alacaklılarının ipotek hakkı anataşınmazın (arsanın) tapu kütüğü sayfasına tescil edilir.

Binanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçilmekle birlikte anataşınmaz üzerindeki ipotek yükü, kat mülkiyeti kütüğünde ayrı birer sayfa açılan bağımsız bölümlere arsa payları oranınca dağıtılarak tescil edilir ve anataşınmaz üzerindeki rehinler terkin edilir. Zira kat mülkiyeti kurulduktan sonra anataşınmazın tapu kütüğü sayfası sadece kurulacak irtifak haklarına ilişkin işlemlere açık olup, diğer tapu sicili işlemlerine kapalıdır.

Yapı alacaklısı rehni açısından incelenmesi gereken diğer bir sorun da toplu yapılara ilişkindir. Toplu yapı¹⁴, KMK'nun 66. maddesinde, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere toplu yapı bir veya

¹⁴ Toplu yapı hakkındaki düzenlemeler için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 573-577.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

birden fazla parselde aynı malikler tarafından planlanıp inşa edilen en az iki binadan oluşan yapılaşma biçimidir.

Zanaatkar ve yükleniciler toplu yapıda yüklendikleri işleri aynı istisna akdine dayanarak çeşitli taşınmazlar üzerinde bir takvime bağlı olarak yürütmek durumundadırlar. Yapı edimleri açısından bütünlük arz eden imalatlar, çalışma süresi içerisinde toplu yapıların çeşitli kısımlarında tamamlanır. Bu duruma uygun olarak yapı alacaklısı rehninde rehin miktarı her bir taşınmazda fiilen yerine getirilen yapı edimleri ölçüsünde taşınmazlar üzerine dağıtılarak kurulmalıdır. Örneğin bağımsız bölümlerde görülen işlerle ilgili olarak rehin, kat mülkiyeti kurulmuşsa bağımsız bölümün yer aldığı kütük sayfasına; paylı mülkiyet devam ediyorsa bağımsız bölümün tahsis edildiği paydaşın payı üzerinde tescil edilmelidir¹⁵. Buna karşın yapı faaliyeti alt yapı tesisleri ortak kullanım yerleri gibi ortak yararlanılan yerlerde yürütülmüş ise, yapı alacaklısı rehni toplu yapıda, kat mülkiyeti kurulmuşsa rehin yükü bağımsız bölümler üzerinde, arsa payları paylı mülkiyet ilişkisi devam etmekte ise rehin bu defa paylar oranında her bir pay üzerinde kurulmalıdır.

II- Yapı Alacaklısı Rehninin Konusunu Oluşturmayan Taşınmazlar

Hukuken rehni mümkün olmayan bir taşınmaz üzerinde yapı faaliyetinde bulunan yüklenici ve zanaatkarlar lehine yapı alacaklısı rehni de kurulamaz. Bu taşınmazlar şunlardır:

A. Sahipsiz Yerler

Medeni Kanununun 715. maddesi doğal yapısı gereği sahipsiz sayılan yerlerle yararı kamuya ait malları devletin hüküm ve tasarrufu altında tutmuştur. Maddenin ikinci fıkrası ise tarıma elverişli olmayan kayalık, dağ, tepe, buzul gibi yerlerle ve bunlardan çıkan kaynakları sahipsiz yerlere örnek göstermiş ve bunlar üzerinde özel mülkiyet kurulamayacağını öngörmüştür.

Sahipsiz taşınmazlar¹⁶ kamunun yararlandığı mallardan sayıldıkları için paraya çevrilmeleri istenemez dolayısıyla da rehin konusu edilemezler. Bu sebeple yüklenici ve zanaatkarlar bu gibi yerlerde istisnaen de olsa yapı işinde bulunmuşlarsa kanunun tanıdığı rehin hakkından yoksundurlar.

¹⁵ Schmid, J./Hürlimann-Kaup, B.: Sachenrecht, 2. Aufl., 2003, s. 383, Nr. 1733 fNr.

¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 169; Atay, E. E.: İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 768-769.

B. Kamu Malları ile İdarenin Hizmet Malları

Kamu malları¹⁷, devlet veya bir kamu tüzel kişisine ait olup kamunun ortak kullanımına tahsis edilmiş taşınmazlardır. Yollar, parklar, meydanlar ve benzerleri ile yaylak, kışlak, mera gibi yerler bu tür mallardandır.

Devlet ve kamu tüzel kişilerinin (idarenin) hizmet malları ise yine kamuya ait olup bir idari hizmetin yürütüldüğü taşınmazlardır. İdareye düşen görevlerin ifasına hizmet eden okul, hastane postane, karakol binası, vergi daireleri, camiler kışlalar vs. gibi binalar bu tür taşınmazlardır.

Taşınmaz rehninin teminat fonksiyonunu yerine getirebilmesi taşınmazın icra ve iflas kanunu hükümlerine göre paraya çevrilebilmesine bağlıdır. İcra vasıtasıyla paraya çevrilmesi mümkün olmayan taşınmazın rehnedilmesinin bir önemi yoktur. Kamu malları ile idarenin hizmet malları açısından durum böyledir. Zira bu niteliği haiz malların cebri açık artırma ile paraya çevrilmesi özgüledikleri amaca aykırıdır. Münhasıran kamunun yararlanmasına ve kamu hizmetinin görülmesine özgülenmiş taşınmazın özel hukuktan kaynaklanan alacak nedeniye satışa çıkarılması onun amacına yabancıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda tahsis edildikleri amaca uygun düşmediği için belediyeye ait okul binasının¹⁸, çocuk yuvasının¹⁹, bölge hastanesinin²⁰, çok amaçlı PTT binasının²¹ yapı alacaklısı rehnine konu olamayacağına hükmetmiştir.

Geliri kamu hizmetinden harcanmak amacıyla kamu tüzel kişilerinden birinin mal varlığına dahil edilmiş devlet malı niteliğinde taşınmazlarla (*finanzvermögen*), belediyeye ait sinema veya otel, fırın, işhanı gibi taşınmazların cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi mümkün olduğundan üzerlerinde yapı alacaklısı rehni kurulabilir²². Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi kamu bankasıyla ilgili verdiği bir kararda²³, bankaya ait taşınmazın yapı alacaklısı rehni ile yüklenebileceği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme bu kararında ban-

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 167; Kamu malları hakkında detaylı bilgi için bkz. Atay, s: 765 vd.

¹⁸ BGE 108 II 305.

¹⁹ BGE 95 I 97.

²⁰ BGE 107 II 44.

²¹ BGE 103 II 227.

²² Zobl, s. 138.

²³ BGE 120 II 32.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

kanın asıl amacının kazanç sağlama ve kar dağıtma olduğuna işaret ederek, taşınmazının rehnedilmesine engel sebep bulunmadığına hükmetmiştir.

III- Birlikte Mülkiyet Halinde Rehin Konusu

Türk Medeni Kanunu eşya hukuku kitabında iki tür birlikte mülkiyet hali öngörmüştür. Bunlar, paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyetidir. Arsa ve ortak yerlerdeki mülkiyet payına bağlı özel nitelikte bir başka birlikte mülkiyet hali de Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmiştir.

A. Elbirliği Halinde Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Kurulması

MK m. 701'e göre kanun veya kanunda gösterilen sözleşme uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir²⁴ (Miras ortaklığı: MK m. 640, Aile malları ortaklığı: MK.m. 373, Adi ortaklık: BK m. 520, Genel mal ortaklığı: MK m. 257). Tanımından anlaşılacağı üzere ortaklar arasında, mallar üzerinde birlikte mülkiyet ilişkisinden önce mevcut bir ortaklık ilişkisi bulunmaktadır. MK m. 702/3 hükmü gereği ortakların üzerinde tasarrufta bulunacağı bir pay da yoktur. Kanun veya ortaklık sözleşmesine göre belli edilen paylar ortaklığın sona ermesi halinde ortakların tasfiyeye katılma paylarıdır.

Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmaz üzerinde rehin taşınmazın bütünü üzerinde kurulabileceği MK m. 857/3'de ayrıca hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu tür mülkiyette paylar üzerinde rehin kurulamaz.

Elbirliği mülkiyeti konusu taşınmaz üzerinde yürütülen yapı faaliyetinden doğan alacaklar için yapı alacaklısı rehni kurulması talebi ortakların tamamına yöneltilmelidir. Zira ortakların ortaklık konusu mal üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri oybirliği ile alacakları kararın varlığına bağlıdır (MK m. 702/2). Talep kabul görmez ise, rehinin tesciline ilişkin davanın aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunması nedeniyle ortakların tamamına karşı açılmalıdır. MK m. 895'de tescil için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre de, ortakların tamamı için aynı anda işlemeye başlar.

B. Paylı Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Kurulması

Paylı mülkiyette paydaşlar payları üzerinde malik hak ve yetkilerine sahip kılınmıştır. Pay devredilebilir, rehnedilebilir veya alacaklılar tarafından hac-

²⁴ Elbirliği mülkiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 282-291; Zobl, s. 121, Schumacher, R.: Das Bauhandwerkerpfandrecht, Sytematische Darstellung der Praxis, Zürich 1979, Nr. 153.

zedilebilir (MK m. 688/3). Bu tarz mülkiyette rehinle ilgili olarak paydaşın payını rehnedebileceği MK m. 857'de ayrıca bir kez daha zikredilmiştir. Paylı taşınmazın tamamı üzerinde de rehin kurulabilir. Ancak rehin tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan tescili, paydaşların tamamının oybirliği ile alacakları kararın varlığına bağlıdır (MK m. 692/1).

Medeni Kanun paylardan birinin rehinle yüklü olması halinde daha sonra taşınmazın tamamı üzerinde başka bir rehin kurulamayacağını, 692/2 ve 857/2. maddelerinde öngörmüştür. Ancak taşınmazın tamamı rehinle yüklenmiş olsa da sonradan paylar üzerinde ikinci bir rehin kurulabilir.

Paylı mülkiyette rehinle bağlantılı olarak üç farklı rehin konusu ortaya çıkmaktadır. Taşınmazın tamamının veya paylardan birinin ya da birden fazlasının ayrı ayrı rehni mümkündür. Taşınmaz ile paylar bağımsız nitelikte rehin konusu oluşturdukları için üzerlerindeki rehinler arasında bir sıra ilişkisi de yoktur. Bu nedenle biri üzerindeki yük kalktığında diğerindeki rehin hakkının onun yerine ilerleyeceğine ilişkin sözleşme yapılamaz.

İsviçre Hukukunda kanundan dolayı doğan rehinlerin ve bu arada yapı alacaklısı rehininin paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde kurulabileceği tartışmasız kabul edilmiştir²⁵. Paylı mülkiyette paylardan biri rehinle yüklenmediği sürece alacaklı dilerse payları dilerse taşınmazın tamamını rehnedebilir. Paylardan birinde rehin yükü var ise sonradan taşınmazın tamamı üzerinde rehin kurulamayacağından yapı alacaklısının bu seçimlik hakkı ortadan kalkar. Bu nedenle paylı mülkiyette rehin duruma göre farklı iki açıdan incelenmelidir.

Paylı mülkiyette paylar üzerinde henüz rehin kurulmamış ise paydaşlar ya taşınmazın tamamı ya da her bir pay üzerinde rehin kurabilir (MK m. 688, MK m. 857/2). İsviçre öğretisi hakim görüşü ve ona paralel olarak Federal Mahkeme yapı alacaklısının taşınmazın tamamını veya mülkiyet payını alacağın miktarına göre pay oranında rehnetmek konusunda seçimlik hakkı bulunduğunu görüşündedir²⁶.

Yapı alacaklısı, pay veya taşınmazın İcra İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilmesi halinde ortaya çıkması muhtemel ihale bedeline göre seçimlik hakkını kullanacaktır. Özellikle taşınmazın paraya çevrilmesi halinde

²⁵ Schmid/Hürliemann-Kaup, s. 383, Nr. 1733; Schmacher, Nr. 351 ff.

²⁶ BGE 126 III 462 ff; Schumacher, Nr. 353; Ottiker, M.: Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Zürcher Diss., Bern 1972, s. 66 ff.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

elde edilecek bedelin, payın paraya çevrilmesiyle elde edilecek bedele göre daha düşük kalacağı durumda, yapı alacaklısı, rehnin taşınmazın tamamı üzerinde değil, pay üzerinde kurulmasını talep edecektir. Aksi durumda, rehnin pay yerine taşınmazın tamamı üzerinde kurulması tercih edilecektir.

Paydaşların oybirliği ile aldıkları karar bulunmadığı sürece taşınmazın tamamı üzerinde rehin kurulamaz. Tescile karar verilmesi yolunda davanın paydaşların tamamına karşı açılması zorunludur. Zira dava paylı mülkiyet konusu taşınmazın sınırlı aynı hakla yüklenmesine ilişkindir. Bu nedenle de paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır.

Yukarıda değinilen İsviçre Hukuk Öğretisindeki hakim görüşün aksine, Ottiker²⁷ ve Zobl²⁸ taşınmaz üzerinde rehin yoksa rehin yükünün derhal paylar üzerinde dağıtılması gerektiğini bu hususta yapı alacaklılarına seçimlik hak tanınmasının isabeti bulunmadığını savunmuşlardır. Ottiker ve Zobl'a göre, yapı faaliyeti sonucu taşınmazda ortaya çıkan değer artışı paydaşlar bakımından bu değerın paylarına düşen miktarıyla sınırlıdır. Faydalanmadığı değer artışından paydaşın yapı alacaklısı rehni vasıtasıyla sorumlu tutulması bu rehnin amacına da aykırıdır. Diğer yandan da kanun koyucu paydaşları ortaklık borçlarından payları oranında sorumlu tutmuş, bunlar için müteselsil sorumluluk öngörmemiştir (ZGB m. 649/1, MK m. 694/1). Konuluş amacı dikkate alındığında bu düzenleme, yapı alacaklısı rehninin tesciline de uygulanmalı ve toplam rehin miktarı pay oranlarına göre dağıtılarak paylar üzerine rehin kurulmalıdır.

MK m. 689/1, paydaşlara aralarında oybirliği ile anlaşarak paylı malın kullanılması, yönetimi ve ondan yararlanılmasına ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabileme imkanı tanımıştır. Böyle bir anlaşma ile paydaşların kullanacağı yararlanacağı yerler belli edilmişse²⁹ yapı alacaklısı rehni sadece işin görüldüğü yerle ilgili pay üzerinde kurulabilir.

Zira bu halde yapı faaliyeti artık taşınmazın tamamında değil, payın değerinde artış meydana getirir. Ancak yapı alacaklısı rehin hakkının payla sınırlı tutulabilmesi anlaşmanın tapu siciline şerh edilmiş olmasına bağlıdır. Medeni Kanun bu tür anlaşmanın şerhine imkan tanımıştır (MK m. 689/2). Anlaşmadan doğan şahsi hak şerh vasıtasıyla görünür hale getirilmemiş ise, yapı alacaklısı dilerse taşınmazın tamamının rehnini talep edebilir.

²⁷ Ottiker, s. 66 ff.

²⁸ Zobl, s. 122.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 267.

Zobl görüşünü diğer bir açıdan da ZGB Art. 839/4 (MK m. 895/4) hükmüne dayandırmıştır³⁰. Ona göre taşınmazın tamamının rehnine izin verilmesi paydaşın yeterli güvenceyi göstererek tescili önleyebilmesini güçleştirir. Zira rehin yükünün paylar üzerinde dağıtılarak kurulması halinde kendi payı için yeterli güvenceyi verecek durumda olan bir paydaş, yükün tamamı için aynı imkana sahip olmayabilir. Bu da taşınmazın satımına ve paydaşın payının elinden çıkmasına yol açabilir.

Yapı alacaklısının seçimlik hakkını ortadan kaldıran görüş kanımızca yerinde değildir. Kanun koyucu yapı alacaklısı rehni hükümleri vasıtasıyla yapı işine katılan yüklenici ve zanaatkarları korumak istemiştir. Alacağın elde edilmesinde taşınmazın tamamının rehni kolaylık sağlayacak ise, yapı alacaklısının pay rehni ile yetinmek zorunda bırakılması kanunun tanıdığı korumanın amacına aykırıdır.

Payla sınırlı rehin imkanının payın elden çıkmasına engel olacağına ilişkin dayanak da yetersiz kalmaktadır. Zira kural olarak paydaşlardan her biri paylı mülkiyetin giderilmesini her zaman isteme hakkına sahiptir (MK m. 698/1). Paylaşmayı isteme hakkı belirli süre için sözleşmeyle sınırlanabilse de bu süre, nihayet on seneyi geçemez (MK m. 698/2). Yukarıda da belirtildiği üzere Medeni Kanununun 692. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereği, paylardan biri üzerinde taşınmaz yükü veya taşınmaz rehni kurulmuşsa paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlayamaz. İsviçre hukuk öğretisinde bu hükmün (ZGB Art. 648/III) kanundan doğan rehinler için de uygulanacağı tartışmasız kabul edilmiştir³¹. Bu sebeple yapı alacaklısı toplam rehin miktarını pay oranlarına göre dağıtarak her bir pay üzerinde rehin hakkı kurulmasını istemek zorundadır.

Rehin miktarının paydaş sayısına veya payların değerine göre bölünmesi ihtimali İsviçre Hukukunda tartışılmış ancak kabul görmemiştir³². Buna gerekçe olarak da paylı mülkiyette payların farazi niteliği ve yerlerinin madde-ten belirsiz olması gösterilmiştir. Bu noktadan hareketle yapı alacaklılarının taşınmazın tamamında yarattıkları artı değer paydaki etkisinin ancak pay oranıyla ifade edilebileceği söylenmiştir.

³⁰ Zobl, s. 123.

³¹ Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 384, Nr. 1737; Britschgi, s. 146.

³² Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 384, Nr. 1737a; BGE 125 III 113 ff.

Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu

MK m. 692/2 hükmü emredici nitelikte değildir³³. Bu nedenle paylardan biri rehinle yüklü olsa bile paydaşlar, taşınmazın tamamında yeni bir rehin kurulmasını rıza gösterebilir. Rızanın varlığı oybirliğiyle karar alınmasını gerektirir. Ayrıca taşınmaz üzerinde daha önce kurulmuş rehinler varsa bu rehin hakkı sahiplerinin de sonraki yapı alacaklısı rehni için rızalarının sağlanması zorunludur. Zira yapı alacaklıları taşınmazın paraya çevrilmesi halinde diğer rehin hakkı sahiplerine göre öncelik hakkına sahip kılınmıştır (MK m. 897).

SONUÇ

Yapı alacaklısı rehninin konusunu esas olarak taşınmaz oluşturur. Bu anlamda yapı alacaklısı rehni, Türk Medeni Kanununun taşınmaz saydığı arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen sürekli ve bağımsız haklar ile kat mülkiyetine geçilmiş bir binanın bağımsız bölümleri üzerinde kurulabilir. Sahaşsız taşınmazlar üzerinde kurulamaz. Buna karşın, kamu mallarından sadece değeri paraya çevrilmesi mümkün olanlar üzerinde yapı alacaklısı rehni kurulması mümkündür.

Bağımsız ve sürekli niteliği haiz üst hakkına dayanılarak yapılan bina üzerinde yürütülen imalatlarla ilgili olarak binanın mülkiyeti irtifak hakkı sahibine ait bulunduğundan, yapı alacaklısı rehni ancak irtifak hakkı üzerinde kurulabilir.

Rehin, kat mülkiyeti kurulmuş binanın bağımsız bölümlerinde yürütülen işlerle ilgili olarak doğrudan bağımsız bölüme ait kat mülkiyeti kütüğü sayfasına tescil edilir. Ortak yerlerde yürütülen işlerle ilgili alacakları için zanaatkar ve yükleniciler rehin yükünü arsa payları oranında bağımsız bölümler üzerine dağıtarak rehin kurulması talebinde bulunabilirler.

Birlikte mülkiyet hallerinden elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazda, yapı alacaklısı rehni taşınmazın tamamı üzerinde kurulur. Rehin hakkının tescili talebi ortakların tamamına yöneltilmelidir. Paylı mülkiyet konusu taşınmazda ise, ya paylardan her biri ya da taşınmazın tamamı üzerinde rehin kurulabilir. Paylardan biri rehinle yüklü ise, taşınmazın tamamı üzerinde yapı alacaklısı rehni kurulamaz.

³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 269.

BOŞ

HİZMETİN SERBEST DOLAŞIMI KAPSAMINDA TÜRK VATANDAŞLARI İÇİN VİZESİZ AVRUPA

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR, LL.M.*

ÖZET

İlk kez 1987 yılında verilen ABAD'ın *Demirel* kararı ile başlayan süreçte, Türklerin haklarına ilişkin olarak çok sayıda karar ortaya çıkmıştır. Hizmetin serbest dolaşımına ilişkin ise, 2000 yılında verilen *Savaş* kararıyla önemli bir adım atılırken; 2009 yılında verilen *Soysal* kararı ile artık vizesiz Avrupa yolu açılmıştır. Bu kararlarla öncelikle 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol m. 41'in doğrudan etkisi olan bir hüküm olduğu, yani hizmetin serbest dolaşımında mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak da ilk girişte vize uygulama üye devletlerin hâkimiyet alanında olduğu yöndeki itiraz ile Schengen vizesi uygulamasının getirmiş olduğu yeknesak vize uygulamasının bu ilkeye aykırı olduğu ABAD tarafından karara bağlanmıştır. Böylece Türkiye'de yerleşik bir işverenin hizmet sunması halinde hizmeti sunan kişiler ve bunların çalışanları ile Türkiye'de yerleşik bir kişi tarafından bir AB üyesi ülkeden hizmet edinilmesi halinde hizmeti alan bu kişiler hizmetin serbest dolaşımı kapsamına girecektirler. Hangi ülkelerin hangi tarihten itibaren Türk vatandaşlarına vize uygulamaya başladıkları tespit edildiğinde, esas itibarıyla Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan hizmetin serbest dolaşımı kapsamında Türk vatandaşlarından vize talep edemeyecekleri ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vizesiz Avrupa, Avrupa Birliği, Demirel kararı, hizmetin serbest dolaşımı, aktif hizmetin serbest dolaşımı, pasif hizmetin serbest dolaşımı, Savaş kararı, Soysal kararı, Schengen vizesi, Türkiye.

VISA-FREE EUROPE FOR TURKISH CITIZENS IN THE CONTEXT OF FREE MOVEMENT OF SERVICES

ABSTRACT

During the period starting with the case *Demirel* of the European Court of Justice (ECJ) in 1987, a great number of court judgments regarding the legal rights of Turkish citizens have been produced. An important step concerning the free movement of services was taken with the case *Savaş* in 2000, whereas the case *Soysal* in 2009 paved the way for a visa-free Europe. These judgments essentially made it clear that

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fak. Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi (hpinar@bilkent.edu.tr.).

Article 41 of the Additional Protocol, effective from January 1st, 1973, has direct effect, in other words the principle of standstill has grown to be an undeniable issue in conjunction with the free movement of services. Consequently, the ECJ found that the objection to the application of visa at the first entry being at the sole discretion of member states is in breach of the concept of the uniform application of the Schengen visa. In this particular respect, in case either the service provider is an employer located in Turkey, *the service providers and their employees*, or any service is received by a Turkish national domiciled in Turkey from an EU country where the service provider is located, *the service receivers* will fall within the scope of the principle of the free movement of services. If one looks at which countries have put visa requirements in place for Turkish citizens, one can come to the conclusion that Germany, Belgium, Denmark, France, The Netherlands, UK, Ireland, Spain, Italy, Luxembourg, Portugal and Greece cannot require a visa for Turkish citizens within the context of the free movement of services.

Keywords: Visa-free Europe, European Union, case *Demirel*, free movement of services, free movement of active services, free movement of passive services, case *Savas*, case *Soysal*, Schengen visa, Turkey.

I. Giriş

1963 yılında imzalanan Türkiye ile Topluluk arasındaki Ortaklık Antlaşması ile başlayan ortaklık ilişkisi kapsamında, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD)¹ kararlarıyla var olan haklarımızı ortaya çıkarmıştır. Bu süreçte doğrudan Türklerle ilgili olarak ilk karar olan ve 1987'de verilmiş

¹ Lizbon Sözleşmesi, Avrupa Birliği'ne üye 27 üye ülkeler tarafından 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanmış ve 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren de yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme ile hem Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nde hem de Avrupa Birliği Sözleşmesi'nde önemli değişiklikler yapılmıştır. Özellikle Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nin ismi "*Avrupa Birliği Faaliyet Alanı Hakkında Sözleşme*" (kısaca: ABFS, Treaty on the Functioning of the European Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) olarak değiştirilmiştir. Maastricht ile getirilen ve Avrupa Birliği sistemini anlatan sütunlar yapısı yeni Sözleşme ile ortadan kalkmıştır. Zira Avrupa Topluluğu yerine artık ve sadece Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliği bulunmaktadır. Ayrıca "*Topluluk hukuku*" (Community law, Gemeinschaftsrecht) yerine "*Avrupa Birliği hukuku / Birlik hukuku*" (European Union law, Unionsrecht) kavramı kullanılacaktır. Lizbon Sözleşmesi ile Adalet Divanı'nın yetkileri ve organizasyonunda da değişiklikler yapılmıştır. Avrupa Birliği'nin "Avrupa Birliği Adalet Divanı" olarak adlandırılan mahkeme sistemi üç mahkemeden oluşmaktadır. Bunlar, Divan, Mahkeme (ilk derece mahkeme) ve Kamu Hizmeti için (ilk derece mahkeme olan) Mahkeme'dir. Bu konulara ilişkin bkz. (http://europa.eu/index_en.htm ve http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/, son yararlanma 25.01.2010).

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

Demirel kararı olup son kararlarla birlikte ABAD'ın toplam 50 civarında² kararı bulunmaktadır³. Özellikle ortaklık ilişkisinin temel serbestiler açısından etkiyecek yeni süreç ve Türkler için vizesiz Avrupa yolunu açacak gelişmeler, 19 Şubat 2009'da verilen *Soysal* kararı ile artık tartışmasız bir şekilde açıklığa kavuşmuştur.

II. Kararların Sonuçları

1987 yılında verilen *Demirel* kararı ABAD'ın Türk vatandaşlarının haklarına ilişkin ilk kararıdır. ABAD bu kararlar, Topluluk ile Türkiye arasındaki Ortaklık Antlaşması ve diğer düzenlemelerin, Topluluk hukukunun kaynaşmış

² **Türk vatandaşı işçilerin ve aile bireylerinin oturma hakları ve serbest dolaşımlarına ilişkin kararlar:**

Demirel (30.9.1987 tarih ve C-12/86 sayı); *Sevince* (20.9.1990 tarih ve C-192/89 sayı); *Kuş* (16.12.1992 tarih ve C-237/91 sayı); *Eroğlu* (5.10.1994 tarih ve C-355/93 sayı); *Bozkurt* (6.6.1995 tarih ve C-434/93 sayı); *Tetik* (23.1.1997 tarih ve C-171/95 sayı); *Kadıman* (17.4.1997 tarih ve C-351/95 sayı); *Eker* (29.5.1997 tarih ve C-386/95 sayı); *Kol* (5.6.1997 tarih ve C-285/95 sayı); *Ertanır* (30.9.1997 tarih ve C-98/96 sayı); *Günaydın* (30.9.1997 tarih ve C-36/96 sayı); *Akman* (19.11.1998 tarih ve C-210/97 sayı); *Birden* (26.11.1998 tarih ve C-1/97 sayı); *Ergat* (16.3.2000 ve C-329/97 sayı); *Eyüp* (22.6.2000 tarih ve C-65/98 sayı); *Kurz* (19.11.2002 tarih ve C-188/00 sayı); *Ayaz* (30.9.2004 tarih ve C-275/02 sayı); *Sedef* (10.01.2006 tarih ve C-230/03 sayı); *Torun* (16.2.2006 ve C-502/04 sayı); *Güzeli* (26.10.2006 tarih ve C-4/05 sayı); *Polat* (4.10.2007 tarih ve C-349/06 sayı); *Payır* (24.1.2008 tarih ve C-294/06 sayı); *Er* (25.9.2008 tarih ve C-453/07 sayı); *Altun* (18.12.2008 tarih ve C-337/07 sayı); *Şahin* (17.9.2009 tarih ve C-242/06 sayı); *Bekleyen* (21.1.2010 tarih ve C-462/08 sayı); *Genç* (4.2.2010 tarih ve C-14/09 sayı).

Türk vatandaşlarının ve aile bireylerinin sosyal haklarda eşit muameleye tabi olmasına ilişkin kararlar:

Taftan-Met (10.9.1996 tarih ve C-277/94 sayı, EuZW 1997, 179 m. Anm. v. *Gutmann*); *Sürül* (4.5.1999 tarih ve C-262/96 sayı); *Öztürk* (28.4.2004 tarih ve C-373/02 sayı); *Gürol* (7.7.2005 tarih ve C-374/03 sayı).

Türk vatandaşlarının yurtdışı edilmelerinin sınırlandırılmasına ilişkin kararlar:

Nazlı (10.2.2000 tarih ve C-340/97 sayı); *Çetinkaya* (11.11.2004 tarih ve C-467/02 sayı); *Aydınlı* (7.7.2005 tarih ve C-373/03 sayı); *Dörr ve Ünal* (2.6.2005 tarih ve C-136/03 sayı); *Doğan* (7.7.2005 tarih ve C-383/03 sayı); *Derin* (18.7.2007 tarih ve C-325/05 sayı), *Polat* (4.10.2007 tarih ve C-349/06 sayı).

Ayrımcılık yasasıyla ilgili kararlar:

Koçak ve Örs (14.3.2000 tarih ve C-102/98 ile C-211/98 sayı); *Wählergruppe* (8.5.2003 tarih ve C-171/01 sayı); *Öztürk* (28.4.2004 tarih ve C-373/02 sayı); *Kahveci* (25.7.2008 tarih ve C-152/08 sayı); *Komisyon/Hollanda* (29.4.2010 tarih ve C-92/07).

Hizmetin serbest dolaşımı ve yerleşim serbestisine ilişkin kararlar:

Savaş (11.5.2000 tarih ve C-37/98 sayı); *Abatay* (21.10.2003 tarih ve C-317/01 ile C-369/01 sayı); *Tüm ve Darı* (20.9.2007 tarih ve C-16/05 sayı) ve *Soysal* (19.2.2009 tarih ve C-228/06 sayı); *Komisyon/Hollanda* (29.4.2010 tarih ve C-92/07).

ABAD'ın kararları için bkz. <http://curia.europa.eu>.

³ Ortaklık ilişkisinin siyasi ve hukuki süreçleri hakkında bkz. *Gümrükçü, Harun*: Türkiye ve Avrupa Birliği, İstanbul 2002, s. 35 vd.; *Can, Hacı / Özen, Çınar*: Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Ankara 2005, s. 9 vd.

ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir. İkinci karar olan ve 1990 yılında verilen *Sevince* kararıyla⁴ -şartların varlığı halinde- Ortaklık Konseyi Kararlarının (OKK) ve 2000'deki *Savaş* kararıyla⁵ da Katma Protokol hükümlerinin dahi doğrudan etkilerinin olabileceği ABAD tarafından kabul edilmiştir.

Hizmetin serbest dolaşımı açısından konunun anlaşılması için *Savaş* kararı ile başlayan⁶ ve *Sosyal* kararına kadar olan süreçte ortaya çıkan kararlara kısaca değinmek şarttır.

1. Savaş Kararı⁷

1984 yılında bir aylık vize ile İngiltere'ye ziyaretçi olarak giden *Savaş* çifti sürenin bitmiş olmasına rağmen İngiltere'yi terk etmeyip kanunlara aykırı olarak kalmaya devam etmişler ve hiç bir izin veya ruhsat almaksızın değişik işletmeler açarak işletmişlerdir. Yetkili makamlar, 1994 yılında *Savaş* çiftinin sınırdışı edilmesini kararlaştırmıştır. Dava süreci sonunda İngiliz yüksek mahkemesi, Katma Protokol m. 41'in yorumlanması için ABAD'a ön karar için başvurmuştur.

Başvuruyu değerlendiren ABAD, ilk kez bu davayla Topluluk ve Türkiye arasında imzalanan ve 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol m. 41/1'in doğrudan etkisi olan bir hüküm olduğunu kabul edilmiştir. Bu maddeye göre; taraflar, aralarında, yerleşim serbestisi ve hizmetin serbest dolaşımına ilişkin yeni kısıtlamalar getirmeyeceklerdir. Yani yerleşim serbestisi ve hizmetin serbest dolaşımında da mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi dikkate alınacaktır⁸.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gümrükçü* (dn. 2), s. 215 vd.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gümrükçü* (dn. 2), s. 367 vd.

⁶ Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi ve ABAD'ın *Sosyal* kararından önce hizmetin serbest dolaşımı açısından Almanya'nın Türk vatandaşlarından vize aramayacağı yöndeki görüş için bkz. *Pınar, Hamdi*: ABAD Kararları Işığında Avrupa Birliği Üyesi Ülkeler ile Türkiye Arasında Yerleşim Serbestisi ve Hizmetin Serbest Dolaşımı, 22-23 Kasım 2007 tarihleri arasında Antalya'da "Vizesi Avrupa Sempozyumu"nda sunulan tebliğ, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 1817 vd.; *Pınar, Hamdi*: AB Ülkeleri ve Türk Vatandaşlarının Vize Muafiyeti, (Radikal Gazetesi, 13 Ekim 2007, Yorum); *Pınar, Hamdi*: Almanya İçin Vize gerekli mi?, (Radikal Gazetesi, 30 Kasım 2007, Yorum). Karş. *Baykal, Sanem*: Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu, İstanbul Aralık 2007, IKV Yayını, No: 214, s. 29 vd.

⁷ 11.5.2000 tarih ve C-37/98 sayılı *Savaş* kararına ulaşmak için (<http://curia.europa.eu>).

⁸ *Gutmann*, son makalesinde, malların serbest dolaşımı kapsamında mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesini değerlendirmiş ve sonuç itibarıyla Alman hukuku açısından malların serbest dolaşımı amacıyla Almanya'ya gelecek olan işadamlarına da vize uygulanamayaca-

2. Abatay Kararı⁹

Türk taşımacılık sektörünü ve Türk şoförlerini doğrudan ilgilendiren ilk karar ABAD'ın 21 Ekim 2003 tarihli *Abatay* kararıdır. *Savaş* kararında yerleşim serbestisi açısından doğrudan etkili hüküm olduğu açığa çıkan Katma Protokol m. 41/1 hükmü *Abatay* kararında ise hizmetin serbest dolaşımı açısından uygulama alanı bulmuştur. Alman hukukunda yapılan değişikliklerle yabancı şoförlerin çalışma şartları ağırlaştırılması, *Abatay* kararına konu olmuştur.

Bu kararlar iki önemli husus açıklığa kavuşturulmuştur.

1) Sınıraşma kavramı¹⁰:

Bu kararlar ilk kez sınıraşma kavramı Türkiye'den sağlanan hizmetler için de kabul edilmiştir. Buna göre sadece üye ülkeler arasında değil; hizmet Türkiye'den üye ülkenin birine sağlanıyorsa Katma Protokol m. 41/1'in uygulama alanı bulacaktır. O halde hizmet sektörü kapsamında Türkiye'den yapılan sınıraşan taşımacılıkta bu hüküm uygulanacaktır.

2) Kimlerin Katma Protokol 41/1'e dayanabilecekleri hususu¹¹:

ğını savunmuştur. Bkz. *Gutman, Ralf*: Vise, Standstill und Warenverkehr mit der Türkei, InfAusLR 2010, s. 45 vd.

Malların serbest dolaşımına ilişkin bu bakış açısının isabetli olduğunu ve bu durumun yine de ABAD önüne götürülerek sonuçlandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Olumlu bir içtihat çıkacağına da inanıyoruz. Böylece Türk işadamları için -sık sık şikayet edilen- Avrupa pazarındaki haksız rekabet ortamı da kalkmış olacaktır. Bunun için gerekirse önceden hazırlanmış bir olay veya mevcut bir durum dava konusu yaptırılarak ABAD'dan karar çıkarılması sağlanabilir. Zira 1990 yılında yayınlanmış doktora tezinde *Völker*, açıkça malların serbest dolaşımından ortaya çıkan ve Almanca *Begleitrecht* (= refakat/eşlik eden hak) olarak adlandırılan bir hakkın da malı satmak veya almak için giden kişilerin ülkelere giriş ve kalma hakları olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Völker, Stefan*: Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 1990, s. 190 ve 207.

Malların serbest dolaşımı kapsamında ABAD önüne götürülmesi gereken bir başka husus ise, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Ek 8 m. 10/2 hükmündeki düzenlemedir. Zira 2004 yılında yayımladığımız bir makalemizde Ortaklık hukuku açısından bu hükmün geçersiz ve dolayısıyla malların serbest dolaşımı kapsamında bu malların paralel ticaretinin (ithalat veya ihracat) mümkün olduğu ortaya konulmuştur. Bkz. *Pinar, Hamdi*: Zur Erschöpfung der Rechte an geistigem Eigentum zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Türkei, GRUR Int. 2004, s. 101 vd.

⁹ 21.10.2003 tarih ve C-317/01 ile C-369/01 sayılı *Abatay* kararına ulaşmak için (<http://curia.europa.eu>).

¹⁰ ABAD'ın 21.10.2003 tarih ve C-317-01 ile C-369701 sayılı *Abatay* kararı, No: 105.

¹¹ ABAD'ın 21.10.2003 tarih ve C-317-01 ile C-369701 sayılı *Abatay* kararı, No: 106.

Yine ilk kez ABAD, kimlerin bu hükme dayanarak dava açabilecekleri konusunu da açıklığa kavuşturmuştur. ABAD'a göre, sadece Türkiye'de yerleşik olan ve hizmeti bir üye ülkeye sağlayan teşebbüsler değil; bu teşebbüslerin çalışanları da üye ülkelerce getirilen hizmetin serbest dolaşımına ilişkin yeni kısıtlamalara karşı haklarını korumak amacıyla Katma Protokol m. 41/1'e dayanabileceklerdir.

3. Tüm ve Darı Kararı¹²

Almanya'dan ve Fransa'dan İngiltere'ye geçen iki sığınmacı Türk vatandaşının açtığı dava, AB-Türkiye Ortaklık hukuku açısından en önemli içtihatlardan birinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. 27 Eylül 2007 tarihli *Tüm ve Darı* kararı ile ABAD yukarıdaki kararlarına paralel bir karar vermiştir. Bu yeni kararlar ortaya çıkan en önemli husus; *Savaş* ve *Abatay* kararlarından sonra tartışılan ilk girişte vizenin üye ülkenin yetkisinde olup olmadığı konusu açıklığa kavuşmasıdır. İngiliz hükümetinin egemenlik hakları kapsamında ilk girişte vize verme yetkisinin de kendi uhdesinde olduğu yönündeki savunması ABAD tarafından kabul edilmemiştir. ABAD, Katma Protokol m. 41/1 hükmünün Türk vatandaşlarının Ortaklık hukukundan kaynaklanan yerleşim serbestisinin kullanımında (ve hizmetin serbest dolaşımında) ilk girişleri düzenleyen kurallar için de geçerli olduğuna karar vermiştir. O halde Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1973'den önce veya üyelik tarihinden önce yerleşim serbestisi ve hizmetin serbest dolaşımı kapsamında Türk vatandaşlarından vize talep etmeyen ülkeler, daha sonra vize uygulaması getirmiş olsalar bile, bu hükümleri Türk vatandaşları için uygulamaları mümkün olmayacaktır.

4. Soysal Kararı¹³

Doğrudan olmasa bile, dolaylı olarak ABAD'ın *Tüm ve Darı* kararı ile hizmetin serbest dolaşımı için de Türk vatandaşlarına vizesiz Avrupa yolu açılmıştı. Ancak bu konuda gerekli adımı maalesef ne Türkiye, ne AB Komisyonu ne de AB üyesi ülkeler atmışlardır. 19 Şubat 2009 tarihli *Soysal* kararı ile duyarsız olan herkesi silkeleyecek bir içtihat ortaya çıkmıştır. *Tüm ve Darı* ka-

¹² 20.09.2007 tarih ve C-16/05 sayılı *Tüm ve Darı* kararına ulaşmak için (<http://curia.europa.eu>).

¹³ 19.02.2009 tarih ve C-228/06 sayılı *Soysal* kararına ulaşmak için (<http://curia.europa.eu>). Bu karar, 2007 yılında sunulmuş olan ve Schengen vizesi ile Alman hukuku açısından tebliğde yaptığımız değerlendirmelerimizle aynı yönde çıkmıştır. Bkz. *Pınar*, Öztan'a Armağan, s. 1817 vd.; *Pınar*, (Radikal Gazetesi, 30 Kasım 2007, Yorum).

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

rarında yerleşim serbestisi söz konusu iken; *Soysal* kararında doğrudan hizmet sektörü dava konusudur. *Tüm ve Darı* kararında ilk girişte vize yetkisi açıklığa kavuşurken; *Soysal* kararında elde -tek kalan savunma olan- Schengen vizesinin, Türkler için yeni bir sınırlama ve bu yüzden de Katma Protokol m. 41/1'e aykırılık teşkil ettiğine karar verilmiştir. O halde AB Komisyonu'nun Türklerin lehine olduğu yöndeki Schengen vizesi savunması¹⁴, ABAD tarafından reddedilmiştir. Zira Schengen vizesi de olsa, daha öncesinde vizesiz girme hakkı olan bir kişi için böyle bir zorunluluk Ortaklık hukuku açısından yeni bir sınırlama olduğu açıktır ve böyle bir sınırlayıcı düzenleme de Katma Protokol m. 41/1 hükmü gereğince hizmetin serbest dolaşımı kapsamına giren Türk vatandaşlarına uygulanamaz.

III. Hizmetin Serbest Dolaşımı

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği'nin iktisadî faaliyetlerinin tahminen %60-70'ni hizmet sektörü teşkil etmektedir¹⁵. Dolayısıyla hizmet sektörü iktisadî açıdan çok büyük bir öneme sahiptir. Böyle bir pazarın Türk vatandaşları için açılması ile Tür ekonomisi büyük bir pazarda rekabet edebilme imkânına kavuşacaktır. Bunun içinde öncelikle hizmetlerin serbest dolaşımının ne olduğunun bilinmesi ve bunların nasıl kullanılabileceğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Hizmetin serbest dolaşımı her şeyden önce kişilerin (işçilerin) serbest dolaşımını ve yerleşim serbestisini tamamlar. İşçilerin serbest dolaşımında işçi ve işveren arasında bağımlı bir iş ilişkisi varken; hizmetin serbest dolaşımında ve yerleşim serbestisinde bu işi/hizmeti sunan kişi tarafından bağımsız olarak yerine getirilir. Yerleşim serbestisinde gerekli olan ikametgâhın değiştirilme şartı, hizmetlerin serbest dolaşımında aranmaz. Hizmetlerin serbest dolaşımında bizzat hizmet geçici olarak sınıraşırı dolaşırken yerleşim serbestisinde hizmeti

¹⁴ 8 Eylül 2006 tarih ve JURM(06) 103 sayılı "An den Präsidenten und die Mitglieder des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften" başlıklı görüşünde AB Komisyonu aslında, *Soysal* davasına ilişkin verdiği yazılı resmî görüşünde -hukuken isabetli bir şekilde- ABAD'ın *Soysal* kararı ile aynı yönde görüş bildirmişti. Ancak ABAD önündeki sözlü savunmasında AB Komisyonu temsilcisi bu yazılı görüşü çektiklerini ve hatta Schengen-Vizesinin Türklerin lehine olduğu yönde bir savunma yapmıştır (Bkz. *Soysal* kararı no: 54). AB Komisyonunun bu tutarsızlığı, duruşmanın hâkimi tarafından adeta alay edilircesine değerlendirilmiştir. Bu şekilde hızlı değişikliğin gerekçesinin kutsal bir haberin gelmesi üzerine olup olmadığı duruşmayı yöneten hâkim tarafından Komisyon temsilcisine yönetilmiştir. Sözlü duruşmada geçen konuşmalara ilişkin olarak bkz. *Gutmann, Rolf*: Die Umsetzung des Urteils Soysal mit Blick auf Deutschland, VBIBW 2009, s. 322.

¹⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_19_de.htm (son yararlanma 17.12.2009).

sunan gerçek veya tüzel kişiler yerleştikleri üye ülkenin ekonomilerine intibak ederler¹⁶. ATA m. 50’de (artık *Avrupa Birliği Faaliyet Alanı Hakkında Sözleşme*, ABFS m. 57) de hizmetin serbest dolaşımından yararlanan hizmetlere örnek olarak işletmelere ait hizmetler, ticari hizmetler, zanaatkârlara ve serbest meslek sahiplerine ait hizmetler olarak sayılmıştır¹⁷. Ayrıca özellikle finans, telekomünikasyon ve karşılıklı meslekî nitelendirmelerin tanınması gibi hizmet alanındaki özel düzenlemelerle bu alanda ilerlemeler sağlanmıştır¹⁸.

2. Hizmetin Serbest Dolaşımının Unsurları

ABAD’ın yerleşik kararları dikkate alındığında -esas itibariyle- serbest dolaşım kapsamında hizmetler; sınıraşan bir nitelik taşıyacak, ücret karşılığı olacak ve geçicilik arz etmesi gerekecektir. İlk önce hizmetin, sınıraşan bir hizmet olması gerekir. Sınıraşma şartı, bir hizmetin serbest dolaşımı sadece AB üyesi ülkeler arasında değil Türkiye ile AB üyesi ülkeler arasında da söz konusu olduğunda gerçekleşir. Bu duruma somut örnek ise ABAD’ın 2003 yılında verdiği *Abatay* kararıdır. O halde Türkiye’de yerleşik bir kişinin hizmet sunması veya Türkiye’de yerleşik bir kişi tarafından bir AB üyesi ülkeden hizmet edinilmesi halinde hizmette sınıraşma şartı gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla hizmetin serbest dolaşımı açısından Türkiye AB hukukunda üçüncü ülke statüsünde değildir. Bu hizmet ister inşaat işleri gibi hizmeti edinen kişinin ülkesinde üretim şeklinde olsun; ister otel, tıbbî tedavi gibi hizmeti sunan kişinin ülkesine gidilerek alınan ve tüketilebilen bir hizmet olsun fark etmeyecektir¹⁹.

¹⁶ *Randelzhofer/Forsthoff*: in Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 2009, Art. 49/50 EGV, No: 8 vd.

¹⁷ Hizmetin serbest dolaşımı ve yerleşim serbestisine ilişkin çok sayıda AB hukukunda ikincil düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Dönmez, Celalettin*: Avrupa Birliği’nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı, Adalet Dergisi 2008, sa. 31, s. 72 vd. (<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/31sayi.pdf>, son yararlanma 27.1.2010).

¹⁸ Ocak 2004’de Komisyon tarafından hazırlanan Tek Pazarda hizmetleri düzenleyen bir yönerge taslağı Aralık 2006’da kabul edilmiş ve üye ülkeler 2009’un sonuna kadar kendi iç hukuklarını, bu Yönerge’deki hükümlere uygun hale getirmeleri gerekmektedir. Bu Yönergenin amacı, hizmetlerin değişimi konusundaki engelleri ortadan kaldırmak ve böylece hizmetlerin sınıraşmasını mümkün kılmaktır. Bu Yönerge ile sadece hizmet sunan işletmelerin rekabet etme gücü değil, Avrupa sanayisini de iyileştirilmesi sağlanacaktır. Bu Yönerge, ayrımcılığa ilişkin sınırlamaları ve bürokratik engelleri ortadan kaldıracak, hukuki ve idarî modernize edecek ve kolaylaştıracak olup, ayrıca üye ülkelerin idarelerini sistematik bir ortak çalışmaya götürecektir. Bunların dışında hizmetten yararlanan kişilerin haklarını da güçlendirecektir. Bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_19_de.htm (son yararlanma 17.12.2009).

¹⁹ *Roth, Wulf-Hennig*: in Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 24. Aufl., München 2009, E. I., No: 130 vd.; *Tiedje/Troberg*: Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., München 2003, vor Art. 49, No: 9 vd.; *Kluth, Winfried*: in Cal-

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

Hizmetin ücret karşılığı olması; kural olarak bu hizmetin normal şartlarda ücret karşılığı yapılırlması gerekmektedir. Ancak bu karşılığın doğrudan olması zorunlu olmayıp dolaylı karşılıklıta da bu şart için geçerlidir. Ayrıca biza-tihi hizmetin alan kişinin bu karşılığı ödemesi gerekmeyp, sigorta kuruluşları gibi herhangi bir üçüncü kişinin de bu ücreti üstlenmeleri de mümkündür. Yalnız burada ücretin karakteristik özelliği kaybedilmemesi gerekmektedir. Önemli bir kısmı devlet bütçesinden finanse edilen hizmetler, bu özelliklerini kaybetmemektedirler. Devlet tarafından sunulan eğitim, kültürel ve sosyal alandaki hizmetler, hizmetin serbest dolaşımına girmemektedir. Meselâ devlet üniversitelerinden alınan hizmet ücret karşılığı şartını taşımazken; kendilerini her şeyden önce öğrencilerden alınan ödemelerle finanse eden özel üniversitelerden alınan hizmet ise hizmetin serbest dolaşımına girmektedir. Kâr etme amacının da bulunması sadece yardımcı bir unsur olarak değerlendirilirken; esas olan bu hizmetin ücret karşılığı olmasıdır. Bundan dolayı ücret karşılığı olması şartıyla sosyal hizmetler de hizmetin serbest dolaşımı kapsamına girmektedir. İktisadî bir faaliyetin söz konusu olduğu devlet tarafından sunulan hizmetler de, meselâ kamu idaresi kapsamında sunulan hizmetler, devlet tarafından organize edilen şans oyunları veya resmî müzeler gibi, bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁰.

Zaman açısından devamlılık arz etmemesi, yani belirli bir süre ile hizmetin sunumu hizmetin serbest dolaşımını yerleşim serbestisinden ayıran en önemli özelliktir. Ancak yerleşim serbestisi ile hizmetin serbest dolaşımının sınırlarını belirlemede Birlik hukukunda süre ve sıklık konusunda açık kriterler getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Her somut olayın özelliğine göre değerlendirmek daha doğrudur. Zira hizmetin serbest dolaşımı kapsamına sigorta, kira, lisans ve danışmanlık sözleşmelerinde olduğu gibi devamlılık arz eden sözleşmeler de girmektedir. Zaman yönünden sınırlı olma hususu, özellikle hizmetin sunumunda özel bazı hâllerde zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmeti sunan kişilerin biza-tihi kendisi veya çalışanlarının hizmetin sunulduğu ülkede bulunmaları halinde zaman yönünden geçicilik yerleşim serbestisinden ayıran en temel özelliktir. Buna rağmen hizmet sunumu birkaç yılı aşan büyük inşaat projelerinde bu süre boyunca devam edebilir. Aynı şekilde bu gibi durumlarda hizmeti sunanlar zorunlu altyapı, irtibat bürosu gibi, kurabilirler²¹.

liess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 49, No: 1 vd.; *Randelzhofer/Forsthoﬀ*, Art. 49/50 EGV, No: 6 vd., ayrıca karş. No: 18 vd.

²⁰ *Roth*, E. I., No: 130 vd.; *Kluth*, Art. 49, No: 9 vd.

²¹ *Roth*, E. I., No: 133; *Kluth*, Art. 49, No: 13 vd.

3. Hizmetin Serbest Dolaşımının Kapsamı

Hizmetin serbest dolaşımında ilişkin farklı dillerdeki metinlerin karşılaştırılması, kapsamın da belirlenmesinde yardımcı olacaktır²². 25 Mart 1957 tarihinde Roma Anlaşması olarak adlandırılan Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg arasında imzalanmıştır. Roma Anlaşmasınının 248. maddesine göre, bu Anlaşma Alman, Fransız, İtalyan ve Hollanda dillerinde yazılmış olup; her bir dildeki kavramlar aynı şekilde bağlayıcıdır. Bu dil sıralamasına göre, hizmetin serbest dolaşımına ilişkin hükmün ilgili kısmı şu şekildedir:

“Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs...”

“...les restrictions à la libre prestation des services...”

“...le restrizioni alla libera prestazione dei servizi...”

“...beperkingen op het vrij verrichten van diensten...”

12 Eylül 1963 tarihli ve Ankara Antlaşması olarak da adlandırılan Ortaklık Antlaşması yukarıda sayılan 6 ülke ve Avrupa Ekonomik Konseyi ile Türkiye arasında imzalanmıştır. Bu Antlaşmanın 33. maddesinde, işbu Antlaşmanın her metin eşitlikle geçerli olmak üzere, Türk, Alman, Fransız, İtalyan ve Hollanda dilleri ile ikişer nüsha olarak yazıldığı ifade edilmiştir. Çok büyük bir ihtimalle Türkçe Anlaşma metni, Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşmasınının Almanca veya Fransızca metinlerinden biri veya her ikisi birlikte dikkate alınarak hazırlanmıştır. Zira her iki Anlaşma metinleri neredeyse kelime kelime aynen tekrarlanmıştır.

Ortaklık Antlaşmasınının 14. maddesinde hizmetin serbest dolaşımını şu şekilde düzenlenmiştir²³:

²² Özellikle *Soysal* kararından sonra bazı kişilerin gazetelerdeki makalelerinde, Katma Protokol m. 41/1 hükmü açısından sadece aktif hizmetin girdiği yönde tamamen yanlış ifadeler yer almıştır. Bunun esas nedeni, Bütümsel bürokrasisinin yönlendirmesidir. Zira AB mevzuatının ikincil düzenlemeleri ve ABAD’ın ilgili kararları bilinse idi, böyle bariz hatalar yapılmazdı. Bu tarz yönlendirmeler ile yapılan yanlışlar yorumlar daha sonra değişik toplantılarda tekrar Türkiye aleyhine kullanılabilir. AB hukuku ve özellikle Ortaklık hukuku alanında yazarken teknik kavramlarda çok titiz davranılması gerektiği düşüncesindeyiz. Karş. *Ülgen, Sinan*: Avrupa’nın Kapılarını Açan Karar, 21.02.2009 tarihli Taraf Gazetesi (www.taraf.com.tr.); *Güven, Erdal*: Kahraman şoförlerin uzun yolu, 21.02.2009 tarihli Radikal Gazetesi (www.radikal.com.tr.). “Vizesiz Avrupa Hayal mi Değil mi?” başlığı altında yapılan röportajlar için bkz. (<http://www.wan-abnews.com/detay.asp?hid=1889>, son yararlanma 26.1.2010).

²³ Katma Protokol m. 64’e göre, bu Protokol, her metin eşit olarak geçerli olmak üzere, Türk,

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

“*Akit Taraflar, hizmet edimi serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşmanın 55, 56 ve 58 ila 65 inci (dahil) maddelerinden esinlenmekte uyumuşlardır.*”

Bu hükümde geçen “...hizmet edimi serbestliği kısıtlamalarını...” ifadesinin Almanca ve Fransızca karşılığı kelime kelime şu şekildedir: Hizmet (*Dienst, service*), edim (*Leistung, prestation*), serbestlik (*Freiheit, Liberté*), kısıtlamalar (*Beschränkungen, restrictions*)²⁴.

23 Kasım 1970’de imzalanan ve 1 Ocak 1973’de yürürlüğe giren Katma Protokol 41. maddesi 1. fıkrasında ise şu şekilde bir ifade yer almaktadır:

“*Akit Taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.*”²⁵

Bu hükümde geçen “...hizmetlerin serbest edimi...” ifadesinin karşılığını birebir tercümesi Almanca ve Fransızca “*freie Leistung von Diensten / libre prestation des services*” olarak ifade edebiliriz. Aslında Almanca teknik kavram “*freier Dienstleistungsverkehr*”dir. Zira bu kavram hem Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması ve bu Anlaşmanın Lizbon Anlaşması ile yeniden adlandırıldığı “*Avrupa Birliği Faaliyet Alanı Hakkında Sözleşme*”nin son metninde de hizmet (*Dienst*) kavramı, dolaşım (*Verkehr*) kavramı ile birlikte kullanılmaktadır. Ancak Fransızca metninde ise dolaşım kavramı karşılığı bir ifade yer almamakta, sadece hizmet (*service*) kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla hükmün Türkçe metninin hazırlanmasında, Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşmasının Fransızca metni dikkate alınarak Türkçe metnin de hazırlanmış olması kuvvetle muhtemeldir²⁶. Netice itibarıyla hem Fransızca hem Almanca

Alman, Fransız, İtalyan, Hollanda dillerinde ikişer nüsha olarak yazılmış olduğu belirtilmiştir.

²⁴ Almanca karşılığı için bkz. **Kıyğı, Osman Nazım**: Wörterbuch des Rechts- und Wirtschaftssprache, Band 2, München 1999; Fransızca için bkz. **Dayınlarlı, Kemal**: Dictionnaire des termes juridiques, 2. édition, Ankara 1997.

²⁵ Katma Protokol’ün Almanca ve Fransızca metni 29.12.1972 tarih ve L 293/1 sayılı AT Resmi Gazetesinde şu şekildedir ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123\(01\):DE:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123(01):DE:NOT), son yararlanma 18.01.2010):

“*Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.*”

“*Les parties contractantes s’abstiennent d’introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d’établissement et à la libre prestation des services.*”

²⁶ Söz konusu ifadenin İngilizce karşılığı ise “...restrictions on freedom to provide services...” şeklindedir. İngilizce metnin esas alınmadığı çok açıktır. Zira İngiltere AB’ne (AET) resmen 1 Ocak 1973’de üye olmuştur. Dolayısıyla daha önce imzalanan Ortaklık Antlaşması ve Katma Protokol metinleri hazırlanırken hiçbir şekilde İngilizce metinler dikkate alınmamıştır. **Gutmann’in** (VBIBW 2009, s. 324) da haklı olarak belirttiği gibi, Katma Protokol m. 64

hem de Türkçe metinde geçen ifadeler, dillerin kendine has ifade tarzlarındaki veya tamlamalardaki farklılıklar dışında, maddi hukuk açısından aynı amaca yöneliktir. Bundan dolayı da, hangi dilde olursa, olsun uygulamaya yol göstermesi açısından kavramları yorumlarken maddî hukuk yönü ile değerlendirme yapıp o sonuca göre karar verilmesi zorunludur²⁷. Bu kavramların yorumunda hem AB hukukundaki birincil ve ikincil düzenlemeler hem de ABAD'ın kararları yol gösterici olacaktır.

a) Aktif Hizmetin Serbest Dolaşımı

Hizmeti sunanlar ve bunların çalışanları (*Dienstleistungserbringer*) uzun yıllardan beri ABAD'ın kararlarına konu olmuş, bu kararlara konu olaylarla somutlaşmış ve zamanla da geliştirilmiştir²⁸. Kararlara konu olan aktif hizmetin serbest dolaşımı kapsamında olan hizmetlerin başlıcaları şunlardır²⁹: Televizyon yayınlarının iletimi, radyo ve televizyon prodüksiyonları, hukuki müşavir olarak çalışma, sigortacılık, kıymetli evrak hizmeti, ticareti ve aracılığı, iş bulma aracılığı, tıbbî tedaviler, hukuki danışmanlık, inşaat işlerinin yerine getirilmesi, turizm rehberliği, şans oyunları, reklâm, özel güvenlik hizmetleri, temizlik hizmetleri, hastane tedavileri, muhasebe alanında malî danışmanlık ve profesyonel sporcular.

b) Pasif Hizmetin Serbest Dolaşımı

Hizmetin serbest dolaşımı kapsamına hizmet alan/edinen/yararlanan kişilerin de (*Dienstleistungsempfänger*), yani pasif hizmet alımının da girdiği ilk kez AB Yönergelerinde düzenlenmiştir³⁰. Buna ilişkin ilk dava 1984 yılında

gereği de m. 41'in yorumunda İngilizce metin bağlayıcı olmayacaktır.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Pınar*, GRUR Int. 2004, s. 104 vd.; *Dienelt, Klaus*: Die Visafreiheit türkischer Touristen und anderer Dienstleistungsempfänger, Inf.AusR 2001, s. 473 vd.; *Dienelt, Klaus*: Auswirkungen der Soysal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf das Visumverfahren türkischer Staatsangehöriger, ZAR 2009, s. 183 vd. (Bu makaleye internet üzerinden de ulaşmak mümkündür. Bkz. www.migrationsrecht.net/beiträge, son yararlanma 10.2.2010); *Gutmann*, VBIBW 2009, s. 323 vd.; *Mielitz, Cornelia*: Die Visumsfreiheit türkischer Touristen, NVwZ 2009, s. 279.

²⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_19_de.htm (son yararlanma 17.12.2009).

²⁹ *Randelzhofer/Forsthoff* (dn. 15), Art. 49/50 EGV, No: 38 vd.

³⁰ 25 Şubat 1964 tarih ve 64/221 sayılı Yabancıların Girişi ve Oturma Müsaadesine İlişkin Yönerge ile 21 Mayıs 1973 tarihli ve 73/148 sayılı Üye Ülkelerin Vatandaşlarının Seyahat ve Oturma Müsaadelerine İlişkin Sınırlamaların Kaldırılması Hakkında Yönerge (bkz. <http://eur-lex.europa.eu>, son yararlanma 18.1.2010).

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

da ABAD'ın verdiği *Luisi ve Carbone* kararıdır³¹. Bu kararında ABAD, hizmetin serbest dolaşımını kapsamında pasif hizmetin serbest dolaşımını da açıkça kabul edilmiştir. 1989 yılında verdiği *Cowan* kararında ABAD, aynı yönde içtihadını pekiştirmiştir³². Böylece bundan sonraki kararlarda ve uygulamada da -tartışmasız bir şekilde- pasif hizmetin serbest dolaşımını kabul edilmiştir³³. ABAD kararlarında açıkça, sadece aktif, yani hizmetin sunan ve bunların çalışanları değil; bilakis hizmetin pasif dolaşımında, yani hizmeti alanın sınıraşması halinde bu kişilerin de hizmetin serbest dolaşımından yararlanabileceğini belirtmiştir. Ayrıca bu kararlarda hizmeti alan kişilerin, bu hizmet edinimi süresi boyunca da oturma müsaadesi hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır. Hizmeti alan kişilere örnek olarak turizm, tedavi, öğrenim veya iş gezileri amacıyla seyahat yapan kişiler sayılabilir³⁴.

e) Uzaktan Hizmet Edimi (Korrespondenzdienstleistung)

Uzaktan hizmet ediminde hizmeti sunan veya alanlar sınır aşmazken; bizatihi hizmetin sınır aşması söz konusudur. Bu tür hizmetlere ABAD'ın verdiği kararlar dikkate alındığında, her türlü posta veya telefon üzerinden yapılan sigorta sözleşmeleri, radyo ve televizyon yayıncılığı, banka, finansal, danışmanlık ve aracılık hizmetleri ile şans oyunları gibi hizmetler örnek olarak sayılabilir³⁵.

IV. Vizesiz Avrupa Yolunda Somut Bir Örnek: Almanya

1. Savaş Kararı Sonrası

ABAD'ın *Savaş* kararının Alman hukukuna etkisi hakkında Alman Federal İçişleri Bakanlığı, 25 Eylül 2001 tarihli bir Genelgeyi bütün eyalet içişleri bakanlıklarına göndermiştir. Zira Almanya, Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden çok sonra, ilk kez 1980 yılında Türkler için vize getirmişti³⁶.

³¹ ABAD'ın 31.1.1984 tarih ve C-286/82 ve 26/83 sayılı kararı için bkz.(<http://eur-lex.europa.eu>). Bu karar öncesi hukuki tartışmalar için bkz. *Völker*, s. 62 vd.

³² ABAD'ın 2.2.1989 tarih ve C-186/87 sayılı kararı için bkz.(<http://eur-lex.europa.eu>).

³³ *Hailbronner*, in: Hailbronner/Wilms: Recht der Europäischen Union, 13. Lfg., Stuttgart 2006, Art. 49, 50, No: 25 vd.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Völker*, 129 vd., 156 vd. ve 204 vd.; *Tiedje/Troberg*, Art. 49, No: 12; *Randelzhofer/Forsthoff* (dn. 15), Art. 49/50 EGV, No: 43; *Roth*, E. I., No: 141; *Hailbronner*, Art. 49,50, No: 26 vd.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Völker*, s. 59 vd.; *Tiedje/Troberg*, Art. 49, No: 13; *Randelzhofer/Forsthoff* (dn. 15), Art. 49/50 EGV, No: 44; *Roth*, E. I., No: 140; *Hailbronner*, Art. 49,50, No: 30 vd.

³⁶ Türk vatandaşlarına ilk kez 1 Temmuz 1980 tarihinde kabul edilmiş olan Yabancılar Kanununun Uygulamasına İlişkin Yönetmeliği Değiştiren 11. Yönetmelikle (BGBl. I S. 782) 5

Dolayısıyla *Savaş* kararının uygulamada ne sonuç doğuracağı Alman hukuku açısından büyük önem taşımaktaydı. Almanya'da Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1973'e kadar yürürlükteki Alman Yabancılar Kanununun Uygulama Yönetmeliği'ne (1969-1972) bakılması gerekiyordu. Bu Yönetmeliğin ilgili maddesine (1/f.2) göre³⁷:

“(2) Bu yönetmeliğin ekinde sayılan devletlerin [Türkiye’de burada sayılmıŒtır] pasaport sahibi vatandaşlarının oturma müsaadesi almalarına gerek yoktur, eğer

1. Yabancılar Kanununun geçerli olduğu bölgede üç aydan fazla ikamet ve bir iş icra etmeyeceklerse,

2. İkamet süresi iki ayı geçmemek kaydı ile Yabancılar Kanununun geçerli olduğu bölge içinde tabiatı gereği geçici bir hizmet için Yabancılar Kanununun geçerli olduğu bölgenin dışında merkezi olan işverenin hizmetinde bir işçi olarak ikamet edeceklerse, ...³⁸

3. İkamet süresi iki ayı geçmemek kaydı ile, yabancı ülkedeki kendi ikametgahlarını muhafaza ederek sanatsal, bilimsel ve sportif nitelik taşıyan sunum veya gösteri amaçlı faaliyetler yapılırsa.”

Ekim 1980 tarihinden itibaren vize alma zorunluluğu getirilmiştir. Bu uygulamayı da 1 Ocak 1958'de yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Üyesi Devletler Arasında Kişilerin Seyahatleri ile İlgili Avrupa Anlaşmasının 7. maddesi uyarınca 5 Ekim 1980 tarihinden itibaren vize uygulamasına başlayacağını bir Nota ile bildirir. Anlaşma metni için bkz. (<http://conventions.coe.int/>, son yararlanma 18.01.2010).

³⁷ Almanca metni:

“§ 1 Befreiung vom Erfordernis der Aufenthaltserlaubnis

...

(2) Staatsangehörige der in der Anlage zu dieser Verordnung aufgeführten Staaten, die Inhaber von Nationalpässen sind, bedürfen keiner Aufenthaltserlaubnis, wenn sie

1. sich nicht länger als drei Monate im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten und keine Erwerbstätigkeit ausüben wollen;

2. sich im Dienst eines nicht im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ansässigen Arbeitgebers zu einer ihrer Natur nach vorübergehenden Dienstleistung als Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt. Die Befreiung gilt nicht für Ausländer, die im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ein Reisegewerbe (§ 55 der Gewerbeordnung) ausüben wollen;

3. unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland im Geltungsbereich des Ausländergesetzes in Vorträgen oder Darbietungen künstlerischen, wissenschaftlichen oder sportlichen Charakters tätig werden wollen, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt;”

³⁸ Bu hükmün ikinci cümlesinde seyyar satıcılığın bu muafiyet kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmiştir. Konunun esası açısından önemli olmadığı için bu kısmı Türkçe tercüme metnine eklemedik.

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

Alman Federal İçişleri Bakanlığı bu Genelgesinde, iki önemli hususa dikkat çekmekteydi. Bunlardan ilki, ilk girişte vize uygulama üye devletlerin hâkimiyet alanında olduğu ve dolayısıyla da bu konuda Katma Protokol m. 41'in uygulama alanı bulamayacağı iddiasıydı. Bu iddia, ABAD'ın *Tüm ve Darı* kararı ile çok açık bir şekilde reddedilmiştir. İkinci husus ise, Schengen vizesi uygulamasının getirmiş olduğu yeknesak vize uygulamasının sınırlandırılmayacağı idi. 19 Şubat 2009 tarihli *Soysal* kararında Schengen vizesi itirazı mevcut haklarda kötüleştirme yasağı olarak değerlendirilmiş; ve dolayısıyla da Katma Protokol m. 41/1'in gereği Türk vatandaşlarına uygulanamayacağı artık tartışmasız bir şekilde ortaya çıkmıştır.

2. Almanya'nın Yeni Yaklaşımı Bir Yanıltma mı?

Alman Dışişleri (28.04.2009) ve İçişleri Bakanlıkları (06.05.2009)³⁹ tarafından çıkarılan genelgelerde⁴⁰ ve Almanya'nın Türkiye Büyükelçiliği tarafından hazırlanan bilgi notunda⁴¹ iki aya kadar süre ile ikametle sınırlı olmak şartıyla aşağıda sayılan kişilerden vize istenmeyeceği ifade edilirken, *Soysal* kararının pasif hizmet edinimi hakkında aşağıdaki şekilde olumsuz görüş bildirilmiştir:

- Türkiye'de yerleşik bir işverene bağlı olarak aktif hizmetin sunulması kapsamında çalışan kişiler şunlardır:
 - Taşımacılık (yük veya insan) sektöründeki şoförler ile deniz ve hava taşıma araçlarının ekiplerinde görevliler,
- ve
- Türkiye'deki yerleşik bu işveren tarafından sağlanmış olan makine veya tesisat (inşaat işleri gibi) için bu işverenin servis hizmetini (montaj, bakım ve tamir) yerine getiren kişiler
- Herhangi bir işverene bağlı olmaksızın aktif hizmet sunulması kapsamındaki kişiler şunlardır:

³⁹ Federal İçişleri Bakanlığının 6.5.2009 tarih ve MI3 – 125 156/148 sayılı federe devletlerin içişlerine gönderilen *Soysal* kararının vize zorunluğuna ekisi hakkındaki değerlendirme yazısını pdf formatında ulaşmak için bkz. <http://www.migrationsrecht.net/>, son yararlanma 10.2.2010).

⁴⁰ **Dienelt, Klaus:** Auswärtige Amt konkretisiert Begünstigte, die aufgrund des Soysal-Urteils visumfrei einreisen dürfen (28.04.2009), (<http://www.migrationsrecht.net/>).

⁴¹ Almanya Büyükelçiliği'nin bilgilendirme notu ve buna ilişkin 21 numaralı ve 05.06.2009 tarihli Basın açıklaması için bkz. http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Archiv/2009__21__pressemitteilung__download.property=Daten.pdf, son yararlanma 18.01.2010).

- bilim insanları
- sanatçılar,
- ve
- sporcular.
- Pasif hizmetin serbest dolaşımı kapsamında hizmet almak amacıyla Almanya'ya (meselâ turistler) gelecek Türk vatandaşlarının vizesiz giriş hakkı bulunmamaktadır.

a) Aktif Hizmet Sunumunda Bir İşverene Bağlı Olanlar ve İşadamları Açısından Değerlendirme

Almanya tarafından yapılan yukarıdaki açıklama, esas itibariyle 1976 yılında yürürlükte olan Çalışma İzni Yönetmeliğinin 9. maddesindeki düzenlemeye dayanmaktadır⁴². Üstelik bu Yönetmelikle sayılanların tamamı yukarıda yer almamıştır. Meselâ, bir Türk yayın kuruluşu adına çalışan gazeteci, muhabir ve raportörler de Almanya için ne vizeye ne çalışma müsaadesine ihtiyaçları vardır (Yönetmelik m. 9/b.9)⁴³. Bunların dışında 16 Ocak 1972 tarihli İşletme Yönetim Kanunu m. 5/2'ye göre⁴⁴, tüzel kişiliğe sahip işletmelerde tüzel kişiyi yasal olarak temsile görevli organının üyeleri çalışma izninden muaftır. Ayrıca bu alanda 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren yeni bir Yönetmelik⁴⁵ yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Yönetmelikte İş Kurumundan çalışma izni alınmasından muaf olanlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi de dikkate alınarak ayrıntılı bir karşılaştırmalı çalışma kapsamında söz konusu Yönetmeliklerdeki hükümleri değerlendirmek gerekmektedir. Bu da başlı başına başka bir çalışmanın konusunu teşkil eder. Burada bu konuyu ana hatları ile değerlendireceğiz. Bunun yanında Almanya ile Türkiye arasındaki bir Anlaşmaya da değinmek gereklidir. Almanya ile Türkiye arasında 18 Kasım 1991 tarihinde imzalanan ve

⁴² İlgili hükmün tam metni için bkz. *Gümrükçü*, s. 314 vd.; *Gutmann, Rolf*: Standstill als neue Form der Bewegung in der Assoziation EWG-Türkei, ZAR 2008, dn. 21.

⁴³ Yerli iş piyasalarını korumak amacıyla Almanya'da bazı iktisadî sektörlerde ki, bunlar inşaat, temizlik, ulaşım, içmimarlık gibi, 1.5.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren hükümler bulunmaktadır. Bu konuda, özellikle AB'nin Doğu Avrupa'ya yönelik genişlemesinden dolayı ortaya çıkan sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Maiß, Sebastian*: Einsatz osteuropäischer Subunternehmer nach der EU-Osterweiterung, WiRO 2005, s. 353 vd.; *Temming, Felibe*: EU-Osterweiterung: Wie beschränkt ist die Dienstleistungsfreiheit?, RdA 2005, s. 186 vd.

⁴⁴ Hüküm için bkz. *Gümrükçü*, s. 315 vd.

⁴⁵ Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung – BeschV) (www.juris.de, son yararlanma 9.2.2010)

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

imza tarihinde yürürlüğe giren “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümeti arasında Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akdi Çerçevesinde İstihdamına İlişkin Anlaşma*”⁴⁶ (kısaca: İstisna Akdi Anlaşması) bulunmaktadır. Bu Anlaşmanın m. 1/1 hükmü şu şekildedir:

“Bir Türk işvereni ile Almanya Federal Cumhuriyeti’nde mukim bir firma arasında istisna akdine dayanarak Almanya Federal Cumhuriyeti’ne geçici bir iş için gönderilen Türk işçilerine (istisna akdi-işçisi) işgücü piyasasının durumu ve gelişmeleri dikkate alınmaksızın çalışma izni verilir.”

Aynı Anlaşmanın 2. maddesinde ise işçi sayısında bir sınırlama getirilmiştir. Bu maddede istisna akdi kapsamında Almanya’da çalışacak işçi sayısı, yıllık ortalama 7 bin olarak tespit edilmiştir. Ancak bu sayı, Alman işgücü piyasasındaki iyileşme veya kötüleşmeye göre artırılabilir veya azaltılabilir (m.4). Çalışma izni, istisna akdi faaliyetlerinin muhtemel devamı süresi için verileceği; ama azamî süresinin kural olarak 2 yıl ve -şartların varlığı halinde- ise uzatmalarla 3 yıla kadar olabileceği belirtilmiştir (m. 6). Bu Anlaşmadaki şartları taşıyan Türk işverenin müracaatı üzerine işçilere 3 aylık vize verileceği ifade edilmiştir (m. 8)⁴⁷. Bu hüküm emredici niteliktedir. Zira Türk işverenin -şartları taşıması halinde- yaptığı başvuru konusunda Alman yetkili dış temsilciliğinin takdir hakkı yoktur. Yani yapılması gereken sadece şartların eksiksiz yerine getirilip getirilmediğinin tespitidir. Bununla birlikte şu sorunun cevaplandırılması gerekiyor: ABAD’ın kararlarıyla artık tartışmasız

⁴⁶ Resmi Gazete 20.12.1991 tarih ve 21087 sayı. Bu konuda ayrıca bir Tebliğ de yayımlanmıştır. Bkz. Resmi Gazete 24.4.2004 tarih ve 25442 sayı. Söz konusu metinlere internet üzerinden ulaşmak için bkz. (www.diyih.gov.tr, son yararlanma 23.2.2010).

Alman Federal İş Kurumu (*Bundesagentur für Arbeit*) tarafından istisna sözleşmelerinin uygulanmasına yönelik olarak 16a sayılı ayrıntılı bir Kılavuz hazırlanmıştır. Bu Kılavuzda Almanya’nın AB üyesi olan Bulgaristan, Letonya, Polonya, Romanya, Slovakya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti ve Macaristan ile; AB dışındaki ülkelerden Bosna ve Hersek, Hırvatistan, Makedonya, Sırbistan ve Türkiye ile anlaşma imzaladığı belirtilmiştir.

Bu Anlaşmada kullanılan istisna akdinin ise, borçlar hukukundaki (Alman Medeni Kanunu §631 vd.) istisna akdi şartlarına uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Özellikle istisna akdi inşaat, madencilik sektörü gibi sektörlerde söz konusu olmaktadır. Kılavuz metni için bkz. Merkblatt 16a: Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland (www.bundesagentur.de, son yararlanma 20.2.2010).

⁴⁷ Madde 8:

“(1) Almanya Federal Cumhuriyeti’nin yetkili dış temsilciliği, Türk işverenin müracaatı üzerine 3 aylık vize verilir. Vize verilir verilmez işçiler ülkeye giriş yapabilirler.

İşçiler, vize geçerlilik süresi sona ermeden, zamanında ikamet mahalleri için yetkili yabancılar dairesinden gerekli sınırlı oturma izni talep etmelidirler. .

(2) Almanya Federal Cumhuriyeti’ne girişten sonra, yetkili kılınacak olan Çalışma Dairesine Çalışma İzni için derhal müracaat edilmelidir.”

olan mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi gereğince ve AB ile Türkiye arasındaki Anlaşma, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Kararları hükümleri dikkate alındığında Almanya ve Türkiye arasındaki böyle bir Anlaşmanın hükümleri nasıl yorumlanacaktır. Zira işçi sayısındaki kota ve vize konusu, mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesini ihlâl etmektedir⁴⁸.

Öncelikle şu hususlar belirtilmelidir ki, Almanya'nın işçiler için çalışma izni araması vizesiz Almanya'ya girişten ayrı bir süreçtir⁴⁹. Burada, yukarıdaki açıklamalar da dikkate alınarak, aktif hizmetin sunumunun kapsamına giren kişiler açısından ikili bir ayırım yapılmalıdır:

(1) Türkiye'de yerleşik olan işveren adına görüşmeler veya sözleşmeler yapmak için giden temsilciler, Almanya'daki ikametleri üç ayı aşmamak şartıyla vize ve oturma müsaadesi alma zorunluluğu bulunmadığı gibi [Yönetmelik (1969-1972) §1/f.2/b.1] çalışma iznine de ihtiyaçları yoktur (BeschV §6).

(2) İşçiler açısından ise yine üçlü bir ayırım yapılması gerekmektedir:

a. Vize ve oturma müsaadesi açısından:

Kural olarak, Türkiye'de yerleşik bir işverenin hizmetindeki Türk vatan-dışı işçilerin Almanya'da ikamet süresi iki ayı geçmemek kaydı ile önceden vize ve oturma müsaadesi alma zorunluluğu yoktur [Yönetmelik (1969-1972) §1/f.2/b.2].

b. Çalışma müsaadesi açısından:

i. 1976 yılında yürürlükte olan ve yenilenen hükümler de dikkate alınarak Çalışma İzni Yönetmeliğinin öngördüğü muafiyet kapsamına giren işçilerin de çalışma izni alma ihtiyacı yoktur.

ii. Ancak çalışma izni muafiyet kapsamına girilmediği takdirde çalışma izni alınmalı zorunluluğu ortaya çıkabilir. Bu durumda ABAD kararları, mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ve ayırımcılık yasağı dikkate alınarak sonuca varılmalıdır.

c. Türkiye ile Almanya arasındaki İstisna Akdi Anlaşması kapsamında ise farklı sonuçlar ortaya çıkabilir:

⁴⁸ Anlaşmanın m. 11/3'e göre, tarafların bu Anlaşmayı, her yılın 30 Haziran tarihine kadar, 30 Aralık tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere yazılı ihbar kaydıyla fesih imkânı bulunmaktadır.

⁴⁹ Meselâ Almanya ile Türkiye arasındaki İstisna Akdi Anlaşmasının 8. maddesine göre de bu Anlaşma kapsamında giden işçilerin Almanya'ya girişten sonra yetkili Çalışma Dairesine çalışma izni için derhal müracaat etmeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

- i. Öncelikle ortaklık hukuku hükümleri ve ABAD kararları ile bu ikili Anlaşmanın hükümleri arasındaki hukuki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır. Uluslararası hukuk açısından bu Anlaşma hükümlerinin uygulanması ayrı bir tartışma konusu olabilir. Ancak asıl konumuz Katma Protokol m. 41 hükmü gereğince hizmetin serbest dolaşımında mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi dikkate alınır, bu Anlaşma ile getirilen kota ve vize bağlayıcı olabilecek midir?
- ii. Burada ayrıca, bu Anlaşma hükümleri Türkiye ile Almanya arasında ve aktif hizmetin serbest dolaşımında hizmet sektörü açısından sadece istisna akdi kapsamına giren işler ile sınırlı olarak uygulanabileceğini vurgulamak gerekir.
- iii. Getirilen kota ve vize ise, Almanya tarafından tek taraflı getirilmiş olsa idi, mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesini açıkça ihlâl ettiğinden dolayı uygulama şansı bulamayacağı tartışmasızdır. Ancak bu cevap, bu Anlaşmanın diğer tarafı olan Türkiye'nin de buna razı olduğu dikkate alınır, çok net olmayabilir. Hatta bu sınırlamanın geçerli olduğu dahi düşünülebilir. Ancak bu durumda bile, Anlaşmanın amacının -geçici de olsa- esas itibarıyla 2 aylık değil daha uzun süreli işlerde çalışacak olan kişiler için azamî 2 yıl, hatta 3 yıla kadar süre ile çalıştırılmasıdır. Bu sürelerden dolayı, yukarıdaki 2 aylık süre aşıldığı takdirde zaten vize ve oturma müsaadesi ile çalışma izni zorunluluğu doğacaktır. Ancak bu süre aşılmazsa, yani iki aylık bir süre için işçiler götürülürse ve bu durumda bile Anlaşma hükümlerinin geçerliliği kabul edilirse ortaya çıkacak durumun başka bir yönü ile tartışma konusu olacaktır. Böyle bir durumda Katma Protokol'ün m. 41/1'de getirilen mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesinin, Türkiye ile üye ülkelerden biri ile yapılabilecek ikili bir anlaşma ile sınırlandırılması söz konusu olacaktır ki, bunun da hukuken mümkün olup olmayacağını tartışılmalıdır.
- iv. O halde Türkiye-AB ortaklık hukukuna giren bir hakkın Türkiye-AB yerine bir üye ile ikili anlaşma yaparak sınırlamak mümkün müdür? Zira getirilecek herhangi bir sınırlama, mevcut haklarda kötüleştirmeye yol açacaktır. Böyle bir sınırlama ikili anlaşmayla olsa bile, ulusüstü özellik taşıyan AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olan Türkiye-AB Ortaklık hukuku kapsamında birincil hukuka ait olan Katma Protokol hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Bu konuda ABAD, çok yeni bir kararında, Almanya ile Polonya arasındaki İşçilerinin İstisna Akdi Çer-

çevesinde İstihdamına İlişkin Anlaşmaya ilişkin olarak mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ve ayrımcılık yasağını ilkesine vurgu yapmıştır. Bu davada ABAD, mevcut haklarda kötüleştirme yasağının geçerli olduğu tarihten sonra getirilen her türlü sınırlamaların bu yasağı ihlâl edeceğine karar vermiştir. Aksi düşüncenin, mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesinin (Stillhalteklause) pratik etkisini ortadan kaldırmış olacağına açık olduğu ABAD tarafından özellikle vurgulanmıştır⁵⁰. Türk vatandaşlarının haklarına ilişkin iki yeni kararda da ABAD, Katma Protokol m. 41/1 hükmünde dikkate alınan mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesinin 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 13. maddesi açısından da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Hukuki açıdan hem hizmetin serbest dolaşımı, hem yerleşim serbestisi hem de işçilerin hakları konusunda mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesinin aynı şekilde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca burada hizmetin serbest dolaşımı kapsamında ayrımcılık yasağına da ayrıca atıf yapmıştır⁵¹. Özellikle son kararda ABAD, açıkça Ortaklık Anlaşması m. 9'daki ayrımcılık yasağını, hizmetin serbest dolaşımı açısından da dikkate almıştır. Yani hizmetin serbest dolaşımına ilişkin getirilen yeni bir düzenleme, örneğin yetkili makamların izin için diğer AB vatandaşlarına nazaran daha yüksek ücret talep etmeleri gibi, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edecektir⁵². Yukarıdaki kararları değerlendirildiğinde Türkiye ile Almanya arasındaki İstisna Akdi Anlaşması hükümleri Türk vatandaşlarının haklarında kötüleştirme değil iyileştirme sağladığı sürece uygulama alanı bulabilecektir. Bunun sonucu olarak ilk iki aylık sürede hizmetin serbest dolaşımı kapsamında vizesiz giriş hakkı konusunda yeni bir sınırlama getirilemeyecektir. Bu Anlaşma hükümlerini daha uzun süreli ve vize gerektiren hâller için ve sadece kolaylaştırıcı yönü ile dikkate alınarak uygulamak mümkün olabilecektir.

Hizmetin serbest dolaşımı kapsamı dışında Almanya'ya çalışmak için giden Türk vatandaşlarının vize alması zorunludur. Zira ilgili Yönetmeliğin 1982 değişikliğinden önceki 5. paragrafın 1. fıkrasının 1. bendine göre, Yabancılar Kanununun geçerli olduğu alanda kazanç getiren bir işin (*Erwerbstätigkeit*)

⁵⁰ *Commission v Germany* (21.1.2010 tarih ve C-546/07 sayı), özellikle bkz. 40, 54, 55, 58, 65 ve 66 nolu paragraflar (<http://curia.europa.eu>).

⁵¹ *Şahin* (17.9.2009 tarih ve C-242/06 sayı), No: 51 ve 64 ve *Komisyon/Hollanda* (29.4.2010 tarih ve C-92/07), No: 45 ve 47 (<http://curia.europa.eu>).

⁵² *Komisyon/Hollanda* (29.4.2010 tarih ve C-92/07), No: 75 (<http://curia.europa.eu>).

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

icrası amacıyla gelen yabancılar, vize almak zorundadır⁵³.

Hükümde geçen “kazanç getiren bir iş” (*Erwerbstätigkeit*) ise kazanç elde etmek amacıyla veya bir ücret kararlaştırılmış veya durumdan bunun ortaya çıktığı bir serbest veya bağımlı çalışma olarak tanımlanmıştır. Ancak Almanya’da yerleşik işletmecilere, malları satmak veya hizmeti sunmak için görüşmelerde bulunmak veya pazarlık yapmak için gidecek olan Türk işadamlarının faaliyetleri bu anlamda, yani “kazanç getiren bir iş (*Erwerbstätigkeit*)” değildir⁵⁴. Dolayısıyla hizmetin serbest dolaşımı kapsamındaki kişilerin yapacağı mal satışlarına veya hizmet sunumlarına ilişkin olarak yaptıkları sözleşmeden dolayı kazanç elde edebileceklerdir. Ama bu kişiler, yani iş görüşmelerini yürüten işadamları veya onların temsilcileri *Erwerbstätigkeit* anlamında bir çalışma faaliyeti içinde bulunmadıkları için Yönetmeliğin 5. paragrafı kapsamına girmeyeceklerdir. O halde serbest meslek sahibi Türk vatandaşı -aşağıdaki istisnalar hariç- veya Almanya’da yerleşik bir işverene bağlı olarak çalışmak için Almanya’ya gidecek kişiler vize almak ve çalışma izni almak zorundadırlar.

b) Aktif Hizmet Sunumunda Bir İşverene Bağlı Olmayanlar Açısından Değerlendirme

Yönetmelikteki hükümde, ikamet süresi iki ayı geçmemek kaydı ile, sanatsal, bilimsel ve sportif nitelik taşıyan sunum veya gösteri amaçlı faaliyetler için vize aranmayacağı düzenlenmişken (§1/f.2/b.3); Alman Büyükelçiliğinin hazırladığı bilgilendirme notunda⁵⁵ bir işverene bağlı olmaksızın aktif hizmet sunulması kapsamındaki bu kişilerde özel bazı nitelikler aranmaktadır. Bu açıklamaya göre:

- Sanatçılar ve sanatçı gruplarının, uluslararası tanınmış ve kabul görmüş sanatçılar ve sanatçı gruplarından olmaları ve ortaya koyacakları gös-

⁵³ Almanca metni:

“§ 5 Aufenthaltserlaubnis als Sichtvermerk

(1) Die Aufenthaltserlaubnis ist vor der Einreise in der Form des Sichtvermerks einzuholen von 1. Ausländern, die im Geltungsbereich des Ausländergesetzes eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen;”

⁵⁴ *Erwerbstätigkeit* kavramını tanımlayan İdarî Talimatname/Tebliğî (Verwaltungsvorschrift) metni için bkz. **Gutmann**, VBIBW 2009, s. 323; **Gutmann**, InfAusLR 2010, s. 46 vd.; **Dielt**, ZAR 2009, s. 186;

⁵⁵ Almanya Büyükelçiliği’nin bilgilendirme notu ve buna ilişkin 21 numaralı ve 05.06.2009 tarihli Basın açıklaması için bkz. http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Archiv/2009_21__pressemitteilung__download.property=Daten.pdf , son yararlanma 18.01.2010).

terilerin de uluslararası karşılaştırmada diğer gösterilerden çok farklı olmaları gerekmektedir.

- Sunum ve gösterileri olan bilim insanlarının bu sunum ve gösterilerinin özel bilimsel bir değeri olmalıdır.
- Sportif nitelik taşıyan sunumlarda ise sporcuların, sadece geçimini ağırlıklı olarak bu meslekten sağlayan meslekî sporcular, yani profesyonel sporcu olması gereklidir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, Almanya Büyükelçiliği tarafından istenilen ve vizesiz girişi neredeyse imkânsız kılacak bu ayrıntıların hukuki bir mesnedi bulunmamaktadır. Zira ilgili Yönetmelik, sanatsal, bilimsel ve sportif nitelik taşıyan sunum veya gösteri amaçlı faaliyetlerin iki ay süreyle sınırlı olarak vizesiz girişi mümkün kılmaktaydı. Burada elbette herkes değil, sanatçıların, bilim insanlarının ve sporcuların yararlanması söz konusudur. Ancak bu kişilerde, özellikle sanatçılar ve bilim insanlarında çok özel nitelikler aranması hukuki değil tamamen keyfi bir uygulamadır. Zira istenilen niteliklerin objektif esaslara göre tespiti imkânsızdır. Meselâ birçok Türk sanatçısı ve gruplar, Almanya'ya sadece orada yaşayan Türklere konser veya gösteri için gitmektedir. Uluslararası düzeyde tanınmışlık arandığında bunu nasıl tayin edeceğiz? Hangi kriterler belirleyici olacak? Dil ve eğlence kültürünün farklılığı ne ölçüde dikkate alınacak? Acaba bilimsel alanda Almanya'ya bir toplantıda konferans vermek için davetiye alan akademisyenlerin, kitaplarının imza ve tanıtım günlerinde sunum yapan yazarlar, eleştirmenler vs. gibi insanların ortaya koyacağı hizmetin değerinin “özel bilimsel bir değeri” olduğuna hangi Alman makamı ve neye göre tayin edecek? Velhasıl bütün bu şartlar, vizesiz girişler açısından uygulanmada kötüye kullanmaya ve subjektif karar vermeye yol açacaktır.

3. Alman Yargısının *Soysal* Kararı Sonrası Yaklaşımı

Soysal kararı Almanya'da görülmekte olan davalarda yeni tartışmaları ve beraberinde yeni değerlendirmeleri getirmiştir. Özellikle pasif hizmetin serbest dolaşımı konusunda bu davalar Alman bürokrasisine yol gösterici olacağı da açıktır. *Soysal* kararının sonuçlarını Alman hukuku açısından değerlendiren uzman hukukçu olan başkomiserler *Volker Westphal* ve *Edgar Stoppa* tarafından hazırlanmış rapor, Almanya'da büyük yankı uyandırmıştır⁵⁶. Hatta bu

⁵⁶ Rapor için bkz. *Westphal, Volker/Stoppa, Edgar*: EuGH: Türken dürfen visumfrei nach Deutschland einreisen, REPORT Ausländer- und Europarecht Nr. 19, Februar 2009, (www.

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

rapor Federal İçişleri Bakanlığı tarafından sansürlenerek bir ara internetten ulaşım imkânı kaldırılmış, ama gelen tepkiler üzerine Bakanlık geri adım atmak zorunda kalmıştır⁵⁷. Bazı davalarda, *Soysal* kararı sonuçları açısından da, her ne kadar dava konusunun hizmetin serbest dolaşımına girmediğinden sonuç farklı olsa da, hizmetin serbest dolaşımının kapsamında hem aktif hem pasif hizmetin serbest dolaşımından Türk vatandaşlarının vizesiz olarak yararlanabilecekleri ifade edilmiştir⁵⁸.

Aktif hizmetin serbest dolaşımı konusunda ve kapsamının belirlenmesinde herhangi bir tartışma bulunmamakla⁵⁹ birlikte doğrudan pasif hizmetin serbest dolaşımına ilişkin davalar ve bunlara ilişkin kararlar bu konudaki tartışmalara ışık tutacak niteliktedir⁶⁰.

a) Berlin'deki İdarî Yargıdaki Dava

ABAD'ın 19 Şubat 2009 tarihli *Soysal* kararından çok kısa bir süre sonra Berlin İdare Mahkemesi 25 Şubat 2009 tarihli ilginç bir karar vermiştir⁶¹. Davacı bir Türk vatandaşdır. Bu kişi dört çocuğunu görmek ve Berlin'de hizmet edinmek amacıyla Federal Almanya'ya gelmiştir. Hizmet edinimi kapsamında hayvanat bahçesi ziyareti, geziler, bir araç kiralama, tren seyahati gibi hizmet-

westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 25.01.2010)

⁵⁷ Bkz. 09.03.2009 tarihli *Süddeutsche Zeitung* "Bundespolizei sperrt Webseite" (<http://bpol-forum.de/forum/print.php?threadid=482&page=1&sid=f0dd90f8c968d8cc69f809d4ae85320e>, son yararlanma 25.01.2010) ve (www.migazin.de/2009/11/04/visumfreie-einreise-turkischer-touristen-hat-hinreichende-aussicht-auf-erfolg/, son yararlanma 25.01.2010).

⁵⁸ Berlin İdare Mahkemesinin 2 L 50.09 sayılı ve 22.04.2009 tarihli kararı; Frankfurt İdare Mahkemesinin 7 K 3732/08 sayılı ve 22.05.2009 tarihli kararı; Berlin İdare Mahkemesinin 30 V 23.08 sayılı ve 26.06.2009 tarihli kararı için bkz. (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 25.01.2010)

⁵⁹ Uzun yıllardır yazdıklarında AB-Türkiye Ortaklık hukukundaki düzenlemelere ilişkin olarak olumsuz görüşün hâkim olmasına gayret eden ünlü bir akademisyen *Hailbronner'in* görüşleri 1987 yılından beri verilen ABAD kararlarının hiçbirinde benimsenmemiştir. Günümüzde ise *Hailbronner* dâhi bazı hakların varlığını kabul etmek zorunda kalmıştır. Son makalesinde *Hailbronner*, aktif hizmetin serbest dolaşımını kabul ederken pasif hizmetin gündeme gelmesi için yönlendirme amaçlı olarak bazı görüşler ileri sürmektedir. Daha öncekiler gibi bu görüşlerinin de benimsenmeyeceğini de düşünmüş olmalı ki, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin, Avrupa Birliği ile Rusya ve Karadağ arasındaki gibi bir vize kolaylığı anlaşmasını dikkate alarak Türk vatandaşlarına da benzer vize kolaylığı sağlayacak bir anlaşmanın yapılmasını önermektedir. Bkz. *Hailbronner, Kay: Visafreiheit für türkische Staatsangehörige? Zum Soysal-Urteil des EuGH, NVwZ 2009, s. 760 vd.*

⁶⁰ Türkler için de pasif hizmetin söz konusu olduğuna ilişkin Alman öğretisindeki yayınların ve ilgili kararların listesi için bkz. *Dienelt, ZAR 2009, s. 184, dn. 12 ve 13.*

⁶¹ Berlin İdare Mahkemesinin 19 V 61.08 sayılı ve 25.02.2009 tarihli karar için bkz. (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 25.01.2010).

ler sayılmıştır. Davacı, pasif hizmetin serbest dolaşımı kapsamında olduğunu ve Ortaklık hukuku hükümlerine göre Almanya’da kalışı için de vizeye ihtiyacı olmadığı iddiasında bulunmuştur.

Yerel Mahkeme, hizmetin sunanların yanında pasif hizmetin serbest dolaşımı, bir diğer ifade ile bir üye ülkede hizmet alma yönündeki talebin Katma Protokol m. 41/1 hükmü kapsamında olduğunu belirtmiştir. Zira ABAD’ın verdiği kararlarda da turizm amaçlı kalışların pasif hizmetin serbest dolaşımına dâhil olduğunu Mahkeme ayrıca vurgulamıştır. Bunların yanında Katma Protokol m. 41/1 hükmünde geçen “hizmetin serbest dolaşımı” kavramının ATA (Avrupa Topluluğu Anlaşması) hükümlerindeki gibi yorumlanması gerektiği tespitini yaptıktan sonra Mahkeme, Topluluk hukuku açısından da hizmetin serbest dolaşımını unsurlarını kısaca değinmiştir. “Bir iktisadî işi gerçekleştirmeyi garanti eden hizmetin serbest dolaşımı” kavramı kapsamında hizmet edinen kişilerin de gireceğini vurgulayan Mahkeme, akraba veya arkadaşlar ziyaretinde ise bunun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme, burada ziyaretin esas unsur olduğunu, bu amaca yönelik olarak hizmet edinimleri gerçekleştiğini ve böyle bir durumun da Katma Protokol m. 41/1’in kapsamına girmediğine karar vermiştir. Bu kararıyla Mahkeme, akraba veya arkadaş ziyaretinin söz konusu olduğu bir durumda bunun hizmetin serbest dolaşımı kapsamına girmeyeceğini belirtmiş⁶² ve böylece hizmetin serbest dolaşımının kapsamını da mümkün olduğunca daraltmaya çalışmıştır. Bu karar dikkate alındığında hizmet edinen bir Türk vatandaşı Almanya’da yaşayan bir akraba veya arkadaşının yanında olmaması gerekir. Aksi takdirde niyet okuyan Mahkeme, amacın akraba veya arkadaş ziyareti olduğuna karar verebilir. Bu kararın kesinleşebileceği bir durumda, artık havaalanlarında ve sınır kapılarında Almanya’ya girecek Türk vatandaşlarının niyetlerini okuyan bir alete ihtiyaç duyulacaktır. Zira Türklerin yoğun olarak yaşadığı ülke olan Almanya’da akrabası olmayan ya da bir arkadaşı olmayan bir Türk vatandaşı bulmak neredeyse imkânsızdır. Zaman olarak sınırlı bir şekilde, ücreti karşılığında sunulan bir hizmeti edinen bir Türk vatandaşı tek başına hizmetin serbest dolaşımından yararlanabileceken; aynı şartlarda başka bir Türk vatandaşı orada yaşayan çocuğunu veya arkadaşını yanına aldığı anda ise, bu hakkın kapsamı dışında tutulmaya çalışılmasının hukuki mesnedi bulunmamaktadır.

⁶² Kararın eleştirisi için bkz. *Dienelt*, ZAR 2009, s. 185; *Zeran, Ünal*: Anmerkung zu VG Berlin zum Problem der visafreien Einreise türkischer Staatsangehöriger, (26.03.2009) (<http://www.migrationsrecht.net>, son yararlanma 25.01.2010)

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

Berlin İdare Mahkemesinin bu kararına karşı istinaf yoluna gidilmiş ve bu kararı inceleyen Berlin Yüksek İdare (İstinaf) Mahkemesi, kararın sonucuna işaret edebilecek 6 Ekim 2009 tarihli bir ara karar vermiştir. Davacı tarafın hukuki yardım talebini Mahkeme, davanın kazanılmasında yeter derecede umut olduğu gerekçesiyle kabul etmiştir. Böylece Mahkeme, bundan sonraki süreçte muhtemelen ilk derece mahkeme olan Berlin İdare Mahkemesinin kararının iptal edileceği yönünde kuvvetle muhtemel bir sonuca işaret etmiştir⁶³.

b) Erding Sulh Mahkemesinin Kararı

Schengen vizesini her 6 ay için en fazla 45 süre ile Schengen vizesine dâhil ülkelerde kalabilmek için alan bir Türk işadamı, bu süre bittiği halde 12 gün daha Almanya'da kalmıştır. Bu Türk vatandaşı işadamına karşı Alman Savcılığı tarafından cezalandırılması istemiyle açılan 11 Kasım 2008 tarihli davaya bakan Erding Sulh Mahkemesi hâkimi, bu talebi reddetmiştir⁶⁴.

25 Mayıs 2009 tarihli bu kararda öncelikle bu Türk vatandaşının Schengen vizesi süresini bittikten sonra Almanya'da 12.08.2008 ve 24.08.2008 tarihleri arasında kaldığı süre içinde ücret karşılığı otelde kaldığını, kamu ulaşım araçlarını kullandığını ve keza turistik olarak seyahat ettiğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre, suçlanan kişinin kaldığı bu süre içinde pasif hizmet edinen bir kişi olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Somut olayı değerlendiren Mahkeme, hukuki durumun açıklığa kavuşturulmasına ilişkin olarak, 1 Ocak 1973'deki mevcut hukuki durumda Türk vatandaşları 3 ay; veya bir iş seyahati kapsamında ise, yani aktif hizmetin sunumunda, 2 ay süre ile ikamet edebilecek şekilde vizesiz olarak Almanya'ya girebileceklerini vurgulamıştır.

Katma Protokol m. 41/1'e atıf yapan Mahkeme, isabetli bir şekilde, hizmeti edinen bir kişi olarak somut davada suçlanan işadammının Türk vatandaşı olduğunu ve olaydaki hukuki meselenin çözülmesinin Katma Protokol'den önceki ve sonraki hukuki durumun tespitine bağlı olduğunu belirtmiştir. İlk kez 1980'de vize zorunluluğu getirildiğine göre Türk vatandaşlarının haklarını sınırlandırılmış olup önceki haklara nazaran bir kötüleştirme söz konusu olduğu tespit edilmiş ve ABAD'ın *Soysal* kararında da aynı yönde karar verdi-

⁶³ Bkz. (www.migazin.de/2009/11/04/visumfreie-einreise-turkischer-touristen-hat-hinreichende-aussicht-auf-erfolg/, son yararlanma 18.01.2010).

⁶⁴ Erding Sulh Mahkemesinin 5 Cs 35 Js 28732/08 sayılı ve 25.05.2009 tarihli karar için bkz. (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 25.01.2010). Kararı isabetli bir karar olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. *Dienelt, Klaus*: Visumfreiheit führt zu Freispruch für türkischen Staatsangehörigen, (www.migrationsrecht.net son yararlanma 09.06.2009).

ği Mahkemece vurgulanmıştır. Ne ABAD kararında ne de Katma Protokol'de aktif veya pasif hizmetin serbest dolaşımına ilişkin bir ayrımın yapılmadığını vurgulayan Mahkemenin kendisi de, Türk vatandaşları açısından bir ayrımın yapılmasını doğru bulmamıştır. Bunun sonucu olarak da Türk vatandaşları Almanya'ya hizmetin serbest dolaşımı kapsamında (ister aktif ister pasif hizmetin serbest dolaşımı olsun) vizesiz girebileceklerdir. Dolayısıyla, Schengen vizesinden daha uzun bir süre kaldığı için hakkında dava açılan Türk vatandaşının hukuka aykırı bir şekilde kalmasının söz konusu olmadığı ve dolayısıyla suç da teşkil eden bir fiilin ortaya çıkmadığına Mahkeme tarafından hükmedilmiştir.

c) Cham Sulh Mahkemesinin Görüşü

Bir Türk vatandaşının araba almak amacıyla Çek Cumhuriyetinden vize almaksızın Almanya'ya geçmesi üzerine sınır polisi tarafından gözaltına alınmıştır. Bu Türk vatandaşının tutuklama emri şartlarını taşıyıp taşımadığının mahkemeden sorulması üzerine Cham Sulh Mahkemesi hâkimi, 29 Temmuz 2009 tarihli görüşünde olumsuz görüş bildirmiştir. Bunun gerekçesini ABAD'ın *Soysal* kararına dayandırarak öncelikle genel bir gerekçeyi vurguladıktan sonra bunu olaya uygulamıştır. Mahkemenin görüşü şu şekildedir⁶⁵:

- **Gerekece:** İlgili kişi, yani tutuklanması istenen kişi, bir Türk vatandaşı ve pasif hizmet edinen biri olarak *Stand Stil-Klausel'e* (mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi) göre vize serbestisine (vizesiz giriş) dayanabilir.
- **Somut olaya uygulama:** İlgili kişinin ülkeye girişinden sonra verdiği ve aksinin de ispat edilemediği beyana göre, bu kişi bir araç satın almak için girmiştir. Bu durumda Mahkemenin de görüşüne göre vize serbestisi (vizesiz giriş) söz konusudur ve dolayısıyla ülkede bulunmada (Almanya'da) hukuka aykırılık yoktur.

V. Hangi AB Ülkelerine Vizesiz Giriş Mümkün?

ABAD'ın verdiği kararlar dikkate alındığında, Türk vatandaşlarından hizmetin serbest dolaşımı kapsamında hangi ülkelerin vizesiz girişi sağlamak zorunda olduklarının tek tek tespit edilmesi gerekmektedir. Burada atılması

⁶⁵ Cham Sulh Mahkemesinin 8XIV0013/09 sayılı ve 29.07.2009 tarihli görüş için bkz. (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 25.01.2010). Buna ilişkin haber için ayrıca bkz. 12.08.2009 tarihli Hurriyet gazetesini (www.hurriyet.com.tr).

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

gereken ilk adım, bu ülkelerin üyelik tarihleri ve Türk vatandaşlarına zorunlu kıldıkları vize tarihlerinin tespitidir. Vize zorunluluğunun tespiti yapılırken ise ikili bir ayırım yapılarak bir cevap aranması gereklidir. Yani aktif hizmet sunumu ve pasif hizmet edinimi açısından vizelerin getiriliş tarihi ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir. Bu açıklama çerçevesinde öncelikle vurgulamak gerekir ki, vurgulanması gereken tarih, Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1973'dür. Bu tarih dikkate alınarak hangi ülkenin ne zaman AB'ye (o zaman ki adı ile AET) üye olduğunun tespit edilmesi gerekir. Zira, eğer üyelik 1973'den önce ise, esas alınacak tarihi 1 Ocak 1973; eğer üyelik bu tarihten sonra ise, esas alınacak tarih üyelik tarihidir.

AB'ne (AET) Üyelik Tarihi	Üye ülkeler
1 Ocak 1973'de Yürürlüğe giren Katma Protokol'den önce üye ülkeler	Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İtalya ve Lüksemburg,
1981	Yunanistan
1986	Portekiz ve İspanya
1995	Avusturya, Finlandiya ve İsveç
2004	Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Litvanya, Malta, Macaristan, Polonya, Slovakya, Slovenya, GKRK (Kıbrıs)
2007	Bulgaristan ve Romanya

Avrupa'da ilk önce Almanya'nın öncülüğünde 1980'de başlayan Türk vatandaşlarına vize uygulaması kısa bir süre içinde diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır⁶⁶. Bu konuda en sağlıklı bilgiye Avrupa Konseyi'nin verilerinden ulaşmak mümkündür. İlgili Anlaşma 25 nolu ve 13 Aralık 1957 tarihli *Avru-*

⁶⁶ *Aksoy, Murat Uğur*: Avrupa Hukuku Açısından Türk Vatandaşlarına Uygulanan Vize Alma Mecburiyetinin Değerlendirilmesi Raporu, Düsseldorf 2007.

pa Konseyi Üyesi Devletler Arasında Kişilerin Seyahatleri İle İlgili Avrupa Anlaşması'dır. Bu Anlaşmanın 7. maddesi 1. fıkrasına şu şekildedir⁶⁷:

*“Taraflardan her biri, amme nizamı, sağlığı ve emniyetle ilgili konular-
da işbu Anlaşmayı, 5 inci madde hükümleri hariç olmak, yürürlüğe koyma-
mak veya Anlaşmayı diğer Akid Taraflardan bazılarına karşı geçici olarak
yürürlükten kaldırmakla muhafaza eder. Böyle bir tedbirden Avrupa Konseyi
Genel Sekreteri bilgilendirilecektir. Genel Sekreterlik keyfiyetten diğer ta-
rafları haberdar kılacaktır. Sözü geçen tedbir kaldırılınca da aynı prosedür
uygulanacaktır.”⁶⁸*

Bu Anlaşmanın m. 7/1 hükmü uyarınca, üye ülke vize uygulamasına geç-
tiği takdirde usulüne uygun olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne dekle-
re etmek zorundadır. Nitekim bu usule uygun olarak bazı ülkeler, Anlaşmanın
7. maddesi gereğince, hangi tarihten itibaren Türk vatandaşlarına vize uygula-
maya başladıklarını Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne deklere etmişlerdir⁶⁹.
Buradaki usule uygun olarak yapılmamış ve tek taraflı bir şekilde getirilen
vize uygulaması, söz konusu Anlaşmayı ihlâl etmektedir⁷⁰.

⁶⁷ Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. (<http://www.avrupakonseyi.org.tr/> son yararlanma 25.01.2010); İngilizce, Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Rusça metinleri için ise bkz. (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> son yararlanma 25.01.2010).

⁶⁸ İngilizce metni: Article 7: “Each Contracting Party reserves the option, on grounds relating to *ordre public*, security or public health, to delay the entry into force of this Agreement or order the temporary suspension thereof in respect of all or some of the other Parties, except insofar as the provisions of Article 5 are concerned. This measure shall immediately be notified to the Secretary General of the Council of Europe, who shall inform the other Parties. The same procedure shall apply as soon as this measure ceases to be operative.”

Almanca metni: “Artikel 7: “Jede Vertragspartei behält sich die Möglichkeit vor, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der Volksgesundheit die Anwendung dieses Übereinkommens aufzuschieben oder gegenüber allen oder einzelnen anderen Parteien zeitweise auszusetzen; Artikel 5 bleibt unberührt. Diese Maßnahme wird unverzüglich dem Generalsekretär des Europarates notifiziert; dieser setzt die anderen Parteien davon in Kenntnis. Das gleiche gilt von ihrer Aufhebung.”

⁶⁹ Avrupa Konseyi'nin 25 nolu Anlaşmasına ilişkin olarak verilen deklarasyonlara ilişkin liste için bkz. (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=025&CM=8&DF=04/02/2010&CL=ENG&VL=1> son yararlanma 25.01.2010).

⁷⁰ İtalya ve İspanya'nın Türkiye ilgili herhangi bir deklarasyonu bulunmamaktadır. Yunanistan'ın ise, Türkiye'ye ilişkin Anlaşmanın 7. maddesine göre bir deklarasyonu bulunmamakla birlikte, uluslararası hukuk açısından tartışmalı bir tarzda bir deklarasyonu Avrupa Konseyi'ne bildirmiştir:

“Declaration contained in a letter from the Permanent Representative, dated 2 May 1959, registered at the Secretariat General on 15 May 1959 - Or. Fr.

I have the honour to inform you that by a decision of 15th April 1959, pursuant to the provisions of the European Agreement on the Movement of Persons between Member States of

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

Avrupa Konseyi bünyesindeki 25 nolu Anlaşma kapsamında Türk vatandaşlarına vize getirildiğine ilişkin deklarasyonlarda belirtilen tarihler tespit edilmiştir. Ayrıca Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde yaptığımız başvuruya Türk Dışişleri Bakanlığının verdiği 03.06.2009 tarihli cevaptaki, Türk vatandaşlarına hangi ülkelerin hangi tarihten itibaren vize uygulamaya başladıkları tarihler açısından aşağıdaki veriler ortaya çıkmıştır:

Ülke	AB'ye (AET) Üyelik	Vize Tarihi
Almanya	1973'den önce (1957)	5 Ekim 1980
Belçika	1973'den önce (1957)	1 Kasım 1980
Danimarka	1973'den önce (1973)	1 Mayıs 1981
Fransa	1973'den önce (1957)	5 Ekim 1980
Hollanda	1973'den önce (1957)	1 Kasım 1980
İngiltere	1973'den önce (1973)	22 Haziran 1989
İrlanda	1973'den önce (1973)	10 Aralık 1989
İspanya	1986	1 Ekim 1991 (Deklarasyon yok)
İtalya	1973'den önce (1957)	3 Eylül 1990 (Deklarasyon yok)
Lüksemburg	1973'den önce (1957)	1 Kasım 1980
Portekiz	1986	24 Haziran 1991
Avusturya	1995	17 Nisan 1990
Finlandiya	1995	12 Mart 1976
İsveç	1995	26 Şubat 1976
Yunanistan	1981	25 Nisan 1965 (Deklarasyon yok)

the Council of Europe, my Government grants, as from that date, the right freely to enter and stay in Greece for a period of three months to nationals of the following countries: Austria, Belgium, France, Federal Republic of Germany, Italy and Luxembourg.

Nationals of these countries should possess the documents referred to in paragraph 1 of Article 1 of which a list is attached to this letter, in accordance with Article 11 of the above-mentioned Agreement. In Kraft: 15/5/1959”.

Gutmann'a (VBIBW 2009, s. 322) göre, İtalya ve İspanya'nın hiç bir şekilde, Yunanistan'ın ise usulüne uygun deklarasyonu bulunmadığından bu ülkelerin Türk vatandaşlarına vize uygulamaları hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla Türk vatandaşlarının turist olarak bu ülkelere vizesiz gitme hakları bulunmaktadır. **Gutmann** -haklı olarak- Türkiye tarafından bu ülkelerin haksız vize uygulamalarının söz konusu Anlaşmayı ihlâl ettiğinin ileri sürmemesini eleştirmektedir.

Yukarıdaki tarihler dikkate alındığında öncelikle hangi ülkeler için pasif hizmetin serbest dolaşımı açısından vizesiz dolaşımın mümkün olduğunu tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla Türk vatandaşları için aşağıdaki 12 ülkeye vizesiz serbest dolaşım mümkündür:

- | | | | |
|--------------------------|--------------|-------------|--------------|
| ✓ Almanya | ✓ Belçika | ✓ Danimarka | ✓ Fransa |
| ✓ Hollanda ⁷¹ | ✓ İngiltere | ✓ İrlanda | ✓ İspanya |
| ✓ İtalya | ✓ Lüksemburg | ✓ Portekiz | ✓ Yunanistan |

İkinci tespit ise, aktif hizmetin sunumu kapsamında sınırlı bir süre gidecek ve orada bir hizmet sunacak Türk vatandaşlarından hangi ülkenin hangi tarihten itibaren vize talep ettiğinin belirlenmelidir. Burada ayrıca üyelik tarihinden önce vize aramayan ülkelerin mevzuatında herhangi bir süre sınırlaması olup olmadığına da tespit edilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bir araştırma yapıp her ülkenin üyelik tarihi dikkate alınarak önceki ve sonraki ilgili mevzuat hükümlerinin karşılaştırılması gereklidir. Bu konuya ilişkin somut bir örnek olarak ABAD'ın *Soysal* kararına konu olması sebebiyle Alman hukukundaki hukuki durum gayet açıktır. Yukarıda da izah edildiği üzere Almanya, ilk kez 1980'de getirdiği vize uygulaması açısından Türk vatandaşları söz konusu olduğundan vize talep edemeyecektir. Çünkü Almanya, daha önce iki aya kadar sınırlı olmak üzere aktif hizmeti sunanlar ile bu hizmetin icrasında görev alan çalışanlar için vize aramamaktaydı. Almanya yanında Danimarka'nın da AB Komisyonun hazırladığı -aşağıda değinilecek olan- kılavuzda, aktif hizmetin serbest dolaşımında vize aramayan ülkelere biri olduğu belirtilmiştir. Aynı şeyler Hollanda için de geçerlidir⁷².

VI. AB Komisyonunun Hazırladığı 7 Mayıs 2009 Tarihli Kılavuz

ABAD'ın *Soysal* kararı sonrası AB Komisyonu 7 Mayıs 2009 tarihli bir kılavuz hazırlamış ve üye ülkelere yol göstermeye çalışmıştır⁷³. Bu kılavuzun

⁷¹ Soysal kararının sonuçlarını Hollanda hukuku açısından değerlendiren *Groenendijk*, hem aktif hem pasif hizmetin serbest dolaşımından Türk vatandaşlarının yararlanabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca *Soysal* kararından kısa bir süre önce Hollanda Mahkemesinin de benzer yönde bir karar verdiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Groenendijk, Kees: Anmerkung zum EuGH Urteil vom 19. Februar 2009, C-228/06 (Soysal)*, (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 10.2.2010).

⁷² *Groenendijk* tarafından yazılan *Soysal* kararı incelemesi ve şerhi için bkz. (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm, son yararlanma 10.2.2010).

⁷³ "NOTE FROM THE COMMISSION - Guidelines on the movement across the external borders of Member States applying the Schengen acquis of Turkish nationals in order to provide services in a Member State". Bunun kısa bir özeti için bkz. *Hailbronner, NVwZ 2009, s. 766*.

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

başlığından da anlaşılacağı üzere, sadece hizmetlerin sunumlarına ilişkin olarak Türk vatandaşlarının durumu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken, ABAD kararının ne ifade ettiğinden ziyade, karara konu olay olan aktif hizmetin serbest dolaşımı kapsamı dışına çıkılmamıştır. Böylece AB Komisyonu, dava sürecindeki tutarsızlığı gidermek yerine sadece üzerindeki yükü yumuşak bir şekilde atmaya çalışmıştır. Bu çalışma çok yüzeysel olup Türk vatandaşlarının sadece Almanya ve Danimarka için vizesiz dolaşımını irdelemektedir. Bu kapsamda Schengen alanına dâhil ve vize zorunluluğu olan başka bir ülke de (örn. Avusturya, Polonya) dikkate alınarak uygulamada hangi ihtimallerle karşılaşılabileceğine değinmektedir.

19 Şubat 2009 tarihinden günümüze kadar bu yüzeysel çalışma dışında AB Komisyonu haksız vize uygulamalarına karşı hiçbir şey yapmamıştır. Avrupa Birliği, bir “Değerler Birliği”dir ve bu değerlerin başında da hukuk devleti ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü gelmektedir. Aslında diğer kararlar bir tarafa 2007 yılında verilen *Tüm ve Darı* kararı ile gerekli adımlar çoktan atılmalıydı. Özellikle ABAD’ın *Soysal* kararı ile artık hiçbir itiraz noktası kalmayacak şekilde ortaya çıkan Türk vatandaşlarının hakları konusunda, günümüze kadar, üye ülkeler nezdinde girişimde bulunmayarak ve diğer hukuki yollara başvurmuyarak üzerine düşeni yapmayan AB Komisyonu çok kötü bir sınav vermiştir. Türkiye’nin bu konuda sessiz kalmasını kötüye kullanarak vizesiz yolu açmak yerine, vize kolaylığı gibi bir uygulamanın gündeme getirilmesi⁷⁴ ise, kendi değerleriyle çelişen ve AB Komisyonunun saygınlığını sarsacak bir tavidir⁷⁵.

⁷⁴ *Lüle, Zeynel*: Vizeler ne zaman kalkacak, Referans Gazetesi (20.02.2009). AB Parlamentosu üyesi Vural Öger’in yazılı soru önermesine cevap veren *Olli Rehn* ise, ABAD’ın kararlarını bir kenara bırakıp, vize kolaylığı konusunda adım atmayan Türkiye’yi suçlamayı yeğlemektedir. Vize kolaylığı kapsamında *Rehn*, Türkiye’deki geniş kesimlere vize muafiyeti getirileceğini, belirli gruplara uzun vadeli ve mükerrer giriş vizeleri sağlanacağını, vize için ibraz edilmesi gereken belgelerde kolaylıklar getirileceğini, vize harçlarını da 60 Euro’dan 30 Euro’ya düşürüleceğini ifade etmektedir. Bkz.(<http://www.jurblog.de/2008/11/03/stillstand-oder-stand-still/>, son yararlanma 20.02.2009).

⁷⁵ 5.6.2009 tarihli bir haberde ise AB Komisyonu’nun adalet, özgürlük ve güvenlikten sorumlu Başkan Yardımcısı *Jacques Barrot*’un, Avrupa Adalet Divanı’nın *Soysal* kararının uygulamaya girmesi için hangi adımları attığını soran Türkiye-AB karma Parlamento Komisyonu Eşbaşkanı *Joost Lagendijk* ve Alman Yeşiller Eşbaşkanı *Cem Özdemir*’e verdiği cevapta, “atılması gereken adımları belirlemek için üye ülkeler, AB Konseyi ve Türkiye’yle işbirliği içinde *Soysal* davasının neleri kapsadığını açıklığa kavuşturmaya çalıştıklarını” bildirdiği ifade edilmiştir. (bkz. www.cnnturk.com).

VIII. Sonuç

1987 yılında verilen *Demirel* kararı ile başlayan süreç, özellikle 2009 yılında verilen *Soysal* kararı ile taçlanmışır. ABAD'ın Türk vatandaşlarının haklarına ilişkin bu kararlarının sonucu; mevcut haklar bir bir ortaya çıkmış ve adeta her karar yeni ufuklar göstermiştir. Bu kararlardan konumuzla ilgili olan ilk karar, 2000 yılında verilen *Savaş* kararıdır. Bu kararlar, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol m. 41'in doğrudan etkisi olan bir hüküm olduğu ortaya çıkmıştır. Bu tespit, bu alanda yeni davaların kıvılcımı olmuştur. Zira mevcut haklarda kötüleştirme yasağı ilkesi artık hizmetin serbest dolaşımında dikkate alınmak zorundadır. Nitekim bir süre sonra, 2003 yılında verilen *Abatay* kararı bu süreçte önemli bir adım olmuştur. Türk taşımacılık sektörünü ve Türk şoförlerini doğrudan ilgilendiren bu kararın sonucunda, Türkiye ile AB arasında sınıraşma kavramı ile kimlerin Katma Protokol m. 41/1'e dayanabilecekleri hususu açıklığa kavuşmuştur.

Her iki karardan sonra hizmetin serbest dolaşımında engellemeye yönelik ileri sürülebilecek sadece iki itiraz kalmıştı. Bunlardan ilk girişte vize uygulama üye devletlerin hâkimiyet alanında olduğu yöndeki ilk itiraz, ABAD tarafından 2007 yılında verilen *Tüm ve Darı* kararıyla reddedilmiştir. ABAD bu kararında, Katma Protokol m. 41/1 hükmünün Türk vatandaşlarının Ortaklık hukukundan kaynaklanan yerleşim serbestisinin kullanımında (ve hizmetin serbest dolaşımında) ilk girişleri düzenleyen kurallar için de geçerli olduğunu açıkça benimsemiştir. İkinci itiraz olan Schengen vizesi uygulamasının getirmiş olduğu yeknesak vize uygulamasının sınırlandırılmayacağı ise, 2009 yılında verilen *Soysal* kararına konu olmuş burada da ABAD, Schengen vizesinin Türkler için yeni bir sınırlama olduğu ve bu yüzden Katma Protokol m. 41/1'e aykırı olduğuna karar vermiştir. Böylece hizmetin serbest dolaşımı açısından ileri sürülen bütün itirazların hukuka uygun olmadığı ABAD tarafından verilen kararlarla çok net bir şekilde ortaya konulmuştur.

ABAD'ın kararlarından sonra ortaya çıkan sonuçlar dikkate alındığında, kural olarak, hizmetin serbest dolaşımı kapsamında vizesiz Avrupa yolu açılmıştır. Türkiye'de yerleşik bir kişinin hizmet sunması halinde veya Türkiye'de yerleşik bir kişi tarafından bir AB üyesi ülkeden hizmet edinilmesi halinde hizmette sınıraşma şartı gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla hizmetin serbest dolaşımı açısından Türkiye AB hukukunda üçüncü ülke statüsünde değildir. Bu hizmet ister inşaat işleri gibi hizmeti edinen kişinin ülkesinde üretim şeklinde olsun; ister turizm, tıbbî tedavi gibi hizmeti sunan kişinin ülkesine gi-

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

dilerek alınan ve tüketilebilen bir hizmet olsun fark etmeyecektir. Özellikle pasif hizmetin serbest dolaşımı açısından Türk vatandaşlarının tamamı bu kapsama girecektir.

O halde bundan sonra yapılması gereken, bu kararların sonuçlarını ayrıntılı bir şekilde her bir ülke hukuku açısından tek tek incelemektir. Türk vatandaşlarına hangi ülkelerin hangi tarihten itibaren vize uygulamaya başladıkları veriler dikkate alındığında, esas itibarıyla Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan hizmetin serbest dolaşımı kapsamında Türk vatandaşlarından vize talep edemeyeceklerdir.

Bu çalışmada konuyu aydınlatmak üzere Almanya ve Alman hukuku emsal olarak seçilmiş ve incelenmiştir. Zira 2001 yılında bir Genelgeyi yayımlayan Alman Federal İçişleri Bakanlığı bu Genelgesinde, hizmetin serbest dolaşımında, yukarıda da belirtildiği üzere, sadece ABAD kararlarıyla reddedilen iki itirazı dile getirmekteydi. Artık her iki itiraz da ortadan kalktığına göre, Türk vatandaşları için, kural olarak, Almanya'ya vizesiz giriş yolu açılmıştır. Nitekim bunun farkına varan Alman yetkili makamları, ortaya çıkan yeni durumu yönlendirme amaçlı girişimlerde ve açıklamalarda bulunmaktadır. Ancak hukuk devleti ilkesi açısından kötü bir sınav veren Alman makamlarına nazaran Alman mahkemeleri verdikleri kararlarla Türk vatandaşlarının hakkını teslim etmeye başlamışlardır.

Asıl üzerinde durulması ve eleştirilmesi gereken, hak sahibi olan vatandaşlarının haklarının uygulanmasını sağlamak ve bunları hayata geçirilmesi için gerekli çalışmanın yapılmasını sağlayamayan tüm yetkili kurum ve temsilcileri ile Türkiye'nin ortaya koyduğu duyarsız tutumdur. Duyarsız kalmanın bir diğer sonucu ise, çok yüzeysel olarak sorumluluğunu geçiştirme gayreti içine giren AB Komisyonunun üzerine düşen sorumluluktan kaçmasıdır.

Hukuksuzluk ortayken ne ABAD'ın bu içtihatlar zinciri küçümsenmeli⁷⁶;

⁷⁶ Nitekim *Tezcan*, yazdığı bir makalesinde [*Tezcan, Ercüment*: Tüm ve Darı Kararı ya da Yaşasın Standstil Kuralı (2.10.2007), (<http://www.usakgundem.com>, son yararlanma 17.2.2010)] *Tüm ve Darı* kararının çok abartılmaması gerektiğini; bir kapı açılmakla birlikte nihayetinde bir yargı kararı olduğunu vurgulamıştı. Ancak *Soysal* kararından sonra yazdığı makalesinde *Tezcan'ın*, [Soysal Kararı: Avrupa Adalet Divanı'ndan Üye Devletlere Standstill Dersi, (10.3.2009)], konunun ana esaslarını vurguladığı görülmektedir (<http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=907>, son yararlanma 17.2.2010).

ne şikayet⁷⁷ ne de vize kolaylığı⁷⁸ aldatmacasına göz yumulmalıdır. Bilâkis ortaya çıkan hakların uygulanması için gerekenin yapılması konusunda yoğun çaba harcanmalıdır. Özellikle Türkiye ile AB arasında bazı meslek gruplarına vize kolaylığı talebi⁷⁹ adı altında kazanılmış haklarda çok önemli bir sınırlama getirecek girişimler, bu davalar sonucu ortaya çıkan haklarımızdan vazgeçmek anlamına gelir. Sorumluluk sahibi hiç kimsenin, kazanılmış hakları geriye götüreceği böylesi adımları asla atmaması gerekir. Bunun yerine Avrupa Birliği'ne sahip olduğunu iddia ettiği değerler hatırlatılmalı ve bu değerlerin koruyucu ve yürütücüsü olan AB Komisyonu'nun takındığı duyarsızlığın en çok Avrupa Birliği'nin inandırıcılığına zarar verdiği anlatılmalıdır.

⁷⁷ İktisadi Kalkınma Vakfı tarafından vize konusunda bir şikayet hattı yolu her ne kadar vatandaşlar için bu konudaki sıkıntılarını paylaşmak açısından olumlu bir adım olsa da sorunun taşınması gereken yer açısından isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. (www.ikv.org.tr).

⁷⁸ Özellikle ticaret odalarının öncülüğünde "Vize Kolaylığı Anlaşması" imzalanması basında çok önemli bir haber gibi veriliyor. 2008'de Fransa, şimdi de İtalya ile yapılan bu şekilde bir anlaşma ile iş adamlarının günlerce vize sırası beklemeyeceği ve prosedürlerin kolaylaştığı ifade edilmektedir (9.2.2010 tarihli Milliyet, www.milliyet.com.tr ve 15.2.2010 tarihli Hürriyet, www.hurriyet.com.tr). Böyle anlaşmalarla maalesef haklarımızı gündeme getirmekten ve bunların sonuçlarını aramaktan aciz bir görüntü çizdiğimizizin farkında değiliz. Zira anlaşmanın karşı tarafı ülke yetkililerinin ABAD'ın kararlarının sonuçlarını kesinlikle iyi analiz ettikleri hususunda bir şüphe olmamalıdır. Vizesiz giriş hakkını uygulatmak yerine, çok zayıf bir görüntü vererek, vize kolaylığı anlaşmalarına razı olursak çok yakında diğer AB üyesi ülkeleri de vize kolaylığı anlaşması için sıraya girecektir. Üstelik bu kolaylıkları sağladıkları için bizden bir de minnet beklerlerse şaşmamak gerekir.

⁷⁹ Bu konudaki haber için bkz. *Lüle, Zeynel*: Ankara, Avrupa Birliği'nin T.C. vatandaşlarına uyguladığı vizenin kalkmasını kolaylaştırmak için bir yol haritası belirledi (Hürriyet, 28.2.2010, www.hurriyet.com.tr).

KAYNAKÇA

- Aksoy, Murat Uğur:** Avrupa Hukuku Açısından Türk Vatandaşlarına Uygulanan Vize Alma Mecburiyetinin Değerlendirilmesi Raporu, Düsseldorf 2007.
- Baykal, Sanem:** Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu, İstanbul Aralık 2007, IKV Yayını, No: 214.
- Can, Hacı / Özen, Çınar:** Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Ankara 2005.
- Dayınlarlı, Kemal:** Dictionnaire des termes juridiques, 2. édition, Ankara 1997.
- Dienelt, Klaus:** Die Visafreiheit türkischer Touristen und anderer Dienstleistungsempfänger, Inf.AusR 2001, s. 473 vd.
- Dienelt, Klaus:** Auswärtige Amt konkretisiert Begünstigte, die aufgrund des Soysal-Urteils visumfrei einreisen dürfen (28.04.2009), (<http://www.migrationsrecht.net/>).
- Dienelt, Klaus:** Visumfreiheit führt zu Freispruch für türkischen Staatsangehörigen, (www.migrationsrecht.net).
- Dienelt, Klaus:** Auswirkungen der Soysal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf das Visumverfahren türkischer Staatsangehöriger, ZAR 2009, s. 182 vd. (Bu makaleye ayrıca internet üzerinden de ulaşmak mümkündür. Bkz. www.migrationsrecht.net/beiträge)
- Dönmez, Celalettin:** Avrupa Birliği'nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı, Adalet Dergisi 2008, sa. 31, s. 72 vd. (<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/31sayi.pdf>).
- Groenendijk, Kees:** Anmerkung zum EuGH Urteil vom 19. Februar 2009, C-228/06 (Soysal), (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm).
- Gutmann, Rolf:** Standstill als neue Form der Bewegung in der Assoziation EWG-Türkei, ZAR 2008, s. 5 vd.

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR

- Gutmann, Rolf:** Die Umsetzung des Urteils Soysal mit Blick auf Deutschland, VBIBW 2009, s. 321 vd.
- Gutman, Ralf:** Vise, Standstill und Warenverkehr mit der Türkei, InfAusIR 2010, s. 45 vd.
- Gümrükçü, Harun:** Türkiye ve Avrupa Birliği, İstanbul 2002.
- Güven, Erdal:** Kahraman şoförlerin uzun yolu, 21.02.2009 tarihli Radikal Gazetesi (www.radikal.com.tr).
- Hailbronner,** in: Hailbronner/Wilms: Recht der Europäischen Union, 13. Lfg., Stuttgart 2006, Art. 49, 50.
- Hailbronner, Kay:** Visafreiheit für türkische Staatsangehörige? Zum Soysal-Urteil des EuGH, NVwZ 2009, s. 760 vd.
- Kıyğı, Osman Nazım:** Wörterbuch des Rechts- und Wirtschaftssprache, Band 2, München 1999.
- Kluth, Winfried:** in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 49.
- Lüle, Zeynel:** Vizeler ne zaman kalkacak, Referans Gazetesi (20.02.2009, www.referansgazetesi.com).
- Lüle, Zeynel:** Ankara, Avrupa Birliği'nin T.C. vatandaşlarına uyguladığı vizenin kalkmasını kolaylaştırmak için bir yol haritası belirledi (Hürriyet, 28.2.2010, www.hurriyet.com.tr).
- Maiß, Sebastian:** Einsatz osteuropäischer Subunternehmer nach der EU-Osterweiterung, WiRO 2005, s. 353 vd.
- Mielitz, Cornelia:** Die Visumsfreiheit türkischer Touristen, NVwZ 2009, s. 276 vd.
- Pınar, Hamdi:** Zur Erschöpfung der Rechte an geistigem Eigentum zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Türkei, GRUR Int. 2004, s. 101 vd.
- Pınar, Hamdi:** ABAD Kararları Işığında Avrupa Birliği Üyesi Ülkeler ile Türkiye Arasında Yerleşim Serbestisi ve Hizmetin Serbest Dolaşımı, 22-23 Kasım 2007 tarihleri arasında Antalya'da "Vizesi Avrupa Sempozyumu"nda sunulan tebliğ, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 1817 vd.

Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa

- Pınar, Hamdi:** AB Ülkeleri ve Türk Vatandaşlarının Vize Muafiyeti, (Radikal Gazetesi, 13 Ekim 2007, Yorum).
- Pınar, Hamdi:** Almanya İçin Vize gerekli mi?, (Radikal Gazetesi, 30 Kasım 2007, Yorum).
- Randelzhofer/Forsthoff:** in Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 2009, Art. 49/50 EGV.
- Roth, Wulf-Hennig:** in Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 24. Aufl., München 2009, E. I.
- Tezcan, Ercüment:** Tüm ve Darı Kararı ya da Yaşasın Standstil Kuralı (2.10.2007), (<http://www.usakgudem.com>).
- Temming, Felibe:** EU-Osterweiterung: Wie beschränkt ist die Dienstleistungsfreiheit?, RdA 2005, s. 186 vd.
- Tiedje/Troberg:** Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., München 2003, Art. 49.
- Ülgen, Sinan:** Avrupa'nın Kapılarını Açan Karar, 21.02.2009 tarihli Taraf Gazetesi (www.taraf.com.tr).
- Völker, Stefan:** Passive Dienstleistungsfreiheit im Europaeischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 1990.
- Westphal, Volker/Stoppa, Edgar:** EuGH: Türken dürfen visumfrei nach Deutschland einreisen, REPORT Ausländer- und Europarecht Nr. 19, Februar 2009, (www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm).
- Zeran, Ünal:** Anmerkung zu VG Berlin zum Problem der visafreien Einreise türkischer Staatsangehöriger, (26.03.2009) (<http://www.migrationsrecht.net>).

BOŞ

KAMU HUKUK

BOŞ

AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE ANAYASA MAHKEMELERİNİN KOMPOZİSYONUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Ömer ANAYURT¹

ÖZET

Anayasa yargısı esasen doğasında demokratik meşruiyet sorunu yaşamaktadır. Çünkü demokratik temsil niteliği olan yasama kurumunun şu ya da bu ölçekte siyasal tercihlerinin denetimi ve yaptırıma bağlanmasından ibaret bir yetki kullanmaktadırlar. Parlamentonun üstünlüğü- anayasanın üstünlüğü çatışması sürdüğü müddetçe de bu meşruiyet sorunsalı da az-çok devam edecektir. Demokrasi teorisiyle asla bağdaşmayacağı biçimindeki marjinal bakışlar bir kenara bırakılacak olursa artık anayasa yargısı sınırlı yönetimi gerçekleştirme aracı olarak görülmekte ve özgürlükleri koruma bağlamında da demokratik meşruiyetine atıfta bulunmaktadır. Genel yargı dışında özel olarak yetkilendirilmiş bir mahkeme yoluyla anayasallık denetimine dayanan Avrupa anayasa yargısı modelini benimsemiş olan ülkelerde bu mahkemenin kompozisyonuna özel önem verilmektedir. Mahkeme üyelerinin belirlenmesi, üyelik için gerekli koşullar, görev süreleri, görev güvenceleri ve görevle bağdaşmazlık halleri anayasa mahkemelerinin kompozisyonu başlığı altında ele alınmaktadır. Özellikle de bu hususlar bakımından genel yargıdan ayrıldığı görülmektedir. Bu makalede, karşılaştırmalı hukuk yaklaşımı çerçevesinde Avrupa Birliği ülkelerinde anayasa mahkemelerinin kompozisyonları ve bu alana ilişkin tartışmalar ve mahkemelerin kompozisyonu ile demokratik meşruiyetleri ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Anayasa mahkemelerinin kompozisyonu, anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyeti, demokratik meşruiyet, anayasa yargısı, anayasa mahkemeleri, anayasa yargıcının atanması.

DISCUSSION SUR LA COMPOSITION DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LES PAYS DE L'UNION EUROPÉENNE

DISCUSSIONS ABOUT THE COMPOSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS IN EUROPEAN UNION COUNTRIES

ABSTRACT

Judicial review in fact experiences democratic legitimacy problem. Because they have the authority which is composed of control and sanction of political choices of

¹ Anayurt, Ömer, Sakarya Üniversitesi, Anayasa Hukuku Doçenti.

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

legislation institution which has the quality of democratic representation. As long as the dilemma of superiority of parliament - superiority of constitution continues the problem of legitimacy will in a way continue as well. If the marginal views that they would not relate with the theory of democracy is not taken into regard, constitutional review is now considered as a means to perform restricted management and mentions its democratic legitimacy in the scope of protecting freedom. In the countries which have adopted European constitutional judgment model that is based on the constitutional control via a court that is specially authorized apart from general judgment, the composition of this court is given special importance. Detecting the members of court, required conditions for the membership, durations of duty, safety of duty and the state of incoherency to the duty are considered under the title of constitutional courts' composition. It is especially seen that they differ from general judgment due to these principles. In this article, it is aimed to put forward constitutional courts' composition in European Union countries and discussions about this in the scope of comparative law and the relationship between the composition of courts and their democratic legitimacy.

Key words : composition of constitutionnal courts, democratic legitimacy of judicial review, democratic legitimacy, judicial review, constitutional review, constitutionnal courts, appointments of constitutional judges.

GİRİŞ

Steffani Guy, ABD'de anayasaya yargısının yaklaşık ikiyüz yıllık geçmişinde yaşanan meşruiyet sorunlarından hareketle anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetinin başlıca üç bileşene göre test edilebileceğini belirtmekte ve bunları kurumsal (la légitimité institutionnelle), işlevsel (la légitimité fonctionnelle) ve sosyal meşruiyet (la légitimité sociale) olarak nitelendirmektedir². Başka bir söyleyişle, mahkeme üyelerinin belirlenmesinde az ya da çok, doğrudan ya da dolaylı olarak halkın söz sahibi olabilmesi; mahkemenin anayasayı yorumlama yetkisini kurucu gücün belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde kullanması; son sözü söyleyebilme yetkisinin daima yasama organına ait olması ve nihayet halk nezdinde mahkemeye güvenin yerleşmiş olması durumunda anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyetinden söz edilebilecektir. Gerçektende, demokratik meşruiyetin bileşenleri olarak da ifade edilebilecek bu hususlardan herhangi birisinin sağlanamadığı ülkelerde mahkemenin meşruiyet sorunu ile karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Bunların

² Scoffoni, Guy., "La Légitimité du Juge Constitutionnel en Droit Comparé: Les Enseignements de L'Expérience Américaine", *Revue Internationale Droit Comparé*, 1999/2, s. 249.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

her birinin başlı başına derin tahlilleri ve hatta bazılarının saha çalışmalarını gerekli kılabilecek konular olduğu ve dolayısıyla da makale boyutlarını aşacağı açıktır. Dolayısıyla çalışma, kurumsal meşruiyet bileşeniyle ilgili olan mahkemelerin kompozisyonu unsuru ile sınırlandırılmıştır. Burada da mahkemenin terkip biçimi; mahkeme üyelerinin görev süreleri, görev güvenceleri hususları ele alınacaktır.

Çalışma, bir karşılaştırmalı hukuk incelemesidir. Karşılaştırmada da Avrupa Birliği ülkelerinde anayasallık denetimi yapan mahkemelerin kompozisyonu ele alınmıştır. Bununla birlikte bazı alanlarda AB üyesi olmayan diğer Avrupa ülkelerine de dipnot bilgileri çerçevesinde kalınmak suretiyle bilgi verilmiştir.

Çalışmada Norveç, İsveç, Danimarka, Estonya, Yunanistan gibi “merkezileşmiş model”in benimsenmiş olduğu ülkelerden ziyade ağırlıklı olarak Avrupa tarzı anayasallık denetimine yer vermiş bulunan AB ülkelerine ait anayasa mahkemeleri üzerinde durulmuştur. Diğer yandan İngiltere’de yazılı bir anayasa olmadığından ve Hollanda’da da anayasa yargısına yer verilmediğinden doğal olarak çalışmamızda kullanılmamıştır.

Çalışmada önce ele alınan konulara ilişkin genel nitelikte açıklamalara yer verilmiş ve ardından kolayca görülebilmesi bakımından AB ülkelerindeki durumun tablo eşliğinde sunulması yoluna gidilmiştir.

I. MAHKEME ÜYELERİNİN GÖREVE GELİŞ YÖNTEMLERİ

Anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin bileşenlerinden birisi kurumsal alana ilişkindir. Burada da en temel husus kurumun demokratik bir yönetime dayalı olarak meydana gelmiş olması gereğidir. Başka bir söyleyişle kurumsal meşruiyetin asgari koşulu mahkemenin kompozisyonu ve üyelerinin bağımsızlığının sağlanmasıdır³. Anayasa mahkemelerinin bir yandan işlevleriyle uyumlu bir kompozisyona dayanması diğer yandan da bununla bağlantılı olarak üyelerinin mahkemenin meşruiyeti ve itibarını sağlayabilecek bir yönetime bağlı olarak göreve getirilmesi bugün ilke olarak benimsenmiştir⁴.

Mahkeme üyelerinin göreve gelişine bakıldığında “atama”, “seçme” ve “karma” olmak üzere başlıca üç yöntem kullanılmaktadır⁵. Bunlardan “ata-

³ Scoffoni, a.g.m., s. 251.

⁴ Favoreu, Louis, “La légitimité du juge constitutionnel”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Avril-Juin 1994, No:2, s. 571.

⁵ *La composition des cour constitutionnelles, commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg 1997, s. 20.

ma yöntemi”nde herhangi bir oylama yoluna gidilmeksizin atamaya yetkili kılınmış makam tarafından mahkeme üyesi belirlenmektedir. Bu yönteme yer vermiş ülkelerin bir kısmında, yapılan atamanın ayrıca onaya tabi tutulduğu görülmektedir. Bir kısmında ise herhangi bir onay söz konusu değildir. Örneğin Fransa’da cumhurbaşkanı, üyelerin üçte birini atamaktadır. Yaptığı atamalarla birlikte göreve gelme süreci son bulmaktadır. İrlanda, Malta gibi ülkelerde ise atama süreci belirli bir makamın yapılan atamayı onaylamasıyla tamamlanmaktadır. Onay makamı kimi zaman parlamento, kimi zaman devlet başkanı olmaktadır. “**Seçme yöntemi**”nde bir ya da birden fazla makam kendisine belirlenen kontenjanlar dâhilinde önlerine gelen yahut getirilen çeşitli adaylar arasından seçme yetkisini kullanmaktadır. Parlamento ya yapılan adaylar arasından parlamentonun seçmesi veya yargı organı tarafından sunulmuş liste üzerinden devlet başkanının seçmesi gibi çeşitli uygulama biçimleri bulunmaktadır. “**Karma sistem**” ise her iki sistemi de bünyesinde barındıran yani atamayla birlikte seçmeye de yer veren sistemlerdir⁶.

Anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde siyasal makamların söz sahibi kılınmaları sadece AB ülkelerinde değil Dünya’nın birçok ülkesinde yaygın bir yöntem olarak kullanılmaktadır. Bunda amaç, siyasal iradenin denetimi gibi son derece önemli bir yetkiyle donatılmış mahkemeye demokratik meşruiyet kazandırabilmektir⁷. Başka bir deyişle, mahkemeye siyasal makamlarca (parlamento, hükümet) üye belirleyebilme yoluna gidilmesi, doğası yönünden demokratik olmayan böylesi bir kurumu, hukuk yoluyla demokrasinin gerekleri ile buluşturabilmede bir formül olarak düşünülmektedir. İşte bu nedenle Avrupa Birliği’nin en eski ve köklü anayasa mahkemelerinden sosyalizm sonrası süreçte kurulan genç ve hayli yeni anayasa mahkemelerine varıncaya kadar tüm anayasa mahkemelerinde mahkeme üyelerinin göreve gelişinde mutlaka yasama organına yetki tanınmış olduğu görülmektedir.

Halkın temsilcilerinin kendi iradelerini denetleyecek ve yaptırıma bağlayacak olan birimlerin oluşumuna katılımının anayasa yargısı fonksiyonunu gören mahkemelerin “demokratik meşruiyeti”ni güçlendireceğinden⁸, mahke-

⁶ La composition des cour constitutionnelles, s. 20; Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı**, İmge Yay., Ankara 2004, s. 20-21.

⁷ Scoffoni, a.g.m., s. 249, 252; Favoreu, a.g.m., 572-573.

⁸ Favoreu, “La légitimité du juge constitutionnel”, s. 572. Mahkemenin demokratik meşruiyetine yönelik çalışma konumuz dışında kaldığından bu alandaki tartışmalara girilmemiştir. Bu konuda bkz. Garlicki, Lech, “La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens/dévolements récents”, **Revue Française Droit Constitutionnel**, 2009/2; Avril 2009, N: 78, ss. 227-246; Cappelletti, Mario, “Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionne-

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

melerin verdiği kararlara hem halk hem de denetlenenlerin güven beslemelerine katkı sunacağından kuşku yoktur⁹. Bu açıdan siyasal otoritelerin anayasa mahkemesi'ne üye seçmesinin anayasa yargısını siyasallaştıracağı düşüncesi anlamlı değildir. Çünkü mahkeme, siyasetin yargısallık incelemesini yaptığından, doğası gereği siyasal olup¹⁰ bu nitelemeden de soyutlanabilmesi mümkün değildir. Favoreu'nin de ifade ettiği üzere, "anayasa mahkemesi üyelerinin siyasal nedenlerle siyasal otoritelerce seçilmesi/atanması yöntemi anayasa yargılaması sistemleri için bir eksiklik (tare) değil bilakis, kalite ve gerekliliktir"¹¹.

Avrupa anayasa yargısında mahkeme üyelerinin hangi kaynaktan geldiğinden ziyade üyelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına önem atfedilmektedir. Çünkü anayasa yargısının, ancak denetlediği organlar ve diğer güçler karşısında bağımsızlığının sağlanması ile gerçek bir yargı organı kimliğinden söz edilebileceği belirtilmektedir¹².

le", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1981/2, Vol:33, ss. 625-657. Türkiye'de bu alanda özellikle son yıllarda birçok makale ve monografik çalışma dikkat çekmektedir. Bkz., Gözler, K., "Anayasa Yargısının Meşruluğu", *AÜSBFD*, C. 61, S.3, Temmuz-Eylül 2006, ss.131-166; Özbudun, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Editör: O. Ergül), TBB Yay., Ankara 2005, ss. 336-351; Gülsoy, Mehmet Tevfik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yay., Ankara 2007; Ergül, Ozan, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet yay., Ankara 2007; Turhan, Mehmet, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu" (Editör: M. Turhan-H. Tülen), *Anayasa Yargısı İncelemeleri, 1-*, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2006, ss. 41-69; Erdoğan Mustafa, "Anayasa Yargısının Gayri Meşruluğu Üzerine", *Star*, Açık Görüş, 03.03.2008, <http://www.stargazete.com/acikgorus/anayasa-yargisinin-gayri-mesruluğu-uzerine-89590.htm> (02.04.2010). Erdoğan, Mustafa, "Anayasa Mahkemesi Meşru mu?" *Star*, 25.04.2009.<http://www.stargazete.com/gazete/yazar/mustafa-erdogan/anayasa-mahkemesi-mesru-mu-184107.htm> (03.02.2010); Deveci, Cem-Mehmet Müderrisoğlu, "Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti Sorunu: Yakın Dönem Yaklaşımlar", *Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yay., İstanbul 2008, ss. 88-105; Troper, Michel, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", (Çev: E. Ethem Atay), *GÜHFD*, C.I, S.2, Y.1997, ss. 293-210; Hakyemez, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yay., Ankara 2009; Uluşahin, Nur, "Anayasa Yargısının Meşruluğu": R Dworkin Karşısında J. Waldron", *Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yay., İstanbul 2008, ss. 106-116; Gören, Zafer, "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl. 7, S.14, Güz 2008, ss. 1-24; Atar, Yavuz, "Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması", *Anayasa Yargısı*, 25, 2008, s. 93-115.

⁹ Favoreu, Louis (coordinateur), Gaia, Patrick, Ghevontian et autres, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1998, s. 239. Favoreu, "La légitimité du juge constitutionnel", s. 574-575.

¹⁰ Tunç, Hasan, "Anayasa Mahkemesinin Siyasî Yapısı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 3, Ocak-Haziran 1990.

¹¹ Favoreu, "La légitimité du juge constitutionnel", s. 573.

¹² Başlar, Kemal, "Anayasa Mahkemesi Üyeliği", www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc

Avrupa anayasa mahkemelerinin tümünde bağımsızlığın gereklerinin hukuksal çerçevede sağlanmış olduğu görülmektedir¹³. Mahkeme üyelerinin tarafsızlıkları ise hukuku aşan bir özellik olup salt hukuk kuralları da yeterli değildir. Çünkü tarafsızlık her şeyden önce etik değerler alanına girmektedir. Bu bakımdan da tarafsızlığın sağlanmasında gelinen kaynağın doğrudan bir garantisi bulunmamaktadır. Eğer öyle olsaydı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tarafsız bir mahkeme olduğunu söylememize imkân bulunmazdı. Çünkü bilindiği üzere hâkimler, her bir üye devletin kendi ülkesi adına önerdiği isimler arasından seçilmektedir. Ancak seçilmesinin ardından ülkesinin değil Mahkemenin hâkimliğini yapmaktadır. Dolayısıyla Mahkemeye üye seçildikten sonra kendisini seçenler ya da seçildiği yer adına değil yemininde yer verdiği değerler adına hareket edecektir. Bunu da sağlayacak olan hukuk kurallarından öte yargısal etik alanıdır. Bu duygu ve değere sahip değilse zaten geldiği yerin hiçbir önemi bulunmamaktadır.

Anayasa mahkemesi üyesi, seçildikten sonra, hiçbir durum ve konjonktürde bir topluluğun yahut cemaatin müridi ya da belirli bir siyasal etiketin mahkûmu gibi davranamaz. İşte bunu gerçekleştirebildiği anda gerçek anlamda bağımsızlığından ve tarafsızlığından ve bu bağlamda da mahkemenin meşruiyetinden söz edilebilir¹⁴. Kendisini seçenlerden bizzat duygusal ve ideolojik bağlarını kopartamamışsa, yargısal işlevini yeri geldiğinde kendisine bu kapıyı açmış olan kişi, grup ve düşünceye minnet borcunu ödemek duygusundan kendisini alıkoyamamaktaysa bağımsızlığından elbette söz edilemeyecektir. Böyle bir üye ya da mahkemenin herhalde meşruiyet krizi yaşamaması kaçınılmazdır. Tüm bu durumlar, görüldüğü üzere göreve geliş kaynağından ziyade hukuk-ötesi etkenlere bağlı olabilmektedir. Ne tamamen ve doğrudan yargı organından seçilmiş üye, ne de başka kaynaklardan seçilmiş üye bu anlamda bağımsızlık ve tarafsızlığın güvencesi olamaz. Başkan Truman ABD Yüksek mahkemesi üyelerinin bağımsızlık ve tarafsızlığını dile getirirken şu ifadelere yer vermiştir. "Ne yaparsanız yapınız kendinize karşı mahkemeyi sigortalayamazsınız. Ben bunu yapabilmek için çalıştım. Planlar kurdum. Ama işlemedi. Ne zaman ki bir arkadaşınızın Mahkemeye seçimini sağladınız; ardından arkadaşlığınız durmaktadır"¹⁵.

[DOC] (03.03.2010).

¹³ Favoreu, Louis (coordinateur), Gaia, Patrick, Ghevoitian et autres, a.g.e., s. 241.

¹⁴ Scoffoni, a.g.m., s. 254.

¹⁵ L. Tribe atfıyla Scoffani, a.g.m., s. 256.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Aşağıda görüleceği üzere, hangi yöntemle göreve getirilirse getirilsin, “mahkemenin demokratik meşruiyetini sağlamak adına” başta Almanya olmak üzere, AB üyesi devletlerde üyelerin ya da tamamının ya da belirli bir kısmının yasama organınca seçildiği görülmektedir¹⁶. Başka bir deyişle AB üyesi devletlerde Lüksemburg ve tam bir Avrupa anayasa yargısı modeline dayanmayan Yunanistan dışında¹⁷ yasama organının üye belirlemede yer almadığı bir ülke bulunmamaktadır¹⁸.

¹⁶ Hamon, Francis- Michel Troper, **Droit constitutionnel**, 30. éd., LGDJ, Paris 2007, s. 69; La composition des cours constitutionnelles, s. 10. “Anayasa yargıçlarının belirlenmesi konusunda –farklı biçimlerde gözlenen- siyasal partilerin etkisi bu belirlenimin demokratik meşruiyetini sağlamak için vazgeçilmezdir”. Kaboğlu, a.g.e., s. 22.

¹⁷ Avrupa’da Karadağ Cumhuriyeti Devleti (5 kişilik üyelerin tamamını cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir) ve Sırbistan Cumhuriyeti Devletinde de (9 kişilik üyelerin tamamı cumhurbaşkanı tarafından seçilir) yasama ve yargıya bırakılmamıştır.

¹⁸ Avrupa’da AB üyesi olmayan diğer devletlerde de aynı durumu görmekteyiz. Örneğin **Rusya Federasyonu** Anayasa Mahkemesi 19 üyeden oluşmakta ve tamamı devlet başkanının önerisiyle Rusya Federasyon Konseyi (Rusya Parlamentosunun alt kanadı) tarafından atanmaktadır (Ay. m. 128/1). **Azerbaycan**’da 9 üyeden oluşan mahkemenin tüm üyeleri cumhurbaşkanının önerisi ve Millet Meclisinin atamasıyla göreve gelmektedir (Ay. m. 130-1/c). **Belarus**’ta 12 üyelik mahkemenin altı üyesi cumhurbaşkanınca altı üyesi Meclis tarafından seçilir (Ay., m. 116). **Kosova Cumhuriyeti Devleti**’nde 9 üyelik Mahkemenin üyelerinin tümü Kosova Meclisi’nin önerisi üzerine cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (Ay. m. 114). **Bosna Hersek**’te 9 kişilik mahkeme üyelerinin dördü Temsilciler Meclisi, ikisi Sırp cumhuriyet meclisi, üç üye ise cumhurbaşkanına danışılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından seçilir. **Ukrayna**’da 18 kişiden oluşan Mahkeme üyelerinin altısı cumhurbaşkanı, altısı parlamento ve altısı da yargı organınca seçilir. **Arnavutluk**’ta Anayasa Mahkemesi 9 üyeden oluşmaktadır ve üyelerin tamamı cumhurbaşkanı tarafından Meclisin onayını almak suretiyle atanır (Ay. m.125). **Ermenistan**’da mahkeme 9 üyeden oluşmakta ve beşi Millet Meclisi dördü de cumhurbaşkanı tarafından seçilir (Ay. m. 99). **Makedonya**’da 9 üyeden oluşur ve tamamı Makedonya Meclisi tarafından üye tam sayısının salt çoğunluğu tarafından seçilir (Ay. m. 109). **Moldova**’da 6 üyeden oluşan mahkemenin iki üyesi Meclis, iki üyesi hükümet ve diğer iki üyesi de Yüksek Hâkimler kurulu tarafından seçilir (Ay. m. 136). Gürcistan’da 9 üyeden oluşan Mahkemeye üç üye cumhurbaşkanı, üç üye Millet Meclisi, üç üye Yargı Konseyi tarafından seçilir (Ay. m. 88/2).

Türkiye’de de 1982 Anayasası’nın aksine 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin oluşumunda bu genel anlayışı benimsemiş Millet meclisine üç, Senatoya ise iki olmak üzere toplam beş üye (20 üyeli Anayasa Mahkemesi’ne) belirleme yetkisi vermiştir. 1982 Anayasasının hazırlanışı sırasında Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nda mahkemeye TBMM tarafından üye seçimi yetkisi hayli tartışılmıştır. Feyyaz Gölcüklü burada yaptığı konuşmada şu ifadelerle yer vermektedir: “...malumunuz demokrasilerde bütün iktidar halktan neşet eder. İktidarın temsilcisi TBMM’dir ve bilhassa Anayasa Mahkemesi, yasama meclisinin tasarruflarını denetlemektedir. Bu sebeple bir veya iki kişinin meclisçe seçilmesinde yarar görürüz.” **Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı**, 15.07.1982, C.XV, s. 376.9. Mümin Kavalalı ise bu görüşe şu gerekçelerle karşı çıkmıştır: “Meclisin seçtiği bu üyeler yüzde yüz politize olmuş kişiler oluyor. Partiler bir yarış içerisine giriyorlar ve Anayasa Mahkemesi gereksiz yaralar alıyor”(DM Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı, 15.07.1982, C.XV, s. 382). Kemal Dal ise seçim yöntemine şu gerekçelerle karşı koyanlar arasındadır: “Yani ne kadar uğraşsak Anayasa Mahkemesi milli iradeye dayanmalıdır, milli iradeden kaynaklanmak suretiyle Anayasanın denetimini yapıyor diye gerekçe aramaya

çalışsak ve milli iradeye dayandırılacak dayanak aramaya kalksak, bir üyenin oradan, yani Millet Meclisinden seçilmesi Anayasa Mahkemesi'nin milli iradeye dayandığına yeterli değildir. Bu bakımdan cumhurbaşkanı seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bilgi verir ve bu da yeterli gibi gelir. Aksi halde milli iradeye dayandırmak istiyorsak 9 yahut 10 üyeyi doğrudan doğruya milli irade tarafından seçtirmek daha makulü ve doğrusudur. 5 yılda bir seçim yaparsınız, 9 üyeyi millet tarafından seçtirirsiniz, Anayasa Mahkemesi üyesi olarak. O en doğru ve en demokratik yoldur. 9 üyenin direk olarak 5 yılda bir yapılacak seçimlerde milli irade tarafından seçilmesi. Adayların durumunu da tespit edersiniz; yüksek hâkim olma durumunu. Bunu yapamadığınız takdirde ne yaparsanız milli iradeye dayandırmaya imkân yoktur” **DM Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı**, 15.07.1982, C.XV, s. 377. Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı ise 1961 Anayasası'nın yasama organına üye seçim yetkisini eleştirerek şöyle demektedir: “şimdi bizde bu müessese alınırken o 1961 yılının.. anarşisi içerisinde halkı her şeyin üzerinde tutacağız, demokrasiyi kuracağız havası içerisinde bu karma sistem meydana getirilmiştir...Mesele arkadaşlar, yani Yargıtay'dan üye seçilmesi, Meclisten üye seçilmesi değildir. Mesele memleketin en iyi hukukçularından 9'unu, 10'unu, 112ini Anayasa Mahkemesi'ne seçmektir. Sorun budur. Çözüm yolu budur, hedefi bu olmalıdır. Yoksa biz bir denge sağlıyoruz, bir politika yapıyoruz değildir. 1961 anayasasının getirdiği sistemin temelindeki bozukluk, sakatlık ve mantıksızlık budur”(**DM Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı**, 15.07.1982, C.XV, s. 397).

Mahkemeye yasama organından üye seçilmesinin yerinde olacağı bugün Türk Hukuk öğretisinde de hâkim bir düşüncedir. Bkz., Kaboğlu, a.g.e., s. 27, 157; Tunç, a.g.e., 162-164; Atar, a.g.m., s. 101; 115; İyimaya, Ahmet, **Anayasa Mahkemesi'nin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü (Türk Modeline Eleştirel Bir Yaklaşım)**, Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, ayrı basım, Ankara 9 Nisan 2005, s. 19 vd; Kanadoğlu, Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, 25, 2008, s. 70; Özden, a.g.m., s. 377; Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yay., Ankara 1996, s. 443; Tülen, Hikmet, “Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri-1** (Editör: M. Turhan-H. Tülen), Ankara 2006, s.179-180; Kurnaz, Haluk, Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi”, *Yasama*, S. 2, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, s. 98. Aksi bir görüş için bkz., Ulaş, Bülent, *Anayasa Mahkemesi Üyeliği*, GÜHFD, Haziran-Aralık 2005, C.I, IX, S. 1-2, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX_308-333.pdf (20.01.2010). Mahkemeye yasama organı tarafından üye seçme yönteminin sakıncası için bkz. Odyakmaz, a.g.m., s. 185-186. (“Kanaatimce, Anayasa Mahkemesi üyelerini cumhurbaşkanı, yargı organları ve Yükseköğretim Kurulu seçmeli, yargı bağımsızlığının sağlanması açısından Türkiye Büyük Millet Meclisi seçmemelidir. Hangi kurum için olursa olsun üye seçiminin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmasına şahsen taraftar değilim. Çünkü uygulamada görülmüştür ki; siyasi kurullar seçimlerde o adayları kendi siyasi görüşlerine yakın olup olmadıkları doğrultusunda değerlendirmek eğilimindedirler ve adaylar da seçildikleri zaman haksız olarak şu veya bu siyasi görüşün temsilcisiymiş şeklinde kabul edilmek gibi bir şanssızlığın konusu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi gibi yüksek ve yüce bir mahkemenin üyelerinin şu veya bu siyasi partinin mensubuymuş veya yakınymış gibi görünmesindeki mahzur izahtan varestedir kanaatındayım. Kaldı ki geçmiş yıllarda Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan seçimlerde adayların kendilerini tanıtmak yolundaki bütün iyi niyetlerine rağmen Meclis koridorlarında çalışmak zorunda kalmalarının yarattığı üzüntü verici hali hatırlatmak istemiyorum”).

Diğer yandan bugüne kadar hazırlanmış anayasa önerilerinde de Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmının TBMM tarafından seçilmesine yer verildiği görülmektedir. Örneğin kamuoyunda **Özbudun** Taslağı olarak ifadelendirilen metinde onyedinci üyeden oluşan Mahkemenin sekiz üyesinin TBMM'ce seçilmesi önerilmiştir. Bkz. www.cnnturk.com/dosyalar/anayasa/anayasa_Giris.asp (02.02.2008). “*Kelsen'in ifadesiyle, bir anlamda “negatif yasa koyucu”*”

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Mahkemenin meşruiyeti ile çoğulcu kompozisyon arasında doğrudan ilişki kurulmaktadır. Yani mahkeme ne kadar çoğulcu bir yapıya sahipse demokratik meşruiyetinin de o ölçüde olacağı ifade edilmektedir. Gerçekten de Mahkemeye tek bir görüş ya da siyasal eğilimin hâkim olduğu durumlarda mahkemenin meşruiyet sorunu ile karşı karşıya bulunulabilmesi kaçınılmazdır; böyle bir oluşuma dayalı mahkemenin gerçek bir demokratik meşruiyetinden de söz edilemeyecektir. Demokratik meşruiyetin gereği olarak çoğulcu bir kompozisyona sahip olabilmenin de birbiriyle ilintili iki vazgeçilmez yolu bulunmaktadır: Birincisi mahkeme üyelerinin belirli dönemlerde yenilenebilmesi ikincisi ise mahkemenin değişik eğilimleri ve toplumsal görüşlerin temsiline dayalı bir atama/seçme yöntemine dayalı olması¹⁹. Örneğin Japonya’da mahkeme üyelerinin tamamı hükümet tarafından atanmaktadır. Mahkemenin kompozisyonu tamamen homojendir. Çünkü İkinci Dünya Savaşı’ndan bugüne kadar aynı parti iktidarda bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da uygulamada hiç anayasaya aykırılık kararı ile karşılaşmamaktadır. Haliyle Mahkeme belirli bir siyasal eğilimin politik aygıtı izlenimi vermekte ve bu durum da mahkemenin kredibilitasını zayıflatmaktadır. İsveç’te yaklaşık elli yıldır aynı parti iktidarda olduğundan ve hükümet de hep kendi eğilimine uygun üyeleri göreve getirdiğinden mahkeme kompozisyonu hep homojen bir nitelik taşımaktadır. Bunun sonucu olarak da pratikte Avrupa’nın diğer ülkelerindeki gibi işleyen bir anayasa mahkemesinden söz edilmemektedir²⁰. Diktatörlük yahut otoriter rejimden çıkan ülkelerde anayasa mahkemelerinin meşruiyet sorunu yaşadıkları açıkça görülebilmektedir. Bunda da temel neden mahkeme kompozisyonudur. Bu tür devletlerin anayasa mahkemelerinde özellikle eski rejime ait kişilerin yer aldıkları görülmektedir. Örneğin post sosyalist süreçte

olarak işlev gören anayasa mahkemelerine yasama organlarının üye seçmesi bu kurumun demokratik meşruiyetini sağlamak bakımından kaçınılmaz bir gerekliliktir” (Özbudun Taslağı madde 112 gerekçesinden). Türkiye Barolar Birliği önerisine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi dört üye seçecektir (Yüksek Öğretim Eşgüdüm Kurulu’nun göstereceği adaylar arasından iki profesörü, Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulunun göstereceği adaylar arasından bir avukatı ve bir üyeyi de doğrudan Sayıştay’dan). TBB Taslağı madde gerekçesinde şu satırlara yer verilmiştir: “...Üyelerin seçimi yargı bağımsızlığı ilkesi esas alınmak ve ulusal iradenin de katkısı sağlanmak üzere yüksek yargı organları, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmıştır.” Bkz. Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 4. Baskı, TBB Yay., Ankara Kasım 2007, s.278-279.

Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan mahkemenin yeniden yapılandırılmasına ilişkin taslak çalışmada onyediy üye olarak düşünülen Mahkemenin dört üyesinin TBMM tarafından seçilmesi önerilmektedir. Bkz. Kılıç Haşim, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”, *Anayasa Yargısı* 21, Ankara 2004, s. 80-94.

¹⁹ Favoreu, a.g.m., s. 575.

²⁰ Favoreu, a.g.m., s. 575.

bu tarz oluşuma yer verilmiş Doğu Avrupa ülkeleri anayasa mahkemeleri güven ve kredibilite sorunuyla karşı karşıya kalabilmişlerdir²¹.

Tek bir bakış, düşünce ve ideolojinin hâkim olduğu bir anayasa mahkemesinin esasen kendi varlık nedeniyle de örtüşmeyeceği açıktır. Bu nedenle anayasa mahkemesine meşruiyet kazandırabilmek bakımından halkın değişik kesimlerinin ve eğilimlerinin mahkeme kompozisyonunda temsili gereği göz önünde tutulmalıdır²².

Üyelerin seçiminde daha açık ve saydam bir seçim usulünün tercih edilmesinin de mahkemenin demokratik meşruluğuna katkı sağlayabileceği söylenilebilir. Böyle bir usul, üye ile kamuoyunu yakınlaştıracak gibi mahkeme kararlarının da kabul derecesini yükseltebilecektir²³.

Üyelerin tamamının yahut bir kısmının seçiminin parlamentoya ait olduğu ülkelerde de seçim ya basit çoğunlukla, ya salt çoğunlukla yahut nitelikli çoğunlukla yapılmaktadır. Ancak sayısal açıdan bakıldığında nitelikli çoğunluk diğer yöntemlere göre biraz daha baskın konumdadır. Bunda da amaç, mümkün olduğunca anayasa mahkemesinin aynı düşünce ailesinin tekeli altına girmesini önlemektir. Böylece Parlamentoda nitelikli çoğunluğa sahip olmayan çoğunluk partisinin seçilecek yargıçlar konusunda muhalefetle uzlaşmaya gidebilmesi sağlanmış olacaktır²⁴. İtalya, Almanya, Belçika, Portekiz, Macaristan'da üçte iki, İspanya'da beşte üç, Polonya'da salt çoğunluğa yer verilmiştir²⁵. Aşağıda bu konuda farklı örneklerle yer verilmiş ve ardından da tablo eşliğinde AB ülkelerine ait detay bilgiler sunulmuştur.

Almanya'da tüm üyeler Alman Federal Meclisi tarafından seçilir. Toplam onaltı üyenin yarısını çift kanatlı Federal meclisin Federal Millet Meclisi olarak adlandırılan kanadı (Bundestag), diğer yarısını ise Federal Senato (Bundestrat) seçmektedir. Her iki meclis de üye tamsayısının üçte ikisi ile seçer (Ay. m. 94). Federal yargıç olabilme koşullarına sahip adaylar Bundestag'ın parlamento gruplarınca, Federal Hükümet tarafından ya da eyalet hükümetle-

²¹ Favoreu, a.g.m., s. 575.

²² Favoreu, a.g.m., s. 576.

²³ Kanadoğlu (Korkut), a.g.m., s. 71.

²⁴ Grewe, C. "Le Statu du Conseil Constitutionnel a la Lumiere des enseignements du Droit Comparé", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004/8, 198-199; Kaboğlu, a.g.e., s. 22.

²⁵ Gürcistan'da Meclis üye tamsayısının beşte üçü (Ay. m. 88/2). Kosova'da 9 üyenin 7'sini Meclis 2/3 çoğunluğu ile 2'sini ise mevcut üyelerin çoğunluğuyla seçer (Ay. m. 114/3).

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

rince önerilir. Adalet bakanlığı aracılığıyla önerilen aday listeleri Parlamento-ya sunulur ve parlamentonun iki kanadında da ayrı ayrı kendi kontenjanları doğrultusunda seçim yapılır. Bundestrat doğrudan üye tamsayısının üçte iki oyuyla seçimi gerçekleştirirken, Bundestag'ta önce partilerin sandalye sayısı nispetinde oniki kişilik bir ikinci seçmenler kurulu oluşturulur. Bu belirlenen Kurul toplam üyenin 2/3 çoğunluğu ile de (en az sekiz oy) mahkemenin sekiz üyesini seçer. İki dairesel Mahkemenin her dairesine en az üç üye üç yıldır Yüksek Mahkeme'de görev yapan hâkimler arasından seçilir²⁶.

Macaristan'da bütün üyeler Macaristan Millet Meclisi tarafından seçilmektedir. Meclis bu seçimi üye tam sayısının 2/3 çoğunluğu ile gerçekleştirilmektedir. Adaylar, Mecliste temsil edilen her bir partinin parlamento grubunun belirlediği milletvekilinin katılımından oluşan "aday belirleme komitesi" tarafından belirlenip Meclise sunulur (Ay, m. 32/A; 1989 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 6) ve Meclis tarafından seçilir²⁷.

Polonya'da tüm üyeler Polonya Meclisinin alt kanadı olan Millet Meclisi tarafından (Diet Meclisi) seçilir. Adaylar en az elli milletvekili yahut "Millet Meclisi Bürosu" tarafından gösterilir. Oylamaya katılan milletvekillerinin yarısından bir fazlasının oyunu elde eden aday seçilmiş olur (Ay, m. 194; 1997 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 5).

Slovakya'da üyelerin tamamı Slovak Millet Meclisinin önerisi üzerine cumhurbaşkanınca atanır. Adaylar, Slovak Millet Meclisine, meclis üyeleri, hükümet, avukat meslek birlikleri, akademik kurumlar, Slovak cumhurbaşkanı, Anayasa mahkemesi başkanı, Yüksek Mahkeme başkanı (Supreme Court), cumhuriyet başsavcısı tarafından önerilebilir. Bu öneriler Millet Meclisinde değerlendirilir ve hazırlanan liste cumhurbaşkanına sunulur. Cumhurbaşkanı liste üzerinden atamayı gerçekleştirir.

Slovenya'da da tüm üyeler Millet Meclisi tarafından seçilir. Aday başvuruları cumhurbaşkanlığına yapılır. Cumhurbaşkanı her bir boş yer için birden fazla ismi Millet meclisine sunabilir. Meclis, toplam milletvekili sayısının basit çoğunluğuyla karar verir (Kanun, m. 13-14).

²⁶ Favoreu, Louis, **Les Cour Constitutionnelles**, Que sais je? PUF, Paris 1986, s. 54; Tunç, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Yetkin Yay., Ankara 1997, s. 131. Ayrıca bk. <http://www.bverfg.de/en/organization/organization.html> (02.02.2010).

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Tunç, Hasan, "Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi İle Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması", **Anayasa Yargısı**, XII, 1995, s. 292.

Romanya'da üyelerin altı tanesi Romanya Meclisi tarafından seçilmektedir. Üçü cumhurbaşkanınca atanmaktadır. Romanya Meclisi iki kanatlı olup altı kişiden üçünü Senato, üçünü de Millet Meclisi seçmektedir. Adaylar, parlamento grupları, milletvekilleri ve senatörler aracılığıyla Parlamento hukuk komisyonuna sunulur. Hukuk komisyonu ve Millet Meclisi oturumunda adaylar dinlenilir ve her bir aday için gerekçeli rapor tutar ve önerileriyle birlikte Parlamento Daimi Bürosu'na sunar. Büro, önerileriyle birlikte her bir meclise sunar ve bu meclislerin her birinden üçer aday için oylamaya gidilir. Oylama sonunda en fazla sayıda oyu elde etmiş adaylar üyeliğe seçilir (1992 tarihli Ay Mahkemesi kanunu, m. 5).

Nihayet mahkeme üyeliğinde asıl-yedek ayırımı istisnai bir uygulama biçimi olup bugün itibarıyla AB ülkelerinde bir tek Avusturya Anayasa Mahkemesi'nde söz konusudur²⁸.

²⁸ Avrupa genelinde Avusturya dışında Monako Prensiği (Ay. m. 89) ve Türkiye'de bulunmaktadır. Bu ayırım Türkiye'de 1961 Anayasası ile getirilmiştir. 82 Anayasasının hazırlıkları sırasında Anayasa Komisyonu ve Danışma Meclisi taslaklarında yer verilmemiş de MGK'da görüşülmesi sırasında anayasa metnine eklenmiştir. Asıl üye yedek üye arasında önemli farklılıklar söz konusudur. Bir kere yedek üyenin asıl üye olma şansı yoktur. Yedek üye, asıl üyelerin sahip olduğu bazı imkânlardan yararlanamamaktadır. Örneğin anayasa mahkemesi başkan ve vekilinin seçimlerine katılamazlar. Uyuşmazlık Mahkemesi başkanı olabilirler ancak bu mahkemenin başkanlık seçimine katılamazlar. Yalnızca asıl üyenin özürlerinin varlığında mahkeme kuruluna katılamamaları durumunda katılabilmektedirler. Çoğu zaman hangi toplantıya katılıp katılamayacağını son ana kadar bilememektedirler. Bu ayırımın pratik bir yararı olmadığı ve dolayısıyla kaldırılması gereği bilim camiasında ve mahkemede başkanlık ve üyelik yapmış uygulayıcılarca hemen hemen ittifakla benimsenmiş bir görüştür. Bkz. Kaboğlu, a.g.e., s. 27; Atar, a.g.m., s. 101; Odyakmaz, Zehra, Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", Anayasa Yargısı 25, 2008, s. 179; Ulaş, a.g.m., Özden, Yekta, Güngör, "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", **Bahri Savcıya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Ankara 1988, ss. 375-392; Aliefendioğlu, Yılmaz, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı", **Amme İdaresi Dergisi**, XXIV, 1992, s. 30-31; Gönül, Mustafa, Anayasa Mahkemesinde Yapısal Bir Sorun, **Cumhuriyet Gzt.**, (Olaylar ve Görüşler, s.2), 07.07.1992; Darıcıoğlu, Necdet, "Açış Konuşması", **Anayasa Yargısı-8**, Ankara 1991, s. 8.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Tablo 1: AB üyesi devletlerde anayasa mahkemelerinin üye sayısı ve seçme/atama organ ve makamları

ÜLKE	Üye Sayısı	Seçme/Atama Makamı	Anayasal Temel
Almanya	16	8 Bundestag (Federal Ulusal Meclis), 8 Bundesrat (Federal Konsey-Lander Temsilcileri Meclis)	m. 94
Avusturya	20 ²⁹	Başkan, başkan yardımcısı, 6 asıl ve 3 yedek üye Federal Hükümetin, 3 asıl ve 2 yedek üye Parlamento alt kanadının (Millet Meclisi) ve 3 asıl ve bir yedek üye de Parlamentonun üst kanadının (Senato- Federal Konsey) önerisi üzerine Federal Başkan tarafından atanır.	m. 147
Fransa	9 ³⁰	3 cumhurbaşkanı, 3 Senato, 3 Millet Meclisince	m. 56
Bulgarista	12	4 Cumhurbaşkanı, 4 Millet Meclisi, 4 Yargıtay ve Danıştay genel kurullarınca seçilir.	m. 147
Belçika	12	Temsilciler Meclisi ve Senatonun 2/3 çoğunluklarınca çift liste üzerinden sunulan adaylar Belçika Kralı tarafından seçilir.	m. 142 ³¹
Çek C.	15	Parlamentonun Üst kanadının (Senatonun) basit çoğunluğunun onayına bağlı olarak cumhurbaşkanınca atanır.	m. 84/1

²⁹ Başkan, başkan yardımcısı ve diğer 12 üye ile birlikte toplam 14 asıl ve 6 yedek üyeden oluşmaktadır.

³⁰ Eski cumhurbaşkanları, Konsey'in doğal üyesidir.

³¹ Anayasa, üyelerin nasıl geleceğini belirtmemiş ve bunu kanuna bırakmıştır. Dolayısıyla Anayasanın yapmış olduğu atıf gereği Mahkemenin kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkındaki Kanun'un 33-35 maddeleri bu konuyu düzenlemiştir.

Estonya	9	Devlet Yüksek Mahkemesi Anayasa Dairesi başkanı, cumhurbaşkanının önerisiyle Parlamento tarafından atanır. Üyelerinin tamamı da Mahkeme Başkanının önerisiyle Devlet Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu tarafından atanır.	m. 149/3-2
İspanya	12	4 Parlamento alt kanadı, 4 Parlamento üst kanadı, 2 hükümet, 2 yargıçlar genel konseyince seçilir, Kral tarafından atanır	m. 159
İtalya	15	5 Meclis, 5 cumhurbaşkanı, 5 yargı (3 Yargıtay, 1 Danıştay, 1 Sayıştay)	m. 135.
Finlandiya	15	Adalet bakanı ve Bakanlar Konseyi'nin olurlarıyla cumhurbaşkanı tarafından atanır	m.99
Macaristan	11	Tamamı Macaristan Parlamentosu tarafından seçilir.	m. 32/A
Polonya	15	Tamamı Polonya Meclisinin alt kanadı Diète tarafından seçilir.	m. 194
Portekiz	13	10'u doğrudan Portekiz Meclisi'nin 2/3 çoğunluğu tarafından seçilir, 3 üyenin seçiminde de kooptasyon usulü gereği Yüksek Mahkeme kendisi seçer ve Meclis atar.	m. 222.
Danimarka	30	15'i Danimarka Meclisi, 15'i	m. 59
Romanya	9	3'ü cumhurbaşkanı, 3'ü, Millet meclisi, 3'ü Senato tarafından seçilir.	m. 140.
Litvanya	9	3'ü cumhurbaşkanı tarafından gösterilenlerden olmak kaydıyla tüm üyeler Meclis tarafından atanır.	m. 103.
Malta	3	Başbakanın önerisi üzerine Mahkeme Başkanı tarafından atanır.	m. 95-96.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Letonya	7	3'ü Letonya Meclisi tarafından doğrudan atanır. 2'si Bakanlar Kurulu, 2'si Yüksek Mahkeme Genel Kurulu önerisi üzerine Letonya Meclisi tarafından seçilir.	Mahkeme Kanunu, m. 3.
Slovakya	13³²	Slovak Cumhuriyeti Ulusal Meclisi tarafından kendisine sunulan toplam üye sayısının iki katı oranındaki aday listesi üzerinden cumhurbaşkanı tarafından seçilir.	m. 134.
Slovenya	9	Cumhurbaşkanını tarafından sunulan adaylar Millet Meclisinin basit çoğunluğu tarafından seçilir.	m. 163.
İrlanda	8	Hükümetçe seçilir, cumhurbaşkanınca atanır.	Ay. m. 35 ³³ ;
Lüksemburg	9	Yüce Divan ³⁴ Başkanı ve Danıştay Başkanı ile iki Yargıtay üyesi doğal üyedir. Beş üye ise Yüce Divan ve Danıştay'ın Genel Kurul kararıyla belirlemiş oldukları her bir yer için önerilen üçlü aday öneri listesinden Dük tarafından seçilir.	m. 95ter ³⁵ .
Norveç	5	Adalet Bakanının önerisi üzerine Krallık Özel Konseyi tarafından atanır.	m. 88
Hırvatistan	11	Hırvat Meclisinin bir kanadı olan Upanijski dom'un önerisi üzerine Temsilciler Meclisince seçilir.	m. 122.
Hollanda		Anayasallık denetimi yok	
İngiltere		Yazılı anayasa yok. Anayasallık denetimi yok	

³² Anayasa m. 134'te yapılan anayasa değişikliği ile 01.01.2002 tarihinden geçerli olmak üzere daha önce 10 olarak belirlenmiş olan üye sayısı 13'e çıkartılmıştır.

³³ Atama yöntemi ve esasları 2002 tarihli Cours and cours officers act'ta düzenlenmiştir.

³⁴ La Cour Supérieure de Justice olarak adlandırılan Mahkeme Lüksemburg'da özel olarak Yüce Divan görevini ve uyuşmazlık mahkemesi görevini yerine getirmektedir.

³⁵ 12.07.1996 tarihli anayasa değişikliği ile anayasa mahkemesi kurulmuştur

II. ÜYELERİN GÖREV SÜRELERİ VE YENİDEN SEÇİLEBİLMELERİ

Anayasa mahkemesi üyelerinin görev süreleri ve yeniden seçilip seçilememeleri sorunu mahkemenin kompozisyonu açısından hayli önem taşır. Çünkü bu ölçütler, üyelerin bağımsızlığını, kurumun istikrarını, mahkeme içerisindeki siyasal eğilim değişim imkânını da beraberinde getirir. Yaş tek başına mahkemenin meşruiyeti açısından önemli bir faktör değilse de üyelik açısından belirli bir yaşa ulaşmış olmak koşuluna yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte üyelerin yaşı ile mahkemenin saygınlığı arasında ilişki kurulamaz.³⁶

Mahkemenin demokratik meşruiyeti bakımından en kabul edilebilir sistemin yeniden seçilebilme imkânı olmaksızın ya da son bir kez daha seçilebilme imkânı sunan makul uzunlukta bir görev süresine yer verilmesidir³⁷. Anayasa mahkemesi üyelerinin uzun süre görevde kalmaları hele hele yaşamları boyunca görevde kalabilmeleri mahkemeyi tutucu bir yapıya götürebileceği ve toplumsal dinamizme yabancı kılabilmek riskine maruz bırakabileceği nedeniyle benimsenmemektedir³⁸. Şu halde anayasa mahkemesi üyeliğinin görev süresi yönünden sınırlandırılmamış olması, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti açısından olduğu kadar mahkeme üyelerinin toplumun evriminden kopma genel sakıncasını da beraberinde getirir³⁹. Böylece, anayasa mahkemesinin meşruiyetini sağlamak bakımından gerekli çoğulcu yapıyı gerçekleştirebilmek için her şeyden önce mahkeme üyelerinin görev sürelerinin makul ölçülerde tutulması önemlidir. Olağan yargıçlardan farklı olarak anayasa mahkemesi üyeliği bir kariyer alanı da değildir⁴⁰.

AB ülkelerinde daha yaygın olarak kullanılan model, üyeliğin belirli bir süre ile sınırlandırılmasıdır. Ancak bir kısım devletlerde görev süresine herhangi bir sınır getirilmemiştir. Bu ülkelerde emeklilik yaşına kadar görevde kalınabilmektedir. Örneğin Lüksemburg, Avusturya, İrlanda'da emekli oluncaya kadar görevde kalınmaktadır. Diğer yandan birçok ülkede üyelik için belirli bir üst yaş sınırı getirilmiştir. Dolayısıyla bu yaşa gelmiş olan üye, görev süresi henüz sona ermiş olmasa da artık görevine devam edememektedir.

³⁶ Favoreu, a.g.m., s. 574.

³⁷ La composition des cour constitutionnelles, s. 20.

³⁸ Favoreu, Louis (coordinateur), Gaia, Patrick, Ghevontian et autres, a.g.e., s. 242.

³⁹ Kaboğlu, a.g.e., s. 33; Atar, a.g.e., s. 103; Ulaş, a.g.m.

⁴⁰ Favoreu, "La légitimité du juge constitutionnel", s. 576.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Ancak az da olsa bazı ülkelerde üst yaş sınırı getirilmemiştir. Böyle olunca da hangi yaşta olursa olsun ömrü elverdiği müddetçe görev süresi sona erinceye kadar görevini sürdürebilmektedir. Doğal olarak da bu ülkelerde mahkemenin yaş ortalamasının hayli yükseklerde seyrettiği görülmektedir.

Bağımsızlık ve tarafsızlıklarına halel getirebileceği düşüncesiyle AB ülkelerinde Macaristan dışında, üyelerin görev sürelerinin sona ermesi halinde bu göreve yeniden seçilememesi kuralı benimsenmiştir. Macaristan da ise iki kez seçilebilme imkânı getirilmiştir.

Aşağıdaki tabloda üyelerin görev sürelerine ve yeniden seçilebilme imkânı olup olmadığına yer verilmiştir.

Tablo 2: AB Devletlerinde Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Görev Süreleri ve Yeniden Seçilme/Atanma Durumu

Devlet	Görev süresi	En fazla kaç yaşına kadar görevde kalır	Yeniden seçilebilme
Almanya	12	68	Yeniden seçilemez.
Avusturya	Emekli olana kadar	70	Yeniden seçilemez
Fransa	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez. Her üç yılda bir üçte biri yenilenir.
Bulgaristan	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez. Üçte biri her üç yılda bir yenilenir.
Belçika	Emekli olana kadar	70	Yeniden seçilemez.
Çek Cumhuriyeti	10	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilebilir.
Estonya	Emekli olana kadar	68	Yeniden seçilemez.
İspanya	9	Yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez. Her üç yılda üçte biri yenilenir.

İtalya	9	Yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez.
Macaristan	9	70	Bir defa daha seçilebilir.
Polonya	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez.
Portekiz	9	70	Yeniden seçilemez.
Danimarka	Emekli olana kadar	70	Yeniden seçilemez.
Romanya	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez. Her üç yılda üçte biri yenilenir.
Litvanya	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez. Her üç yılda üçte biri yenilenir.
Malta	Emekli olana kadar	65	Yeniden seçilemez.
Letonya	10	70	Yeniden seçilemez.
Slovakya	12 ⁴¹	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez.
Slovenya	9	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilemez.
İrlanda	Emekli olana kadar	70	Yeniden seçilemez
Lüksemburg⁴²	Emekli olana kadar	65	Yeniden seçilemez
Hırvatistan	8	Üst yaş sınırı yok	Yeniden seçilebilir.

⁴¹ Daha önce yedi yıl olarak belirlenmiş olan görev süresi 01.01.2002 tarihi itibarıyla on iki yıla çıkarılmıştır (m. 134).

⁴² Anayasa'da ve 27.07.1997 tarihli Mahkeme Kanununda bu konu açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte Kanunun 3/6 hükmünde yer alan "hâkimlik görevinin kesin olarak sona ermesi" ibaresinden diğer hâkimlerin görev süresine tabi tutulduğu çıkarılmaktadır. Dolayısıyla diğer hâkimler de 65 yaşına kadar görevlerinde kalabildiklerinden Anayasa mahkemesi üyelik görev süresi de emekli olana kadar belirtilmiştir. Bkz. Kuhn, Nicole-Éric Rousseau, La

III. GÖREVE ARANILAN NİTELİKLER

Mahkeme üyelerinin göreve getirilişinde yukarıda belirttiğimiz yöntemlerin hangisi kullanılmış olursa olsun tek başına mahkemenin saygınlığını (kredibilitesini) sağlamak bakımından yeterli olamaz. Siyasal otoritelerin mahkeme üyelerinin göreve gelmelerine katılımları önemli olmakla birlikte yeterli değildir. Bunun yanında göreve getirilen üyelerin belirli nitelikleri taşıması da gerekmektedir. Çünkü mahkemenin demokratik meşruiyetinin bileşenlerinden birisi de sosyal meşruiyettir. Halkın mahkeme üyelerine olan saygı ve güveni onların taşımaları gereken niteliklerle yakından ilgilidir. Bir anayasa mahkemesi kamuoyunun desteğinden yoksunsa demokratik meşruiyete sahip değildir. Mahkemenin otoritesi ve saygınlığı kamuoyu desteğiyle doğru orantılıdır⁴³.

Anayasa Mahkemesi üyeliği için ne gibi koşulların gerektiği ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Siyasetin yargısallığı gibi hayli çetrefil davaları incelediğinden burada görev alacak olan üyelerin nitelikleri ve belirlenmesi yöntemleri de geleneksel yargı ölçütlerinden ister istemez değişkenlik gösterebilmektedir⁴⁴. Acaba bu mahkemelerin üyelerinin mutlaka hukukçu olmaları gerekli midir?

Anayasallık denetiminin münhasır ve tekel yetkili, özel mahkeme esasına dayalı Kelsen Modeli'nde üyenin hukukçu olması gereği *sine qua non* bir koşul olarak görülmemektedir. Ancak mahkemelerin klasik norm denetimi dışında zamanla yargılama alanlarının genişlemesi ve yüce divan gibi son derece teknik davaları da görebilme yetkileriyle donatılmaları karşısında eğilim meslek mensuplarına doğru kaymıştır. Bu nedenle de bugün hemen hemen tüm devletlerde mahkemenin saygınlığı ve meşruiyeti bakımından üyesinin herhangi bir hukukçu olmaktan da öte yetişkin (chevronné) hukukçu olması koşuluna yer verildiği görülmektedir⁴⁵. Öğretide Favoreu, hukukçu olma zorunluluğunun mahkemenin itibarına ve meşruiyetine katkı sunacağı önermesini doğrulayabilmenin zorluğuna işaret ettikten sonra, "*hukukçu olmayan ama güçlü ve güven verici kişiliği ve etkin siyasal ve yönetsel deneyimleri bu-*

Cour Constitutionnelle Luxembourgeoise, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001/2, s. 462.

⁴³ Guy, a.g.m., s. 269.

⁴⁴ Favoreu, Cour Constitutionnelles a.g.e., s. 18-19; Favoreu, Louis (coordinateur), Gaia, Patrick, Gheventian et autres, a.g.e., s. 240.

⁴⁵ Favoreu, "La légitimité du juge constitutionnel", s. 574.

lunan bir üyenin mahkemenin kredisine ve meşruiyetine hukuk teknisyeni bir üyeden çok daha fazla katkı sağlayacağını” belirtmektedir⁴⁶. Bununla birlikte bu yaklaşımın da ölçülebilir olmaktan uzak bulunduğunu söyleyebiliriz. En azından bunu doğrulatabilecek kurum sayısının son derece sınırlı olması ve ana kütleli temsil edici nitelik taşımaktan uzak oluşu nedeniyle Favoreu’nün görüşünün tahmini bir çıkarsamadan öte gidemeyeceği açıktır. Bazıları, makul sayıda olmak kaydıyla hukuk dışındaki alanlardan üyenin olabileceğini, bunun mahkeme kararlarına zenginlik katacağını, hukuk dışında iktisadi, mali konuların daha sağlıklı ve gerçekçi analizine katkı sağlayacağını belirtmektedir⁴⁷. Bazıları da hukuk mesleği dışından üye olabildiğini mahkemenin klasik mahkeme anlayışından farklı bir görev yapması ve siyasi işlevinin de bulunmasıyla gerekçelendirmektedir⁴⁸.

Kanaatimizce mahkeme adını aldığı ve yargı organı kimliği taşıdığı ve sahip olduğu görkemli yetkiler düşünüldüğünde burada yer alacak üyelerin hukuk mesleğinden gelmemeleri mahkeme kararlarının meşruiyetine gölge düşürme riski taşır. Zaten mahkeme, siyasi iradenin yargısal denetimi işlevi nedeniyle doğası gereği siyasi kimlik taşımaktadır. Buna bir de hukukçu olmayan ve siyasi mercilerce seçilmiş üye profili eklendiğinde kurumun hukuksal olmaktan çok siyasi karar mercii olarak değerlendirilmesi ve algılanmasına kapılar büsbütün aralanmış olur. Anayasa mahkemelerinin yüce divan, parti kapatma, norm denetimi gibi birbirinden zor ve çetrefil davalara baktığı düşünüldüğünde üyelerinin hukuk formasyonu almış olmaları gereğini tartışmak dahi gereksizdir⁴⁹. Şüphesiz kurumun adı Fransa’daki gibi Anayasa Kon-

⁴⁶ Favoreu, “La légitimité du juge constitutionnel”, s. 574.

⁴⁷ “...hukukçuların yanında, iktisadi ve idari bilimler, siyasi bilgiler, iktisat vb. gibi diğer sosyal bilim dallarından seçilecek üyeler Anayasa Mahkemesi’nin görevini lâyıkıyla yapmakta yardımcı olacaklar ve çeşitli yönlerden değerlendirmeleriyle çıkacak kararları zenginleştireceklerdir. Çünkü Türkiye’imizde Anayasa Mahkemesi; görevleri icabı kanunların anayasaya uygun olup olmadığını yalnızca hukuk normları bakımından değil, cumhuriyetin nitelikleri açısından da incelemektedir. Bu bakımdan Türkiye Cumhuriyeti’nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Anayasanın başlangıç hükümlerinde belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti anlayışına uygun olup olmadığının saptanması bakımından diğer sosyal meslek mensuplarının da Anayasa Mahkemesi’ne üye olarak katılmasında zorunluluk vardır”. Odyakmaz, a.g.m., s. 188. “Hukukçu olmasa dahi, Sayıştay’dan seçilecek üyenin, mali nitelikli davalarda yararlı olacağı söylenebilir”. Atar, a.g.m., s. 102.

⁴⁸ Bkz. Atar, a.g.m. s. 102.

⁴⁹ Türkiye’de de, mahkeme üyeliği için hukukçu olma koşulu aranması gerektiği genellikle benimsenmektedir. Tülen, a.g.m., 174; İyimaya, a.g.e., 38-39; Kanadoğlu, (O. Korkut), a.g.m., s. 71. Ulaş, a.g.m; Aksi fikir, Odyakmaz, a.g.m., s. 188; Atar, a.g.m, s. 102. Gerek Özbudun Komisyonu, gerek TBB tasarıları ve gerekse Anayasa Mahkemesi önerisinde hukukçu ol-

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

seyi (Conseil Constitutionnelle) olursa ve yargısal bir kimlik taşımazsa veya Belçika'daki Cour d'arbitrage gibi quasi-judiciaire (yarı yargısal/yargı benzeri) bir nitelik⁵⁰ taşırsa üyelerinin hukukçu olmaması yadırgatıcı gelmez. Kaldı ki, bu ülkelere bakıldığında her iki kurumun da Yüce Divan yetkisine sahip olmadığı görülmektedir. Fransa'da bu iş özel bir mahkemeye, Belçika'da ise Yargıtay'a verilmiştir. Kurum bir yargı organı olup üyeleri de yargıç sıfatını taşımasına karşın hukuk adına hiçbir bilgi ve deneyim sahibi olmayanlar arasından (örneğin bir tıp doktoru, bir makine mühendisi, kimyager, general, işletmeci) seçilmiş olması ve bu kurumun da demokratik temsil niteliği olan parlamento iradesi hakkında karar vermesi zaten doğasında mündemiç bulunan "demokratik meşruiyet açığını" derinleştirmekten başka bir sonuç doğurmaz. Dolayısıyla üyenin göreve getirilişinde hangi usul benimsenirse benimsensin, her şeyden önce kurum mahkeme niteliği taşıyorsa üyenin ehil bir hukukçu olması gerekir⁵¹. Anayasallık denetiminin Dünyadaki ilk öncüsü ABD'de mahkeme üyelerinin alanına hâkim, tanınmış, hukukçulardan seçilmesi mahkemenin kurumsal meşruiyetinin vazgeçilmez bir unsuru olarak görülmekte ve mevzuat çerçevesinde herhangi bir hukukçu olmak yeterli görülse de kurumsal meşruiyetini sağlamak bağlamında, seçilecek üyenin saygın konumu, engin hukuk birikimine, herhangi bir derin polemige yol açabilecek kusur ve eksikliklerin var olup olmadığına özel olarak dikkat edilmektedir⁵². Senato'nun yahut değişik grup ve çevrelerden oluşan seçmen kitlelerinin sert eleştirileri, başkan üye seçiminde dikkatli davranmaya sevk etmektedir⁵³.

AB ülkelerinden Belçika ve Fransa dışında⁵⁴ diğer tüm ülkelerde mahkeme üyeliği için hukukçu olmak⁵⁵ ve yüksek yargıçlık için gerekli bilgi ve uz-

mak zorunluluğuna yer verilmemiştir.

⁵⁰ Hatta bazılarında göre Belçika'da gerçek bir anayasa yargısı bulunmamaktadır. Bkz., Lijphart, Arend, **Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri** (Çevirenler: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, s.129 Tablo 11/2.

⁵¹ Grewe, a.g.m., s. 200.

⁵² Scoffoni, a.g.m., s. 252.

⁵³ Scoffani, a.g.m., s. 252.

⁵⁴ Avrupa'da İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi üyeliği için de hukukçu olma zorunluluğuna yer verilmemiştir. Grewe Fransız Anayasa Konseyi'nin pratiği ne olursa olsun bu koşul açısından standart dışı olduğunu ve bir reforma gereksinim duyduğunu ifade etmektedir (a.g.m., s. 200).

⁵⁵ 2010 Mart itibarıyla Fransız Anayasa Konseyinde iki üye hukukçu değildir. Belçika Anayasa Mahkemesi'nde ise üç üye hukukçu değildir (ikisi eğitimci, biri tıp doktoru). Avrupa'da diğer ülkelere bakıldığında da durumun AB ülkelerinden farklı olmadığı açıkça görülmektedir. **Moldova**: hukukçu ve 15 yıllık mesleki deneyim; **Azerbaycan**: hukukçu ve

manlık, gibi koşullar aranmaktadır. Özellikle belirli bir süre hukuk mesleği ile ilgili olarak herhangi bir alanda çalışmış olmak (mesleki deneyim) koşuluna özel olarak atıfta bulunmaktadır.

Diğer yandan mahkemenin salt hukuk kökenli siyasetçilerden veya tamamen yargıç sınıfından gelmiş olması çoğulculuk açısından ideal bir terkip biçimi değildir. Anayasa mahkemesinin saygınlığını sağlamak bakımından deneyime ve liyakate yer verilmesi yanı sıra farklı mesleki (hukuk) deneyim alanları arasında dengenin ve dozun da iyi ayarlanmış olması gerekir. Belirli bir meslek grubunun hâkim olması yerine çeşitli meslek alanları (avukat, hâkim, hukuk öğretim elemanı, hukuk kökenli siyasetçi, kamu görevlisi gibi)

5 yıllık deneyim, **Belarus**, hukukçu ve bilisel derecesi olan, belirli bir hukuk alanında tanınmışlık; **Arnavutluk** hukukçu ve 15 yıllık deneyim; **Ermenistan**: hukukçu; **Ukrayna** hukukçu ve 10 yıl deneyim. **Makedonya** hukuk mesleği dışında bir koşul yok. **Gürcistan** hukuk mesleği dışında özel bir koşula yer vermemiştir. **Bosna Hersek** hukukçu olmak dışında bir koşul aramamaktadır. **Rusya Federasyonu** hukukçu olmak, 15 yıl hukuk alanında çalışmak, alanında çalışmalarıyla tanınmış olmak koşullarına yer vermektedir. **Kosova** Cumhuriyetinde hukukçu olmak ve on yıl hukuk alanında mesleki deneyim aranmaktadır. **Karadağ** cumhuriyeti Devleti'nde üyelerin hukukçu olması ve 15 yıllık mesleki deneyim aranmaktadır. **Sırbistan** Cumhuriyetinde hukukçu olmak dışında bir koşula yer verilmemiştir. **Ukrayna**'da hukukçu olmak on yıllık mesleki deneyim ve son yirmi yıl Ukrayna'da ikamet etmiş olmak şartlarına yer verilmektedir.

Türkiye'de 1982 Anayasası'nın 146'ncı maddesinin MGK'da görüşülmesi sırasında bu konuda aşağıdaki diyaloglar yaşanmıştır. **Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, B.118, 18.10.1982, O:3, s. 392-393.

MGK Genel Sekreteri Org. Necdet Üruğ: "Burada büyük bir yanlışlık yapılmış Sayın Başkanım; Üst kademe yöneticilerinin evsafını sayarken, mutlak surette hukuka bağlı kılmışlar. Hâlbuki bunu hiçbir tahsil durumuna bakmadan seçmek hakkı Cumhurbaşkanına verilecekti; bizim görüşümüz bu idi efendim... .. Buna göre, bunun dışında kimseyi seçemez efendim, Cumhurbaşkanı. Bunun orijinali böyle değildi efendim. Arkadaşlarım bu düzenlemeyi yaparken, zannediyorum bu "15 yıl müddeti" yazarken, karıştırıp, hepsini bir araya soktular. Hâlbuki üst kademedede, en üst düzeyde hizmet vermiş ve vermekte olan yöneticileri hangi tahsilde olursa olsun, bilfarz bir generali de - buraya atamak mümkün olur... Bunu düzeltmek gerekir... "Efendim, mesela idarece üstün hizmetler görmüş, idari kısımlarda bulunmuş bir tıp doktorunu, bir veterineri seçmek mümkün değil, bir generali seçmek hiç mümkün değil".

MGK Başkanı Org. Kenan Evren: "Gerçi, bu Anayasa Mahkemesidir; kanunların Anayasaya uygun olup olmadığını falan tetkik edecek. Tabii buraya bir veterineri getiremeyiz, doktor da olamaz"

Org. Üruğ: "Olabilir belki efendim. Mesela bir doktor çok üst derecede bir görev, faraza vekillik yapıyor... Anayasa Mahkemesine niye üye yapmayalım?"

Org. Kenan Evren: "...Vekillik yapar da Sağlık Bakanlığı yapar da, burada yapamaz. Mesela bir mühendis Sağlık Bakanlığı yapar; ama inşaat mühendisliği yapamaz"

Org. Necdet Üruğ: "Tabii, onun ihtisası falan var; ama bu böyle değil; bu, siyasi bir organdır ve siyasi kararların Anayasaya ve aynı zamanda idari uygunluğuna bakacaktır; memleketin bünyesine, yönetimine uygun olup olmadığı hakkında karar verecektir. Bunun orijinali bu anlayışla yazıldı".

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

arasında bir dengeli üye dağılımı mahkemenin çoğulcu kompozisyona daha fazla katkı sunar⁵⁶.

Nihayet belirtelim ki, hiçbir AB ülkesi anayasa mahkemesinde asker kökenli bir üye bulunmamaktadır⁵⁷. Yargı organının mahkemeye üye belirleme kontenjanı olan ülkelerde de özel olarak askeri mahkeme kontenjanına yer verilmemiştir.

Tablo 3: Mahkeme Üyeliği İçin Aranılan Asgari Yaş ve Nitelikler

DEVLET	YAŞ	ARANAN NİTELİKLER
Almanya	40	Hukuk mezunu , en az altı tanesinin de (her bir daire için üç) Federal Yüksek mahkeme yargıçıları arasından olması gerekir.
Avusturya	Yaş koşulu yok	Hukuk mezunu ve hukuk mesleği ile ilgili olarak alanlarında en az on yıl çalışma.
Fransa	Yaş koşulu yok	Özel bir koşula yer verilmemiş.

⁵⁶ Favoreu, "La légitimité du juge constitutionnel", s. 578; İyimaya, a.g.e., s. 38-40; Kanadoğlu, (Korkut), a.g.m., s. 71.

⁵⁷ Türkiye bu açıdan en ilginç örnek oluşturmaktadır. Anayasaya göre Mahkeme'de Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden mutlaka birer üye yer almak zorundadır. Ayrıca üç asıl üyenin de üst kademe yöneticiliği kontenjanından seçilebilmesi dikkate alındığında ve bunun asker olabilmesinin de mümkün bulunması karşısında toplamda beş asıl üyenin mahkemede yer alabilmesi hukuken imkân dâhilindedir. Her ne kadar şimdiye kadar beşi bir arada bulunmamışsa da hukuken herhangi bir engel yoktur. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin hayli tuhaf olduğu izahtan yoksundur. Asker bir üyenin hukukçu da olsa anayasa mahkemesi gibi bir mahkeme içerisinde yer alması kanaatimizce yerinde değildir. Dünya 'da da son derece istisnai örnekleri bulunmaktadır (Bkz. Başlar, a.g.m.) Bu konuda Gözler, son derece yerinde şu tespitlerde bulunmaktadır: "... belirtilmelidir ki, yargı organı tarafından seçilen 7 üyeden 2'si askerî yargı organları tarafından seçilmektedir. Ülke genelinde fevkalade küçük bir kitleyle alakalı olan Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesine ülkenin kanunları üzerinde böylesine söz söyleme yetkisine sahip bir organa üye seçme yetkisinin niçin verildiğini anlamak imkânsızdır. Yeryüzünde bizim bildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesine üye seçmede askerî yargı organlarına yetki veren bir ülke Türkiye haricinde mevcut değildir." Gözler, Kemal, "Anayasa Mahkemesi Üyelerini(n) Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", <http://www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm> (02.03.2010). Kamuoyunda Özbudun Taslağı olarak adlandırılan Taslak askeri yargıdan mahkemeye üye belirleme yetkisine yer vermemektedir. Öğretide Odyakmaz, Mahkeme'de askeri yargıdan da üye olmasının yararlı olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Odyakmaz, a.g.m., s. 186.

Bulgaristan	Yaş koşulu yok	Hukuk mezunu , onbeş yıllık mesleki deneyim.
Belçika	40	Yarısı hukuk mesleğinden, yarısı eski parlamenterlerden (hukukçu olması zorunlu değil). Yarısı Fransızca, yarısı Hollandaca bilenler arasından. En az beş yıl hukuk mesleğini icra etmiş olmak; parlamenterler içinse en az beş yıl süreyle
Çek Cumhuriyeti	40	Hukuk mesleği . On yıllık mesleki deneyim
Estonya	30	Hukuk mesleği ve yüksek mahkemede görev alabilecek bilgi, deneyim.
İspanya	Yaş koşulu yok	Hukuk mezunu . Onbeş yıllık mesleki deneyim.
İtalya	Yok	Hukuk mezunu . İdari veya adli hâkim olmak veya emekli hâkim, hukuk profesörü veya hukuk mesleğini en az yirmi yıl icra eden avukat vs.
Macaristan	45	Hukuk mezunu olup hukuk ya da siyasal bilimler alanında profesör, yüksek yargı organlarında yargıç ya da savcı, en az yirmi yıl hukuk mesleğini icra eden diğer kişiler
Polonya	Yaş koşulu yok	Hukuk mezunu . Mahkeme Kanunu, m. 5'te Yargıtay ve Danıştay'da hâkimlik için aranan niteliklere sahip olmak koşuluna yer vermektedir ⁵⁸ .
Portekiz	Yok	Hukuk mezunu . Hukuk doktorası ya da yargıç sınıfından olmak
Danimarka	Yok	Hukuk mezunu
Romanya	Yok	Hukuk mezunu ve yüksek öğrenim kurumlarında veya diğer mesleklerde en az 18 yıllık çalışma.
Litvanya	Yok	Hukuk mezunu , yüksek eğitim alanında veya diğer alanlarda hukuk mesleğini en az on yıl süreyle icra etmek

⁵⁸ Bu mahkemelerde yargıçlık için en az hukuk mastırı yapmış olmak; yüksek derecede hukuk bilgisine sahip olmak, şu mesleklerden birinde en az on yıl görev yapmış olmak: hâkim, sav-

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Malta	Yok	Hukuk mezunu.
Letonya	Yok	Hukuk mezunu , yüksek eğitim kurumlarında veya diğer alanlarda en az on yıl hukuk mesleğini icra etmiş olmak
Slovakya	40	Hukuk mezunu , herhangi bir alanda hukuk mesleğini en az onbeş yıl icra etmiş olmak
Slovenya	40	Hukuk mezunu
İrlanda	Yok	Hukuk mezunu
Lüksemburg	Yok	Hukuk Mezunu
Norveç	30	Hukuk mezunu
Hırvatistan	Yok	Hukuk mezunu , 15 yıl hukuk mesleğiyle ilgili bir işte çalışma. Hukuk doktorası almış olan kimse için 12 yıl çalışmış olma.

IV. ÜYELERİN MESLEK DAĞILIMI VE AKADEMİK DURUMLARI VE MAHKEMENİN YAŞ ORTALAMASI

AB ülkelerinin anayasa mahkemelerinin mevcut yapıları incelendiğinde önemli sayıda öğretim üyesine yer verilmiş olduğu ve kökeni itibarıyla öğretim üyesi olmasa da birçok üyenin hukuk doktorası yapmış olduğu görülmektedir. Çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla bakıldığında örneğin Almanya'nın 16 üyelik mahkemesinde üyelerin tümü doktoralı olup bunların onüçü profesördür. Keza, onbir üyeli Macaristan Anayasa Mahkemesinin tümü doktoralı olup tamamı öğretim elemanı kaynaklıdır. Bunların dokuzu profesör düzeyindedir. Onbeş üyeli İtalya Anayasa Mahkemesi'nde ise yedi profesör üye bulunmaktadır. Yine onbeş üyeli Polonya'nın onbir üyesinin profesör, bir üyesinin de hukuk doktoru olduğunu görmekteyiz. Slovakya'nın tüm üyeleri, Litvanya'nın dokuz üyesinin sekizi doktoralıdır. AB üyeleri içerisinde akademik üye itibarıyla en fakiri bugün itibarıyla Fransa'dır. Türkiye de diğer Avrupa ülkeleri anayasa mahkemeleri içerisinde akademik nitelikli üye azlığı ile dikkat çekmektedir⁵⁹.

cı, noter, avukat, hukuk danışmanı, öğretim üyeliği (yüksek öğretim kurumlarında öğretim üyeliği için mesleki deneyim süre koşulu aranmaz).

⁵⁹ Dokuz kişilik Arnavutluk Anayasa Mahkemesinde bugün itibarıyla dört hukuk doktorası

Diğer yandan mahkeme üyelerinin yaş ortalamasına bakıldığında hayli yüksek seyrettiği görülmektedir. Bunda temel etkenlerden birinin kuşkusuz belirli bir yaşın altında zaten mahkeme üyeliğinin benimsenmemiş olmasının yattığını söyleyebiliriz. Yukarıda da incelendiği üzere birçok ülke bu konuda belirli bir taban yaş koymuştur. Genellikle de kırk yaş ve üzerinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca belirli bir alt yaş şartı konulmamış olsa bile hukuk mesleğini çeşitli alanlarda belirli bir süre icra etmiş olmak şartı da sık karşılaşılmaktadır. Bazı ülkelerde de mahkeme üyeliğinin üst yaş sınırına yer verilmiştir. Böylece hangi yaşta atanmış veya seçilmiş olursa olsun yaş haddi nedeniyle görevi sona ermediğinden biraz da uzun bir görev süresinin olması durumunda hayli yüksek yaşlarda mahkeme üyeliği ile karşılaşılmaktadır. Örneğin 1937 doğumlu Jacques Barrot, Fransa Anayasa Konseyi üyeliğine 25.02.2010 tarihinde atanmıştır. Dokuz yıllık görev süresi düşünüldüğünde 2019 yılına kadar görevde kalabilecektir. Yani seksen iki yaşına kadar görevde kalabilecektir. Aynı şekilde İtalyan Anayasa Mahkemesi üyesi Luigi Mazzella 1932 doğumlu olup 2005 yılında üyeliğe seçilmiştir⁶⁰. Normal koşullarda 82 yaşında görevi sona erecektir. Haliyle bunlar üyelerin yaş ortalamasının yükselmesini sağlamaktadır. Bu konuda da İtalya 73, Fransa ise 69 yaş ile dikkat çekmektedir.

Anayasa mahkemeleri üyelerinin mevcut durumları itibarıyla cinsiyet dağılımlarına bakıldığında Slovenya, Hırvatistan ve Çek Cumhuriyeti bir kenara bırakılacak olunursa erkek üye egemenliği açıkça görülmektedir. Belirtelim ki, kadın erkek üye dağılımının dengeli bir biçimde olmasının mahkemenin demokratik meşruiyetine ölçülebilir somut bir katkı sunabileceğini sanmıyoruz⁶¹. Aşağıdaki tabloda AB ülkelerine ilişkin bu hususlara ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

yapmış üye ve bir doçent bulunmaktadır. Dokuz kişilik Ermenistan Anayasa mahkemesinde iki hukuk doktoru ve bir profesör doktor. AB üyeleri dışında diğer bazı ülkelerde öğretim elemanı ve doktora durumu ile ilgili bilgi için bkz., Başlar, a.g.m.

⁶⁰ Tespit edebildiğimiz kadarıyla Avrupa anayasa mahkemeleri içerisinde hali hazırda en yaşlı üye Azerbaycan Anayasa mahkemesi üyelerinden Alaeddin Sultanov olup 1928 doğumludur. Bu ülkede görev süresi 15 yıldır. 1998 yılında seçilmiştir. Dolayısıyla da görev süresi 2013 yılında sona erecektir.

⁶¹ Favoreu, a.g.m., s. 574.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Tablo 4: Mevcut Üyelerin Doktora Öğrenimi/Akademik Durumu, Yaş Ortalaması ve Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

Devlet	Doktora/Akademisyen	Mahkemenin güncel yaş ortalaması	Üyelerin cinsiyeti Erkek/ Bayan
Almanya	13 profesör, 3 doktor.	55	13/3
Avusturya	Asıl üyelerin 6'sı profesör, yedek üyelerin de 2'si profesör.	60 (Asıl ve yedek üyeler)	16/4
Fransa	Doktoralı yok; ancak üç üye değişik tarihlerde üniversitede öğretim görevliliğinde bulunmuştur.	69	8/1
İtalya	7 Profesör	73	14/1
İspanya	3 Profesör (Kamu hukuku).	61	10/2
Macaristan	9 profesör ve iki doktoralı hukuk öğretim görevlisi.	56	11/0
Çek Cumhuriyeti	2 Profesör, 1 doçent, 10 doktor.	62	10/5
Polonya	11 Profesör, 1 doktor.	63	12/3
Portekiz	2 profesör, 3 doçent.	57	10/3
Romanya	3 Profesör, 2 doktor.	64	8/1
Slovakya	1 doçent, 2 doktor öğretim görevlisi, 10 doktor.	56	10/3
Slovenya	1 Profesör, 1 doçent.	58	4/5
Belçika	5 hukuk profesörü, bir eğitim profesörü, bir hukuk doktoralı öğretim görevlisi.	60	11/1

Letonya	2 Doçent, bir doktor öğretim görevlisi.	52	5/2
Litvanya	2 Prof. 5 doçent, 1 doktor.	55	8/1
Hırvatistan	5 doktoralı olup üniversite öğretim elemanlığından gelme.	53	8/5

V. MAHKEME BAŞKANININ GÖREVE GELİŞİ, GÖREV SÜRESİ

Mahkeme başkanı ve yardımcısının göreve gelişlerinde ya seçme ya da atama yöntemi kullanılmaktadır. Seçme yolunu benimsemiş olan ülkelerde bu yetkinin ya yasama organına ya devlet başkanına ya da mahkeme üyelerinin kendisine bırakıldığı görülmektedir. Daha yaygın uygulama mahkeme üyelerinin kendi üyeleri arasından birisini seçmesi yöntemidir.

Kanaatimizce mahkeme başkan ve vekilinin de atama ve seçme makamına bırakılması yerinde bir uygulama değildir. Başkan ve vekilinin seçiminin, iç düzen işlemlerinin yapılmasının Mahkemenin kendisine bırakılması bağımsızlığının da bir gereğidir. Bu açıdan örneğin Alman modeli diyebileceğimiz başkan ve vekilinin de tamamen Parlamento tarafından seçilmesi eleştirilebilir⁶².

Mahkeme başkanı, mahkemenin içeride ve dışarıda temsili ve mahkeme faaliyetlerinin organizasyon ve yönetiminden sorumlu makamdır. Başkan, diğer üyeler karşısında yargısal anlamda bir üstünlüğe veya onlar karşısında hiyerarşik bir konuma sahip değildir. Diğer üyeler karşısında primus inter pares (eşitler arası öncelikli) statüdedir. Bununla birlikte bazı ülkelerde başkana ait özel yetkilere yer verilmiştir. Örneğin Fransa, İtalya, İspanya, Belçika, Litvanya gibi ülkelerde kullanılan oyların eşitliği durumunda başkan oyunun üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir. Bazı ülkelerde başkan diğer üyelerin seçiminde veya raportörlerin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Bazı ülkelerde üyenin görevine son vermede yetkiye sahip kılınmıştır. Örneğin Çek Cumhuriyetinde başkan, Senatonun oluru ile üyenin görevine son verebilir.

⁶² Grewe, a.g.m., s. 200.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Tablo V: Başkanın Göreve Gelişi ve Süresi

Devlet	Başkanın göreve geliş usulü	Görev süresi
Almanya	Alternatifli olarak Bundestag ve Bundestrat seçer.	Üyeliği boyunca bu görevi sürdürür.
Avusturya	Başkan ve başkan yardımcısı Federal hükümetin önerisi üzerine federal başkan tarafından atanır.	Üyeliği boyunca devam eder.
Fransa	Cumhurbaşkanı tarafından seçilir.	Üyeliği boyunca görevi sürdürür.
İtalya	Mahkeme üyeleri arasından üye tam sayısının salt çoğunluğu ile (8 üye) seçilir.	3 yıl. Yeniden seçilebilir.
İspanya	Mahkeme, tüm üyelerinin katılımıyla kendi üyeleri arasından önerir ve Kral tarafından atanır.	3 yıl. Yeniden seçilebilir.
Macaristan	Başkan ve başkan yardımcısını, kendi üyeleri arasından mahkeme üyeleri seçer.	3 yıl. Yeniden seçilebilir.
Çek Cumhuriyeti	Başkan ve iki başkan yardımcısı cumhurbaşkanı tarafından mahkeme üyeleri arasından seçilir.	Üyelik boyunca görevi sürdürürler.
Polonya	Başkan ve başkan yardımcısı, Mahkeme genel kurulu (tüm üyelerden oluşan birim) tarafından basit çoğunlukla her bir görev için belirlenen ikişer aday arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilir.	Üyelik süresince görevi sürdürür.
Portekiz	Başkan ve yardımcısı Mahkeme üyeleri arasından Mahkemece seçilir.	2 yıl. Yeniden seçilebilir.
Romanya	Mahkeme, kendi üyeleri arasından oy toplam üyenin salt çoğunluğuyla karar verir. Eğer hiçbir aday erişememişse en fazla oy alan iki aday arasında yeniden oylamaya gidilir. Bu durumda en fazla oyu alan aday seçilir. Oyların eşitliği halinde kura yoluna başvurulur. Oturumlar en yaşlı üye tarafından yürütülür.	3 yıl. Yeniden seçilebilir.

Slovakya	Başkan ve başkan yardımcısı cumhurbaşkanı tarafından mahkeme üyeleri arasından seçilir	Üyelik boyunca görevi sürdürürler.
Slovenya	Başkan ve başkan yardımcısı, Mahkemenin kendi üyeleri tarafından kendi üyeleri içerisinde seçilir.	3 yıl. Yenilenebilir.
Belçika	Başkanlık her yıl dönüşümlü olarak bir üye tarafından yerine getirilir. Her yılın Eylül ayının birinde görev başlar.	1 yıl. Dönüşümlü olarak gerçekleştiğinden ve görev süresi de 70 yaşına kadar olduğundan yeniden göreve gelebilir.
Letonya	Başkan ve yardımcısı, Mahkeme tarafından üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kendi üyeleri arasından seçilir.	3 yıl. Yeniden seçilebilir.
Litvanya	Başkan, Litvanya Meclisi tarafından, Mahkeme üyeleri arasından seçilir, başkan tarafından onaylanır.	Üyelik boyunca devam eder.
Hırvatistan	Mahkeme başkanını, Mahkeme, kendi üyeleri arasından üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçer	4 yıl. Yeniden seçilebilir.

VI. MAHKEME ÜYELERİNE TANINAN AYRICALIK VE YEMİN

Anayasa mahkemesi üyelerine görevlerini her türlü baskı ve etkiden uzak bir biçimde gerçekleştirebilmeleri amacıyla bazı ayrıcalıklar ve yargısal bağımsızlıklar tanınmıştır. Bu ayrıcalık ya da bağımsızlıklar onlara kişisel anlamda değil gördüğü işlev bakımından kurumsal anlamda tanınmıştır. Temel amaç, üye üzerinde asılsız ve mesnetsiz iddialarla baskılar oluşturulmasını önlemektir⁶³. Mahkeme üyelerinin hiç olmazsa hâkimlik güvencesine sahip olmaları gördükleri işlevlerinin de bir gereğidir. Bu nedenle tüm AB üyesi devletlerde mahkeme üyelerinin bağımsızlık ve görev güvenceleri sağlanmıştır. Görevleri boyunca azledilemezler. Görevleriyle işlemiş oldukları suçlar konusunda özel yargılama güvenceleri ve bağımsızlıklarına yer verilmiştir. Ayrıca mahkemenin, üyelerle ilgili disiplin işlemleri bizzat gerçekleştirebilmesi de görev güven-

⁶³ La composition des cour constitutionnelles, s. 27.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

cesinin bir gereğidir⁶⁴.

Bazı ülkelerde yargısal bağışlıklarla ilgili olarak özel bir hükme yer verilmemiştir (Fransa). Mahkeme üyelerine bağışıklık tanımış olan ülkelere bakıldığında hayli değişken bir görünüm arz etmektedir. Bir kısım devletlerde bağışıklık tüm suçlarda (Örneğin Bulgaristan, Romanya, Hırvatistan, Portekiz gibi), bazılarında ise ağır hapis cezasını gerekli kılan suçların suçüstü işlenmiş olması dışında kalan suç isnatlarına hasredilmiştir (İtalya, Polonya, Macaristan, Slovenya gibi). Bazı devletlerde hem cezai hem de medeni alanda tam bir bağışıklık sağlanmıştır (örneğin Estonya, Letonya, Lituanya). Bazı ülkelerde mahkeme üyelerine cezai alanda bağışıklık tanınmamıştır (örneğin Almanya, İrlanda, Belçika gibi). Bazı ülkelerde üyelere sağlanan bağışıklık parlamenterlere tanınmış olanla aynı esaslara bağlanmıştır (Bulgaristan, Macaristan, Portekiz gibi).

Dokunulmazlık bazı ülkelerde, cumhuriyet savcılarının talebi doğrultusunda bizzat mahkeme tarafından kaldırılabilir (örneğin Polonya, Portekiz, Bulgaristan, Hırvatistan, Slovakya gibi). Bazı ülkelerde parlamento (örneğin Çek Cumhuriyeti, Letonya, Slovenya gibi), bazı ülkelerde devlet başkanı (Romanya gibi) kaldırabilir.

Diğer yandan mahkeme üyeleri görevlerine tüm ülkelerde yeminle başlamaktadır. Bunlardan bir kısmında da yemin metninde dini ifade ve referanslara yer verilmiş olduğu görülmektedir. Yemin metinlerine bakıldığında özgürlüklerin korunması, özgürlük lehinde yorumlarda bulunma anayasa, hukuk devletine sadakat, tarafsızlık gibi hususlara atıflarda bulunmaktadır. Bu hususlar, aşağıda tabloda karşılaştırmalı olarak gösterilmiştir.

Tablo VI: Bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlamak adına güvence ve yemin

Devlet	Bağışıklık		Yemin
	Dokunulmazlık	Kaldırma makamı	
Almanya	Yargısal soruşturma ve kovuşturmalar için herhangi bir bağışıklık söz konusu değil	Yok	Var.

⁶⁴ Ulaş, a.g.m.

Avusturya	Herhangi bir bağışıklığa yer verilmemiş.	Yok	Var. Üyeler isterlerse izne tabi olarak yeminine dini içerik ekleyebilirler. 1953 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 8/2, 3.
Fransa	Herhangi bir bağışıklığa yer verilmemiş.	Yok	Var. Anayasa Konseyi İşleyiş Hakkında Organik Kanun, m.3.
Bulgaristan	Ulusal meclis üyesi ile aynı bağışıklıklardan yararlanır.	Cumhuriyet başsavcılığının talebi doğrultusunda, ciddi ve açık delillerin varlığına kanaat getirilmesi durumunda Mahkeme tarafından. Kanun, m. 9/2	Var. 2006 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 6/1.
Belçika	Bağışıklık olmamakla birlikte, cezai soruşturma ve kovuşturmalarda özel güvencelere yer verilmiştir. Özel bir yargılama usulüne tabi kılınmıştır.	Yok	Var. Üyeler, Belçika Kralı'nın elleri arasında 20.06.1831 tarihli kararnamenin 2'nci maddesinde belirtilen andı içerler.
Çek Cumhuriyeti	Cezai soruşturma ve kovuşturmalara karşı tam bağışıklık var.	Senato başkanı. Ay. m. 86.	Var. Ay. m. 85/2

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

İspanya	Cezai soruşturma ve kovuşturmalara karşı yargı bağımsızlığı getirilmiştir.	Meclis tarafından. 1979 tarihli kanun	Var. 1979 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu.
İtalya	Milletvekillerine tanınmış dokunulmazlıktan yararlanır.	Parlamento tarafından kaldırılabilir.	Var.
Macaristan	Milletvekilleriyle aynı dokunulmazlıktan yararlanır.	Parlamento tarafından	Var. Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 11.
Polonya	Ceza soruşturmaları bakımından Milletvekili dokunulmazlığı ile aynı	Mahkeme tarafından kaldırılır. Kanun m.7.	Var. Ayrıca dini yemin ibaresi de var. Yemin metni sonunda “Allah yardımcımız olsun” denilir. Kanun, m.5.
Portekiz	Milletvekili dokunulmazlığı ile hemen hemen aynı bağımsızlıktan yararlanır.	Parlamento tarafından. Görevi dışında kalan suçlardan dolayı yararlanamaz. Kanun, m. 26.	Var. Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 20/2.
Romanya	Milletvekili dokunulmazlığı ile hemen hemen aynı özellikler taşımaktadır.	Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine cumhurbaşkanı ve Senato ile Millet Meclisi daimi Bürosunun oluru ile kaldırılabilir. Kanun, m. 66/1.	Yemin var. Yemin “Allah bu görevi hakkıyla icra etmemde yardımcım olsun” ibaresiyle bitirilir. Kanun, m. 63/1.

Litvanya	Milletvekili dokunulmazlığı ile benzer özellikler göstermektedir.	Seimas (Ulusal Meclis) tarafından kaldırılabilir. Kanun m. 8.	İki yemin bulunmaktadır. Aradaki fark birinin ardından “Allah yardımcım olsun” ibaresi gelmesidir. Üye bu yeminlerden birisini yapmakta serbesttir. Kanun, m. 7.
Letonya	Milletvekili dokunulmazlığı ile benzer özellikler göstermektedir.	Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılabilir. Kanun, m. 35.	Var. Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 5.
Slovakya	Cezai alanda Milletvekili dokunulmazlığı ile benzer özellikler göstermektedir	Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılabilir. Kanun, m. 71/3.	Var. Ay. m. 134/4
Slovenya	Millet Meclisi üyeleri ile aynı başlıklara sahiptir.	Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılabilir. Kanun, m. 18.	Var. Kanun, m. 15.
İrlanda	Yok	Yok	Var. Dine referans var. “Esirgeyen ve bağışlayan, her şeye gücü yeten Allah’ın huzurunda...” diye başlamakta ve Allah rehberim ve dayanağım olsun” diye bitmekte. Ay. 34/5-1

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Lüksemburg	Yok	Yok	Var. “..Büyük Dükümüze olan inancımız adına yemin ederim ki” diye başlamakta. 27.7.1997 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 18.
Hırvatistan	Parlamento üyesi ile aynı başlıklardan yararlanır.	Parlamento kaldırır.	Var. 1999 tarihli Anayasa M Kanunu, m. 8.

VII. ÜYELİKLE BAĞDAŞMAYAN HALLER

Bütün anayasa mahkemeleri, mahkeme üyeliği ile bazı görev ve faaliyetlerin bir arada olamayacağını benimsemiştir. Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin amacı, anayasa mahkemesinin saygınlığı, üyenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile mesleki onur ve itibarının korunmasıdır. Bazı ülkelerde üyelik görevi ile resmi ve özel hiçbir işin bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Öğretim üyeliği faaliyeti bu konuda farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bazı ülkelerde açıkça serbest olduğu belirtilmiş bazılarında ise açıkça yasaklanmıştır. Örneğin Almanya’da, Çek Cumhuriyeti’nde açıkça serbest olduğu belirtilmiştir. İtalya’da bağdaşmazlık halleri arasında açıkça öğretim elemanlığına da yer verilmiştir. Bunların dışında genel olarak çoğu ülkede açık bir yasaklama yahut bağdaşmazlık nedeni olarak belirtilmemiştir⁶⁵.

⁶⁵ Türkiye’de 1982 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesi üyeleri, asli görevleri dışında resmî veya özel bir hiçbir görev alamazlar (m.146/4). Öğretide bazıları öğretim üyesi kaynaklı mahkeme üyelerinin üniversitede sınırlı da olsa ders verme; akademik jüriye katılabilme imkânı sağlanmasının yararlı olacağı; akademisyen-üniversite kopukluğunu gidermeye de katkı sağlayacağı yönünde düşünceler ileri sürmektedir. (Kaboğlu, a.g.e., s. 34-35; Özden, a.g.m., s. 377). Atar şu gerekçe ile karşı koymaktadır: “Mahkemenin iş yükünün fazlalığı karşısında üyelerin ders vermesinin davaların daha da uzamasına yol açacağı açıktır. Kaldı ki, böyle bir imkânın Anayasa mahkemesi üyelerine tanınması durumunda diğer yargıçlar için de bu konu gündeme gelebilir. Bu nedenle mevcut düzenleme yerindedir” (Atar, a.g.m., s. 104).

Tablo 7: Mahkeme üyeliğiyle bağdaşmayan haller

Devlet	Bağdaşmazlıklar
Almanya	Parlamento üyesi olamazlar, Federal hükümette görev alamazlar; Lander parlamento ve hükümeti üyesi olamazlar. Mahkemedeki üyelik görevini aksatmamak üzere Yüksek öğrenim kurumlarında hukuk öğretim üyeliği görevinde bulunabilir. Bunun dışında hiçbir mesleki faaliyet yürütemez. Ay. m.94.
Avusturya	Federal ya da federe devlet (Land) hükümet üyeliği; Federal ya da federe düzeyde parlamento üyeliğinde bulunamaz. Bir siyasi parti faaliyetinde bulunamaz. Son dört yıl içerisinde bu alanlarda faaliyette bulunmuş kişiler Mahkeme başkan ve başkan yardımcısı olarak atanamazlar. Üyeler, mesleki faaliyetlerini sürdürebilirler. Ay. m. 147 ve 1953 Tarihli Ay M. Kanunu.
Fransa	Başka hiçbir kamu görevinde bulunamazlar. Herhangi bir siyasi parti ile bağı bulunamaz. İfadelerini yıkıcı, tahrik edici, polemik oluşturucu bir tarzda açıklayamaz. Bakanlık, meclis üyeliği veya seçime bağlı diğer görevlerde bulunamazlar. Görevleri süresinde, Konsey kararına konu olabilmesi muhtemel bir konuda resmi ya da danişsal nitelikli hiçbir görüş açıklamasında bulunamazlar. KHK, n°59-1292, 13.11.1959. Parlamento üyelerine ilişkin bağdaşmazlıklar Konsey üyeleri için de geçerlidir. KHK, n°58-1067, 7.11.1958.
Bulgaristan	Devlet kurumlarında, siyasi parti, sendikalarda herhangi bir görev yapamazlar; serbest meslek faaliyetinde bulunamaz; kazanç getirici, herhangi bir faaliyette bulunamaz. 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi İçtüzük Kuralları, m. 4.
Belçika	Hâkimlik, noterlik, avukatlık gibi hukuk mesleklerini icra edemez. Seçime dayalı bir kamu görevinde bulunamaz. Siyasi, idari nitelikli kamu görevleri yapamaz. Tanınmış bir din işlerinin yürütülmesiyle ilgili görevler üstlenemez. Askerlik hizmetleriyle mahkeme üyeliği bağdaşmaz. Hiçbir kamu hizmetinde bulunamaz. Ticari, sanayi kuruluşlarda, ticari şirketlerde yönetim ve denetim organlarında veya sair birimlerinde görev alamaz. Hakemlik yapamaz, yazılı veya danişsal nitelikli mütalaalarda bulunamaz. 1989 tarihli Mahkeme Kanunu, m. 44-47.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Çek Cumhuriyeti	Siyasal parti üyesi olamazlar; yöneticiliği yapamazlar. Siyasi hareket içerisinde bulunamazlar. Kazanç getirici herhangi bir iş göremezler. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ve gördüğü görevlere hâle getirmediği müddetçe edebi, sanatsal, eğitimsel, pedagojik etkinlikler içerisinde olabilirler. 1993 tarihli Mahkeme Kanunu, 4/3.
İspanya	Devlet içerisinde siyasi yahut idari hiçbir görevde bulunamazlar. Siyasi ya da idari özerk topluluklarda görev alamazlar. Halkın müdafii görevi içinde yer alamazlar. Hâkimlik, savcılık avukatlık yapamazlar. Siyasal parti, dernek, sendika, vakıf yahut mesleki birlik yöneticiliği yapamaz. Mesleki ve ticari hiçbir faaliyette bulunamaz. Aynı şekilde mahkeme üyeleri, hâkimlikle bağdaşmayan işlerle ilgili hükümlere de tabidir. 1979 tarihli Anayasa Mahkemesi Organik Kanunu ve Ay, 159/4.
İtalya	Ulusal veya bölgesel parlamentolarda temsilci olarak yer alamaz. Avukatlık ya da mesleki diğer görevlerde bulunamaz. Özel yahut kamusal hiçbir görevde bulunamaz; kazanç getirici hiçbir şirket yahut birimde yöneticilik yapamaz. Öğretim üyeliği göreviyle bağdaşmaz. Siyasal partilerde herhangi bir sıfatla görev alamaz. Üyesi olamaz. Siyasal yahut idari göreve seçilmek amacıyla aday olamaz. Fikri haklar saklı kalmak kaydıyla hiçbir kazanç getirici faaliyette bulunamaz. Mahkeme önüne gelmiş ya da gelmesi muhtemel konularla ilgili siyasi görüşlerini, düşüncelerini açıklayamaz ⁶⁶ .

Macaristan	Siyasal partiye üye olamazlar; herhangi bir siyasi parti faaliyeti içerisinde yer alamazlar. Devlet merkezi ve yerel yönetim birimlerine ait organlarda görev alamaz, siyasi sosyal ekonomik komisyonlarda görev yüklenemez. Bilimsel, edebi, sanatsal ve eğitimsel alanlar dışında herhangi bir biçimde kazanç getirici faaliyette bulunamaz. Anayasa Mahkemesi üyeleri mülkiyet bildiriminde bulunurlar. Kişisel veriler dışında mülkiyet bildirimleri kamuya açıktır. 1999 tarihli Ay. M. Kanunu, m. 9, 9A. Ay. m. 32A/5.
-------------------	--

⁶⁶ http://www.cortecostituzionale.it/versioni_in_lingua/eng/lacortecostituzionale/cosaelacorte/cosaelacorte.asp (02.03.2010).

Polonya	Siyasal parti, sendika üyesi olamazlar. Yargıçların yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmayacak hiçbir kamusal ve özel görevde bulunamazlar. Ay. m. 195.
Portekiz	Ulusal ya da yerel özerk kuruluşların yönetiminde bulunamaz, kamu ya da özel nitelikli herhangi bir kuruluşta görev alamaz. Hukuk alanında bilimsel araştırma ve eğitim öğrenim alanında kazanç nitelikli olmayan faaliyetlerde bulunmak bu kapsam dışındadır. Siyasal partilerde, siyasal derneklerde veya bunlara bağlı birlikler ve sair organizasyonlarda, vakıflarda yönetim görevinde veya başkaca faaliyetlerinde bulunamaz. Hâkimlik mesleğine kabule engel olan nedenler Anayasa mahkemesi üyeliğine de uygulanır. Bir partiye ya da siyasal organizasyondaki üyelik, mahkeme üyeliği görevine seçilmede engel teşkil etmez. Üyelikle birlikte bu organizasyonlarla olan ilişkisi askıya alınmış olur. 1982 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 28-29.
Romanya	Yüksek öğrenim kurumlarında hukuk öğretim elemanlığı dışında hiçbir özel ve kamu görevinde bulunamaz. Siyasal parti üyesi olamaz. Siyasal parti veya bu tür organizasyonlara katılamaz. 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 61-62.
Litvanya	Sanatsal ve eğitimsel etkinlikler dışında hiçbir kamu ve özel görevde bulunamaz. Hiçbir siyasal partiye katılamaz. 2004 tarihli Anayasa mahkemesi Kanunu, m. 7-8.
Letonya	Bilimsel, sanatsal ve eğitimsel alanlar dışında başka bir görev ya da gelir getirici bir işte çalışamaz. Meclis üyesi olamaz; yerel meclislerde yer alamaz. Siyasal parti veya eşdeğer bir organizasyon içerisinde yer alamaz. Yargı görevinin gerekli kıldığı güven, onur, bağımsızlık ve tarafsızlığına halel getirmediği müddetçe kamuya ait dernek ve benzeri organizasyonlara üye olabilir. Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 34-35.
Slovakya	Kendi mülkiyetinin yönetimiyle ilgili olanlar, sanatsal, bilimsel, eğitimsel, edebi faaliyetler dışında hiçbir ticari nitelikli faaliyette bulunamaz; herhangi bir kamu ya da özel görev içinde yer alamaz. Herhangi bir tüzel kişiliğin yönetiminde bulunamaz; faaliyetine katılamaz. Yasama organı ve hükümet üyeliğiyle bağdaşmaz. Siyasal parti üyesi olamaz. Ay. m. 137.

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Slovenya	Devlet kurumlarında, yerel yönetim birimlerinde, siyasi partiler ve sendikalarda, kooperatiflerde, şirketlerde herhangi bir görev alamaz. Yüksek öğrenim kurumları üyeliği, araştırmacılığı, öğretim görevliliği hariç olmak üzere kazanç getirici herhangi bir faaliyette bulunamaz. Anayasa mahkemesi Kanunu, m. 16.
İrlanda	Mahkemesi üyeleri yasama organında görev alamazlar; ücretli hiçbir işte yer alamazlar, bu nitelikte bir görev yapamazlar. Ay. m. 35/3
Lüksemburg	Siyasal parti üyesi olamazlar. Resmi ve özel herhangi bir görevde bulunamazlar. Yasama ve yürütme organlarında bir görev üstlenemezler.
Hırvatistan	Hiçbir siyasi parti üyesi olamazlar; başka hiçbir kamu görevi içerisinde yer alamazlar; herhangi bir partiye açıkça kişisel destek nitelikli tavır ve davranışlarda bulunamazlar. 1999 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 16.

SONUÇ

Parlamentonun üstünlüğü mü, anayasanın üstünlüğü mü? Bu basit dilemma var olduğu müddetçe anayasa yargısının meşruiyeti tartışması da az-çok devam edecektir. Dolayısıyla anayasanın üstünlüğü anlayışını esas alan ve hukukun hâkimiyetine dayanan anayasa yargısı ile çoğunluğun hâkimiyetini esas alan demokrasi arasında⁶⁷ istesek de istemesek de bir gerilim yahut çatışkı (antinomi) ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Bugün gelinen noktada dilemnadan kurtulmanın yolu birinin diğerine feda edilmesi değil iki gerekliliği mezc edebilecek formülleri bulmaktır. Hiç şüphesiz genel irade kuramı ile efsunlanmış bir dünyanın anayasa yargısı modelini kabullenebilmesi pek kolay olmamışsa da bugün için gerekliliği üzerine yapılan tartışmalar gerilerde kalmıştır.

Anayasa mahkemelerinin bir anlamda yasama yetkisinin kullanımına ortak olmaları sonucunu doğuran son derece çetrefil bir konuda yetki sahibi olmalarının ortaya çıkartabileceği demokratik meşruiyet tartışmalarını gidebilmek yönündeki arayışlar günümüz anayasa yargısının en temel sorun-

⁶⁷ Çağlar'ın ifadelendirmesiyle "sandık hâkimiyeti"- "cüppe hâkimiyeti". Bkz. Çağlar, Bakır, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", **Anayasa Yargısı**, 10, 1993, s. 240. ss. 233-276.

⁶⁸ Hamon-Troper, a.g.e., s. 67-68; Grewe Constance- H elene Ruiz Fabri, **Droits constitutionnels europ eens**, PUF, Paris 1995, s.73; Göztepe, Ece, **Anayasa Şikayeti**, AÜHF Yay., Ankara 1998, s. 7; Tanör, Bülent-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY, İstanbul 2001, s. 450.

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

sallarından birini oluşturmaktadır. İşte anayasa mahkemelerinin oluşumunda demokratik temsil kurumlarının üye belirlemedeki rolleri, üyelerin makul aralıklarla değiştirilebilirliği ve adil ve dengeli siyasal eğilimlere dayalı çoğulcu üye profili, nitelikli hukukçu üyelerle otorite oluşturabilecek özgürlük eksenli kararların ortaya konulması demokratik meşruiyet sorunu üzerindeki gölgele- rin dağılmasına katkı sağlayacak formüller olarak görülmektedir.

AB ülkelerinde anayasa mahkemesinin terkinde yasama organının söz sahibi kılınması, mahkemenin demokratik meşruiyetinin olmazsa olmazı olarak görülmesinin bir sonucudur. Yasama organının bu belirlemeyi ne kadar birleştirici, uzlaştırıcı çoğunluklara dayandırır o ölçüde mahkemenin meşruiyetine katkı sunacağı unutulmamalıdır. Yoksa yasama organının belirli bir grubunun çoğunluğuna dayalı bir belirlemenin demokratik meşruiyete katkı yerine yeni meşruiyet krizlerine yol açabileceği de unutulmamalıdır.

Mahkemenin demokratik meşruiyeti bakımından üyelerin temsili nitelik taşıyan kurumlardan gelmesi önem taşımaktaysa da üyelerin nitelikleri, tutum ve davranışları ve mahkemenin kararlarının da meşruiyetin sağlanmasında önemli payı bulunmaktadır. Bir mahkemeye eğer kamuoyu güvenmemek- taysa, üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığından kuşku duymaktaysa; niteliği ve kararlarıyla kendisini benimsettirememişse, üyeleri özgürlükten değil otorite- den beslenmekteyse böyle bir mahkemenin, üyeleri hangi kaynaktan gelmiş olursa olsun demokratik meşruiyet sorunu yaşayacağı mukadderdir.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı”, **Amme İdaresi Dergisi**, XXIV(3), 1992, ss. 101-107.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yay., Ankara 1996
- Atar, Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, **Anayasa Yargısı**, **25**, 2008, s. 93-115.
- Başlar, Kemal, “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc [DOC] **(03.03.2010)**.
- Cappelletti, Mario, “Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle”, **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1981/2, Vol:33, ss. 625-657.
- Çağlar, Bakır, “Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi”, **Anayasa Yargısı**, **10**, 1993, s. 240. ss. 233-276.
- Darıcıoğlu, Necdet, “Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı-8**, Ankara 1991, s. 8.
- Deveci, Cem-Mehmet Müderrisoğlu, “Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti Sorunu: Yakın Dönem Yaklaşımlar”, **Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yay., İstanbul 2008.
- Erdoğan Mustafa, “Anayasa Yargısının Gayrı Meşruluğu Üzerine”, **Star**, Açık Görüş, 03.03.2008.
- Erdoğan, Mustafa, “Anayasa Mahkemesi Meşru mu?” **Star**, 25.04.2009
- Ergül, Ozan, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet yay., Ankara 2007
- Garlicki, Lech, “La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens/dévolements récents”, **Revue Française Droit Constitutionnel**, **2009/2**; Avril 2009, N: 78, ss. 227-246.

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

Favoreu, Louis (coordinateur), Gaia, Patrick, Ghevontian et autres, **Droit Constitutionnel**, Dalloz, Paris 1998.

Favoreu, Louis, “La légitimité du juge constitutionnel”, **Revue Internationale de Droit Comparé**, Avril-Juin 1994, No:2, s. 571.

Favoreu, Louis, **Les Cour Constitutionnelles**, Que sais je? PUF, Paris 1986.

Gönül, Mustafa, Anayasa Mahkemesinde Yapısal Bir Sorun, **Cumhuriyet Gzt.**, (Olaylar ve Görüşler, s.2), 07.07.1992.

Gören, Zafer, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl. 7, S.14, Güz 2008, ss. 1-24.

Gözler, K., “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, **AÜSBFD**, C. 61, S.3, Temmuz-Eylül 2006, ss.131-166.

Gözler, Kemal, “Anayasa Mahkemesi Üyelerini(n) Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, <http://www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm> (02.03.2010).

Göztepe, Ece, **Anayasa Şikayeti**, AÜHF Yay., Ankara 1998.

Grewe Constance- Hélène Ruiz Fabri, **Droits constitutionnels européens**, PUF, Paris 1995.

Grewe, C. “Le Statu du Conseil Constitutionnel a la Lumiere des enseignements du Droit Comparé”, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 2004/8, 198-199.

Gülsoy, Mehmet Tevfik, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Yetkin Yay., Ankara 2007

Hakyemez, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yay., Ankara 2009

Hamon, Francis- Michel Troper, **Droit constitutionnel**, 30. éd., LGDJ, Paris 2007i

İyimaya, Ahmet, **Anayasa Mahkemesi'nin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü (Türk Modeline Eleştirel Bir**

AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar

Yaklaşım), Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, ayrı basım, Ankara 9 Nisan 2005.

Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı**, İmge Yay., Ankara 2004.

Kanadoğlu, Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, 25, 2008

Kılıç Haşim, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”, **Anayasa Yargısı** 21, Ankara, 2004, ss. 80-94.

Kuhn, Nicole-Éric Rousseau, La Cour Constitutionnelle Luxembourgeoise, **Revue Internationale de Droit Comparé**, 2001/2, s. 462.

Kurnaz, Haluk, “Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi”, **Yasama**, S. 2, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, s. 98.

La composition des cour constitionnelles, commission europeenne pour la démocratie par le droit, Strasbourg 1997.

Lijphart, Arend, **Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Odayşmacı Yönetim Örüntüleri** (Çevirenler: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını.

Odyakmaz, Zehra, Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, **Anayasa Yargısı** 25, 2008.

Özbudun, Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı Sempozyumu** (Editör: O. Ergül), TBB Yay., Ankara 2005, ss. 336-351.

Özden, Yekta, Güngör, “Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu”, **Bahri Savcıya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Ankara 1988, ss. 375-392.

Scoffoni, Guy., “La Légitimité du Juge Constitutionnel en Droit Comparé:

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

Les Enseignements de L'Expérience Américaine”, **Revue Internationale Droit Comparé**, 1999/2, ss. 243-280.

Tanör, Bülent-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY, İstanbul 2001.

Tunç, Hasan, “Anayasa Mahkemesinin Siyasî Yapısı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 3, Ocak-Haziran 1990.

Tunç, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Yetkin Yay., Ankara 1997.

Troper, Michel, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, (Çev. E. Ethem Atay), **GÜHFD**, C.I, S.2, Y.1997

Turhan, Mehmet, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu” (Editör: M. Turhan-H. Tülen), **Anayasa Yargısı İncelemeleri**, 1-, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2006, ss. 41-69

Tülen, Hikmet, “Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri-1** (Editör: M. Turhan-H. Tülen), Ankara 2006, s.179-180.

Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 4. Baskı, TBB Yay., Ankara Kasım 2007,

Ulaş, Bülent, Anayasa Mahkemesi Üyeliği, **GÜHFD**, Haziran-Aralık 2005, C.I, IX, S. 1-2, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/edior/dergi/IX_308-333.pdf (20.01.2010).

Uluşahin, Nur, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”: R Dworkin Karşısında J. Waldron”, **Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yay., İstanbul 2008, ss. 106-116.

Bu makalede 4 numaralı dipnot içeriği hataen silindiği için 36 numaralı dipnota kadar birer sıra öndeki dipnot içeriğinin esas alınması gerekmektedir (Örn. 5 nolu atıf için bkz. 4 nolu dipnot).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ’NİN TOPRAK REFORMU ve MİLLİ BURJUVAZİ YARATMA ÇABASI

Arş. Gör. Gülden Çamurcuoğlu*

ÖZET

Osmanlı Devletinden miras kalan topraklarda yeni bir Türk devleti kurulduğunda nüfusun çoğunluğunu köylü kesimi oluşturuyordu. Tarımla uğraşan bu nüfusun çoğunluğunu da yine topraksız veya az topraklı köylü oluşturmaktaydı. Savaş yılları dolayısıyla erkek nüfus oranında büyük bir azalma gerçekleşmiş ve halk elinde olanları devlete vermişti. Devletin vatandaşlarını rejime kazandırabilmesi ve ekonomide kalkınmayı sağlayabilmesi için toprak reformunun yapılması zaruridi. Devlet toprak reformu kapsamında topraksız köylüye toprak dağıtırken aynı zamanda büyük toprak sahibi toprak ağalarının feodal benzeri ilişkilerini kırmaya çalışacaktı. Ama, 1945 yılında yürürlüğe giren Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, hedeflenen toprak reformunu başarılı kılabilecek mahiyette olamamıştır ve Türkiye’de hâlâ toprak reformunun başarılı olamamasından kaynaklanan sorunlar yaşanmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Milli burjuvazi yaratma çabası, Toprak Reformu, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, İskan Kanunu.

LAND REFORM OF TURKISH REPUBLIC and THE AIM OF CREATING THE NATIONAL BOURGEOISIE

ABSTRACT

When the Turkish Republic was founded on the lands inherited from the Ottoman Empire, the majority of the population of the new country was composed of the villagers. This big portion of the population which were villagers used to be composed of people who did not have their own lands or who had very limited lands. Because of the past war years, the population of the male was very low, and the people were poor because they all gave what they had to the government. Therefore, it was necessary to do a land reform to win the people to the regime and to create economic development. The government would try to give lands to the people who did not have lands and by doing this it would try to break the feudal relations of the feudal land lords who had big lands. However, the law put forward in 1945, called The Law of Giving Lands to the Villagers, was not successful. There are stills problems because of the unsuccessful application of the land reform.

Key Words : The aim of creating the national bourgeoisie, Land Reform, The Law Of Giving Lands To The Villagers, Housing Law

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Toprak reformu ve devletin tarım kesimini kalkındırmaya yönelik girişimleri modern devletlerin adeta yapmak zorunda oldukları faaliyetlerdir. Gelişmiş ülkeler bu faaliyetlerini daha erken zamanda yaparak kapitalist gelişmeye daha hızlı ayak uydurmuşken gelişmemiş veya az gelişmiş ülkelerde bu faaliyetler daha geç yapılmıştır. Osmanlı Devletinin yıkılmasından sonra bu coğrafyayı sahiplenen yeni Türk devleti de kapitalist ekonomi sistemini ve moderniteyi geç elde etmiş olduğundan toprak reformu da ancak bu yeni ulus-devlet zamanında gerçekleşebilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda nüfusun çoğunluğunu köylü oluşturmaktaydı. Büyük araziler az sayıda kişinin mülkiyeti altındaydı ve bu nedenle bir toprak reformunun yapılması zaruruydu. Nüfusun çoğunluğunu yeni kurulan rejime bağlayabilmek için de toprak reformu bir araçtı. Yalnız, toprak reformu ile köylü kesim kalkındırılmak istenirken büyük toprak sahiplerinin varlığı da milli burjuvazi olarak bir güç gibi görülmekteydi. Yani hem feodal yapı kırılmak isteniyor, az topraklı veya topraksız çiftçi topraklandırılmak isteniyor; hem de büyük toprak sahibi kimseler yeni devletin milli burjuvazisinin bir parçası olarak görülüyordu. Devlet bu ikilemde toprak reformunu gerçekleştirmek istemiştir.

Bu çalışmada 1923-1945 arası devletin tarım kesimine ve toprak düzenine bakışı ve bu yıllar içerisinde yapılan toprak reformu anlatılmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda ilk önce devlet kurulurken tarım kesiminin ve köylünün durumu ele alınacak, devleti kuran üst kadronun yapılması gerekenler hakkındaki düşüncelerine bakılacak, daha sonra ise tarım kesiminin, yaratılmaya çalışılan milli burjuvaziye dahil edilmek istenilip istenilmediği üzerinde durulacak ve Türk toprak reformu anlatılmaya çalışılacaktır. Sonuç ve değerlendirmede 1923-1945 arası devletin tarım kesimine bakış açısına dair bir değerlendirme yapılacaktır.

I. TÜRKİYE CUMHURİYETİ KURULURKEN TARIM KESİMİNİN DURUMU

Osmanlı Devleti Anadolu topraklarında hükümlanlığını elde ettiği zaman Bizans ve Doğu Roma örneklerinde olduğu gibi bu topraklarda küçük köylülük devam etmiş, tam anlamıyla feodal düzen kurulmamıştır.¹ Osmanlı

¹ Çağlar Keyder, *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s.15.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

Devletin uyguladığı tımar sistemine² göre köylü belli miktar toprağı işliyor, bunun karşılığında sipahiye³ bir ücret ödüyordu. Bu ücret de devlet memurlarına gelir oluyordu. Dolayısıyla tarım kesiminden alınan vergi temel devlet gelirlerindendi. Ayrıca büyük topraklar üzerinde uyguladığı mirî⁴ topraklar rejimi, büyük toprak sahiplerinin oluşmasına da engeldi. Toprakların yüksek mülkiyet hakkı devlete veriliyor, millete ve mirîye mal ediliyor, yani nasyonalize edilmiş oluyordu.⁵

Osmanlı Devletinin son zamanlarına gelindiğinde hâlâ ekonomik yapı tarıma dayanıyor, sanayide gerilik ve dış ticarete bağımlılık sürüyordu. Birinci Dünya Savaşı'nın başladığı 1914 yılında aktif nüfusun % 82'sinin tarım kesiminde çalışmakta olduğu görülüyordu.⁶ Buna rağmen devlet tarımsal üretimi arttırmak için bir çaba göstermemiş olduğundan tarımsal üretim hâlâ ilkel araçlarla gerçekleştiriliyordu. 19. yüzyılın ilk yarısında Arazi Kanunnamesi çıkarılmış, aynı yüzyılın sonunda Halkalı Ziraat Mektebi açılmış olmasına rağmen Avrupa'daki gibi tarımsal araştırma ve eğitim çalışmaları olmamıştı. Tarımsal üretim ilkel koşullarda gerçekleştirildiği, ulaştırma olanakları da yeterli olmadığı için tarım ürünleri üretildikleri yerde tüketilebilmiş, büyük kentlerin ihtiyaçları ithâlatla karşılanmıştı.⁷ Anadolu'ya oranla ekonomik bakımdan gelişmiş durumda olan Balkan ülkeleri İmparatorluktan ayrılınca geriye onda dokuzu yüzyıllardır aynı durumdaki köylerde yaşayan yoksul bir nüfus kalmıştı.⁸

² Osmanlı İmparatorluğu'nda mirî arazilerin yıllık gelirine göre has, zeamet ve tımar olarak ayrıldığı, bu arazilerin kullanımının başlıca işlevleri vergi toplamak ve asker sağlamak olan kamu görevlilerine bırakıldığı sistem. <http://tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kelime=tımar%20düzenlemesi> (erişim: 02.05.2010)

³ Tımar ve zeamet sahipleri ile bunların savaş zamanında orduya katmak zorunda oldukları atlı askerlerden oluşan örgüt. <http://tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kelime=topraklı%20süvari> (erişim: 02.05.2010)

⁴ Recai Okandan ve diğerleri, **Türk Toprak Hukuku Tarihine bir Bakış**, Kitap. 15, CHP. Konferanslar Serisi, 1940, s.35.

⁵ Gülseren Topuz, Cumhuriyetin İlk Yıllarında (1923-1930) Uygulanan Liberal Ekonomi ve Sonuçları, **T.C. İ.Ü. Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Yıllığı**, VIII, İstanbul, 1993, s. 116

⁶ Gülcan Eraktan, **Tarım Politikasının Temelleri ve Türkiye'de Tarımsal Destekleme Politikası**, Uzel Holding Yayını, İstanbul, 2001, s.75-76.

⁷ Mete Tunçay, **Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931**, 4. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2005, s. 189

⁸ Feroz Ahmad, **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, 7. Basım, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2008, s.93.

Yeni Türk devleti kurulduğunda ise köylünün durumu yine vahim bir haldeydi. Savaş yılları tarımsal üretimde azalmaya yol açmıştı. Erkek nüfusun büyük bir kısmı savaşa katılmış ve savaş dolayısıyla halk, elinde olanları devlete vermişti. Bununla beraber ülkede toprak azlığı gibi bir sorun yaşanmıyordu. Nüfusa yetecek oranda toprak vardı. Dolayısıyla Üçüncü Dünya Ülkelerinde görüldüğü şekilde hızlı bir nüfus artışı ve nüfusa yetecek toprak azlığı sorunu mevcut değildi.⁹

Halkın çoğunluğunu küçük köylü oluşturmaya rağmen ülkede toprağını kapitalist bir şekilde işleten ya da yarı feodal bir şekilde işleten toprak ağası da yok değildi. İşte bu durum yeni devleti kapitalist bir üretimi mi, yoksa köylü kesimini mi destekleyeceği sorununa götürecekti.¹⁰ Köylüye toprak dağıtımını toprak ağalarının elindeki işgücünü azaltabileceğinden, daha fazla toprak bedeli ödemek zorunda bırakabileceğinden toprak ağaları yeni devletin ileride gerçekleştireceği toprak reformuna karşı çıkacaklardı.¹¹ Burjuvazi sınıfını oluşturabilmesi için toprak ağalarının mı destekleneceği, yoksa nüfusun çoğunluğunu oluşturan küçük köylünün mü destekleneceği sorunu yeni devletin düşüncesinde bir karmaşa yaratacaktı. Çünkü, Kurtuluş Savaşı'nın yapılmasını sağlayan toplumsal ittifakta büyük arazi sahipleri önemli bir yer işgal etmişlerdi. Küçük köylünün ise savaş yılmınlığından dolayı devlete karşı bir küskünlüğü vardı. On yılı aşan savaş ve yıkım döneminin en çok sarstığı kesim, yetişkin erkeklerini Yemen ile Galiçya arasındaki uçsuz bucaksız topraklara gönderirken aynı zamanda yerel mütegalibenin soygun ve sömürüsüne maruz kalmıştı.¹² Köylünün öfkesi yerli eşraftan çok devlete karşı idi. Eşraf baskı yapıyor, sömürüyordu; ancak kriz zamanında köylüye yardım ediyordu. Devlet ise hiçbir yardımda bulunmuyordu. Devlet, yabancı bankaların verimsiz bulup girmedikleri tarımsal alana doğrudan kredi veren Ziraat Bankası aracılığıyla kredi verdiği zaman bile bu kredi eşrafın cebine giriyor, köylüye ulaşmıyordu.¹³ Köylünün bu yılmınlığını bizzat Mustafa Kemal yurt gezileri sırasında görmüştü. Yunan ilerleyişine hiç aldırmayan köylüler vardı. Musta-

⁹ Yahya Sezai Tezel, *Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi*, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2000, s. 341.

¹⁰ Ahmad, *a.g.e.*, s.94.

¹¹ Korkut Boratav, *Türkiye İktisat Tarihi : 1908-1985*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s.27.

¹² Feroz Ahmad, *Geç Osmanlı İmparatorluğu'nda Toprak sorunu Üzerine*, 'The Agrarian policy of the Young Turks', Jean-Louis Bacque-Grammont ve Paul Dumont (ed.), *Economie et Societes dans L'Empire Otoman içinde*, Paris, 1983, s.275-288'den aktaran Feroz Ahmad, *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, 7.Basım, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2008, s.95

¹³ Ahmad, *a.g.e.*, s.94

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

fa Kemal'in bir köylüye neden işgalciye karşı direniş hazırlığında olmadığını sorması üzerine köylü, Yunan tarlasını işgal etmediği sürece bekleyeceğini söylemişti.¹⁴

Birinci Dünya Savaşı sırasında giden Ermenilerden ve Lozan Antlaşması'na göre nüfus değiştirmesine konu olarak Yunanistan'a gönderilen Rumlardan kalan milyonlarca dekarlık arazinin sahiplenilmesi konusunda en büyük kazanım da kırsal kesimdeki nüfuzlu ailelere ait olmuştu.¹⁵ Bu topraklardan bir bölümü Balkan Savaşlarından beri göçen soydaşlara ve Yunanistan mübadillerine verilmiş; ancak bir bölümü kapanın elinde kalarak büyük mülkiyetlerin oluşmasına neden olmuştu.¹⁶

II. KURULUŞTA ÜST KADRONUN TARIM KESİMİNE BAKIŞI

Kurtuluş Savaşı sırasında büyük arazi sahiplerinden destek gören yeni devlet, milli burjuvazi yaratma hedefinde toprak ağalarına destek verme veya nüfusun büyük kesimini oluşturan küçük köylü kesimini kalkındırmaya ağırlık verme noktasında ayrıma düşmüştü. Kemalist kadro ilk başta büyük arazi sahiplerinden yana bir tavırla yola çıktı. Ama, yönetici aydın - bürokrat kesim küçük köylünün desteklenmesini savunuyordu.¹⁷

Toplumdaki sınıflar arası dengede güçlü bir toplumsal devrime imkan vermeyen sosyolojik durum yanında fikir planında toplumsal devrim görüşü de azdı. Bununla beraber ülkede az da olsa köycülük ideolojisini savunan görüşlerin olduğu söylenebilir. On dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmış olan köycülük akımına göre devlet yönetimine egemen olması gereken sınıf köylülerdir. Toplumu besleyen, gıda ürünlerinin yetiştiricisi olan kırsal kesim halkı devleti yönetirse nüfusun çoğunluğu köylerde yaşadığından ülke ve devlet işleri daha düzenli olarak yürütülebilecektir. İlk olarak Rusya'da doğan bu köycülük hareketine Narodnik hareketi (Narodničestvo) denilmişti.¹⁸ Elbette ki komşu ülke Rusya'da ortaya çıkan bu akım Osmanlı Türk aydınlarını da etkilemişti. Ziya Gökalp¹⁹, Nusret Kemal Köymen gibi köycü

¹⁴ Tezel, a.g.e., s. 344.

¹⁵ Tunçay, a.g.e., s. 194

¹⁶ Tezel, a.g.e., s. 343.

¹⁷ Anıl Çeçen, **Atatürk'ün Kültür Kurumu Halkevleri**, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2000, s. 31-32.

¹⁸ Çeçen, a.g.e., s. 40.

¹⁹ M.Asum Karaömerlioğlu, "Bir Tepeden Reform Denemesi: "Çitçiyi Topraklandırma Kanunu" nun Hikayesi", **Birikim Dergisi**, Sayı 107, Mart 1998, <http://www.birikimder->

politikalara daha fazla önem verilmesi gerektiğini söyleyen aydınlar vardı.²⁰

Ömrünü uygar ve benliğine sahip bir Türkiye kurma düşüncesine adanmış Ziya Gökalp, fırsat eşitliği açısından toprak reformunu zorunlu görüyordu. Kendisine Milli Meclise seçmek ve seçilmek gibi siyasî haklar tanınmış olan köylü, toprak ağasının egemenliğinde idi. Başkasının egemenliğinden kurtarılamayan bir kimseye siyasî hakkın tanınmış olması ne işe yarardı ki ? Gökalp, kafasındaki Türk köyünü şu şiiri ile dile getirmişti:

Ey Türk! Senin köyün hür bir yuvadır
Çiftlik değil, yoktur Bey'i, Ağa'sı,
Her köylünün var bir çifti, tarlası
Öz evinde o hem Bey, hem Ağa'dır.
Hiçkimsenin yarıcısı, reñçeri
Olmaz, ancak olur vatan askeri.
Lakin ey Türk! Bu mesut köy bitiyor
Mültezimin, faizcinin, tüccarın
Pençesinde... Diyor: 'Beni kurtarın!'
Bu üç işi senden çabuk istiyor :
Kaldır aşar usulünü, aç banka,
Yap her semtte bir zirai sendika.
(Yeni Hayat, 1918)²¹

1922 yılının Mart ayında Mustafa Kemal iktisadî kalkınma için altı maddeli bir program yayımlamıştı: 1) Tarım ve sanayiye canlandırmak ve modernize etmek, 2) Ormanları geliştirmek, 3) Genel refahla alakalı olan iktisadi teşebbüsleri derhal millileştirmek, 4) Maden zenginliğinden yararlanmak, 5) Mevcut ve yeni sanayiye koruyarak canlandırmak, 6) Milli iktisadi yapıya uygun dengeli bir bütçe yaratmak.²²

gisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=99&dyid=2340&yazi=Bir%20Tepeden%20Reform%20Denemesi:%20'Çiftçiyi%20Topraklandırma%20Kanunu'nun%20Hikâyesi

²⁰ Doğan Avcıoğlu, **Türkiye'nin Düzeni: Dün-Bugün-Yarın**, Birinci Kitap, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 324-326-327.

²¹ Ellen Kay Trimberger, **Tepeden İnmeci Devrimler**, Çev: Fatih Uslu, Gelenek Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 49.

²² Serpil Özkaynak, **Türkiye'de Tarımın Bilinçli Yok Edilişi**, Toplumsal Çözüm Yayınları, Ankara, 2008, s. 16-17.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

Mustafa Kemal, bir konuşmasında da bu konudaki görüşlerini şöyle ifade etmekteydi:

“Efendiler! Milletimiz çiftçidir. Milletin çiftçilikteki çalışmasını yeni ekonomik tedbirlerle son hadde eriştirmeliyiz. Köylünün çalışmasının neticeleri ve verimleri kendi menfaati lehine son hadde çıkarmak ekonomik siyasetimizin temel ruhudur. Onun için, bir yandan çiftçinin emeğini arttıracak ve semereli kılacak bilgi, vasıta ve fenni aletlerin kullanma ve yapılmasına, öte yandan onun çalışmalarının neticelerinden azami derecede faydalanmasını temin edecek iktisadi tedbirlerin alınmasına çalışmak lazımdır.” (1922)

“Memlekette topraksız çiftçi bırakılmamalıdır.” (1937)²³

Görülüyor ki Mustafa Kemal büyük arazi sahiplerinin desteklenmesinden ziyade küçük çiftçinin desteklenmesi görüşünde olmuştur.

Devletin kadiri mutlak olduğu görüşünün hakim olduğu Osmanlı toplumunda Türk burjuvazisinin öncü partisi olan ve bu nedenle Türk burjuvazisi yaratmaya yönelik sosyal ve ekonomik politikalar uygulamaya çalışmış olan İttihat ve Terakki Cemiyeti²⁴ de 1908 Devriminden sonra hükümetin ilk toplantısında uygulanmasını beklediği ekonomik program içinde köylülere toprak dağıtılması; ama bu arada toprak sahiplerinin haklarına tecavüz edilmemesi düşüncesine yer vermişti.²⁵ İttihat ve Terakki Cemiyeti, ayrıca, köylülerin maddi ve manevi gelişmesini sağlamak amacıyla İzmir’de Halka Doğru Cemiyeti adı altında bir örgüt de kurmuştu. Bu örgüt köylülerin eğitimi ve refahı için kütüphaneler ve okuma odaları açacak, broşürler ve makul fiyatlı kitaplar yayınlayacak bir matbaa kuracaktı. İttihat ve Terakki Cemiyetinin bu idealizmidir ki Kemalist harekete intikal etmiş ve Mustafa Kemal’in “köylü efendimizdir” deyişinde yerini bulmuştur.²⁶

III. MİLLİ BURJUVAZİ YARATMA ÇABALARI

İttihat Terakki Cemiyeti üyesi Genç Türklerin hedefi olan milli ekonomi, milli burjuvazi yaratma çabaları yeni Türk devletinin kuruluşunda, Mustafa

²³ Feroz Ahmad, **İttihatçılıktan Kemalizme**, Çev: Fatmagül Berktaş, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1986, s. 34.

²⁴ Ahmad, **a.g.e.**, s. 42.

²⁵ Ahmad, **a.g.e.**, s. 111.

²⁶ Boratav, **a.g.e.**, s.28.

Kemal ve Kemalist aydınların zihinlerinde de egemen olan düşünceydi. Bu amaçla hem büyük toprak sahiplerinin güçlü olmalarını istiyorlar hem de halkın çoğunluğunu oluşturan küçük köylülerin kalkınması için küçük köylüyü desteklemek istiyorlardı. 1923-1929 dönemi, iktisat politikaları ve resmi iktisat görüşleri bakımından 1908-1922 dönemi ile şaşılacak şekilde devamlılık arz etmiştir.²⁷ Genç Türkler ekonomik sorunlara el atmışlardı; ancak siyasi ve idari sorunlardan daha az önem vermişlerdi. Bununla beraber Genç Türkler toprak sorununun çözümüne ayrı bir önem vermişlerdi. Cumhuriyet Döneminde gelişecek olan iktisadî milliyetçilik politikasının ilk adımlarını atmışlardı; ancak her iki alanda da başarı sağlayamamışlardı.²⁸ Benzer şekilde Cumhuriyetin kuruluşunda da büyük arazi sahipleri desteklenmek istenecek; ama aynı zamanda küçük köylünün de desteklenmesi gerektiği düşünülecek, bu amaçla küçük köylüye yardım edilmeye çalışılacak ve bunda başarılı olunamayacaktı.

Yeni devlete küskün olan köylüye Kemalistler geleneksel önderler, yerel eşraf, din adamları ve şeyhlerle ulaşmaya çalıştılar. Ancak, Kemalistler ve eşraf arasındaki işbirliğinin bedeli, kırsal kesimdeki statükoyu korumak ve hatta güçlendirmek için yapılan üstü kapalı bir anlaşma oldu. Bu anlaşma, toprak ağalarının güçlü bir unsur olarak içinde yer aldıkları bir partinin, Halk Partisinin kurulmasıyla tamamlandı. İki basamaklı, dolaylı seçim sistemi, parlamento içinde reformları engelleyen güçlü bir toprak sahipleri lobisinin varlığını güvence altına aldı. Bu sisteme göre, önce belirli bir seçim çevresindeki seçmenler seçiliyor, daha sonra bunlar meclise girecek seçmenleri seçiyorlardı.²⁹ Köylülerle ilişkileri açısından birçok bakımdan feodal özellikler gösteren Doğu Anadolu'daki büyük toprak sahipleri dışındakilerin asıl uğraşlarının ticaret, murabahacılık, siyaset vb. alanlarda olduğu görüldü.

Yeni devletin ekonomi alanında yeni bir başlangıç için ilk olarak yaptığının İzmir İktisat Kongresi olduğu söylenebilir. 1923 yılının Şubat ayında

²⁷ Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, 9. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2004, s. 228.

²⁸ Ahmad, a.g.e. , s. 96.

²⁹ Mesleki temsili savunanlar genel olarak toplumu dokuz meslek grubuna ayırmaktadır: 1) Çiftçiler ve çobanlar, 2) Tüccarlar, 3) Denizciler, 4) Madenciler, 5) İrgatlar, 6) Serbest meslek sahipleri, 7) Sanatkarlar, 8) Memurlar, 9) Askerler. Mesleki Temsilcilere göre, emekçi olmayanın seçim hakkı olmayacaktır. Seçim hakkının kullanımı da sendikalar aracılığı ile olacağından, emekçilerin çalıştıkları meslek dallarına göre örgütlenmeleri ve sendikalar kurmaları zorunlu olacaktı. Hakkı Uyar, "Sol Milliyetçi" Bir Türk Aydını Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), Buke Yayınları, İstanbul, 2000, s. 22.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

toplanan, İktisat Vekili Mahmut Esat'ın mesleki temsil³⁰ ilkesine göre örgütlediği, Kazım Karabekir'in başkanlık yaptığı ve Mustafa Kemal'in açış konuşmasıyla başlayan İzmir İktisat Kongresinde yeni rejimin karşılaşılabileceği tüm iktisat politikası sorunları tartışılmıştı. Ancak, çiftçi, tüccar, sanayici ve amele gruplarının blok oylarıyla kararların alındığı³¹ Kongreye, İstanbul tüccarının sürüklediği ticaret burjuvazisi ile toprak unsurlarının egemen olduğu söylenmiştir.³² Kongrenin tarım konusunda aldığı bütün kararlar piyasaya yönelik üretim yapan büyük arazi sahiplerinin istekleri yönünde olmuştur. Arazilerini bizzat işletmeyen büyük arazi sahiplerinin arazilerinin topraksız köylülere dağıtılması yolunda bazı işçi temsilcilerinin getirdiği öneri, Kongreye katılan "çiftçiler" in oylarıyla reddedilmişti.³³

IV. YASAL GELİŞMELER

Tarım kesimine dönük en önemli yenilik, yarı feodal bir ortaçağ vergisi olan "aşar"ın³⁴ 1925'te kaldırılması olmuştur. Aşarın kaldırılması, büyük çiftçilerin İzmir İktisat Kongresinde dile getirdikleri en önemli istekleriydi. Aşarın kaldırılması hem büyük toprak sahiplerini hem de küçük köylüleri ağır bir vergi yükünden kurtarmıştı. Öyle ki aşarın kaldırılması toplam vergi gelirleri içinde tarım kesiminin payını % 33'ten % 10 düzeyine indirmişti.³⁵ Ancak, hükümet, 1920'lerde, aşarın kaldırılması dışında küçük üretici köylülerin yararına etkili bir uygulama ortaya koyamadı. 1925 yılında devlet arazilerinin köylülere satılması yolunda bir karar alındıysa da bununla ilgili uygulama 1930'ların ortalarına kadar çok sınırlı kaldı.³⁶

Devletin toprak sahiplerine karşı tavrında önemle vurgulanması gereken bir konu vardır. Hükümet Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki büyük arazi sahiplerine karşı farklı bir politika izlemişti. 1925'te başlayıp 1938'e kadar süren isyanlarda başı çeken ailelerin, güçlerini, Doğu'da hüküm süren büyük arazi sahipliği ve bağımlılık ilişkilerinden aldığından yola çıkılarak hükümet tarafından 1927 yılında idari, askeri ve toplumsal nedenlerle 1500 kadar asi

³⁰ Boratav, a.g.e., s. 33.

³¹ Boratav, a.g.e., s. 34.

³² Tezel, a.g.e., s. 345.

³³ Türkiye'de 1925 yılına kadar tarımsal ürünün onda biri oranında aynı olarak alınan vergi. <http://tdkterim.gov.tr/?kelime=a%FEar&kategori=terim&hng=md> (erişim: 02.05.2010)

³⁴ Topuz, a.g.e., s. 118

³⁵ Tezel, a.g.e., s. 345.

³⁶ "Bazı Eşhasın Şark Menatıkından Garb Vilayetlerine Nakillerine Dair Kanun (1097 sayılı)", **Resmî Gazete**, Sayı: 624, 19.06.1927, Zabıt Ceridesi Cilt: 28.

ailenin Doğu Anadolu'dan Batı illerine nakli için kanun çıkarılmıştı.³⁷ Batı'da iskan edilecek olan bu ailelerin terk ettiği arazi, kendilerine iskan edilecekleri illerde yeni arazi verilmesi koşuluyla hazineye intikal edecekti(madde 9).

Cumhurbaşkanı Atatürk, 1928 yılında Meclisi açış konuşmasında, hükümete, özellikle doğu illerinde toprağı olmayan çiftçilere toprak tedarik etmek meselesiyle ehemmiyetli olarak uğraşmak direktifini verdi. Bunun üzerine 1929 yılında, “Şark menatıkı dahilinde muhtaç zürraa” arazi dağıtılması için yeni bir kanun çıkarıldı³⁸. Buna göre, 1927'de çıkan kanun gereği hazineye intikal etmesi lazım gelen araziden, köylü, aşiret efradı, göçebe ve muhacirlere dağıtılmış olan yerler, dağıtım yapılanların üzerinde bırakılacak; hükümet doğudaki isyan bölgelerinde büyük arazi sahiplerine ait alanları, topraksız köylülere dağıtmak üzere kamulaştırabilecekti (madde 1 ve madde 3).

1930 yılında yeni bir ayaklanmanın başlaması, Kemalist yönetici kadronun Doğu Anadolu'daki toplumsal bağımlılık ilişkilerini çözebilmek için çok daha zorlayıcı önlemler aramasına yol açtı. Uzun bir hazırlıktan sonra, ünlü İskan Kanunu³⁹ 1934 yılında Meclis'ten geçirildi. Kanun'un ilgi çekici olan 10. maddesi şu hükmü içerir:

“Kanun aşirete hükmi şahsiyet tanımaz. Bu hususta herhangi bir hüküm, vesika ve ilama müstenit de olsa tanınmış haklar kaldırılmıştır. Aşiret reisliği, beyliği, ağalığı ve şeyhliği ve bunların herhangi bir vesikaya veya görgü ve göreneğe müstenit her türlü teşkilat ve taazzufları kaldırılmıştır.

Bu kanunun neşrinden önce herhangi bir hüküm veya vesika ile veya örf ve adetle aşiretlerin şahsiyetlerine veya onlara izafetle Reis, Bey, Ağa ve Şeyhlerine ait olarak tanınmış, kayıtlı, kayıtsız bütün gayrimenkuller Devlete geçer... bu gayrimenkuller muhacirlere, mültecilere, göçebelere, nakil olunanlara, topraksız veya az topraklı yerli çiftçilere dağıtılıp tapuya bağlanır...

Bu kanunun neşrinden önce aşiretlere reislik, beylik, ağalık, şeyhlik yapmış olanları ve yapmak isteyenleri ve sınırlar boyunda oturmasında emniyet ve asayiş bakımından mahsur bulunanları, aileleriyle birlikte, münasip yerlere

³⁷ “Bazı Eşhasın Şark Menatıkından Garb Vilayetlerine Nakillerine Dair Kanun (1097 sayılı)”, **Resmi Gazete**, Sayı: 624, 19.06.1927, Zabıt Ceridesi Cilt: 28

³⁸ “Şark Menatıkı Dahilinde Muhtaç Zürraa Tevzi Edilecek Araziye Dair Kanun (1505 sayılı)”, **Resmi Gazete**, Sayı: 1213, 08.06.1929, Zabıt Ceridesi Cilt: 12

³⁹ “İskan Kanunu (2510 sayılı)”, **Resmi Gazete**, 2733, 14.06.1934. Tertip: 3, Cilt: 15, Sayfa: 460.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

naklettirip yerleştirmeye İcra Vekilleri Heyeti kararı ile Dahiliye Vekili selahiyetlidir.”

Ne var ki, Türkiye’de feodal benzeri üretim ilişkilerinin söz konusu olduğu büyük arazi mülkleri sadece Doğu’da ve Doğu’daki toprak ağaları ile sınırlanmış değildi. Ülkenin diğer bölgelerinde de geniş arazilerini yarıcılara, ortakçılara, marabalara işlettiren binlerce toprak ağası bulunmaktaydı. Kırsal kesimde feodal benzeri üretim ve toplum ilişkilerini tasfiye etmeyi amaçlayan bir programı, uygulamasını sadece belli bazı illerle sınırlayarak yürütmek neredeyse olanaksız bir işti.

1934 tarihli İskan Kanunu’nun, Doğu’daki büyük arazi sahiplerini tasfiye etmeye ve buradaki feodal benzeri yapı ve ilişkileri yıkmaya yönelik amaçları kağıt üstünde kaldı. Buna karşın, hükümet, kanunun çıkartılmasından birkaç ay sonra, sadece Doğu Anadolu’da sürdürülecek bir toprak reformu fikrinden, bütün Türkiye’de uygulanacak bir reform fikrine kaymaya başladı.⁴⁰

1935’ten sonra Atatürk’ün direktifleri ile bir Zirai Islahat Kanunu hazırlanması için çalışmalara başlanılmışsa da Atatürk’ün ölümü ile hazırlanan tasarının kanunlaştırılması mümkün olamamıştır.⁴¹

V. TOPRAK REFORMU

Kelime anlamı ile reform; daha iyi hale getirme, mevcut yapısal düzen içerisinde kalarak siyasal/ekonomik/toplumsal değişiklikler yapma anlamına gelir.⁴² Toprak reformu da toprak mülkiyeti dağılımının yeniden düzenlenmesi amacıyla büyük toprak mülkiyetinin sınırlandırılması ve topraksız, az topraklı çiftçilere dağıtım yapılmasıdır.⁴³ Toprak reformu süreci, en iyi olan toprak düzenine dönüşü sağlama ve çiftçilerin kurtuluşunu gerçekleştirme süreci olarak düşünülmektedir. 19. asırda başlayan toprak reformu hareketleri özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra birçok ülkenin kalkınmasında önemli bir unsur olarak kabul edilmiştir. Bu konu Birleşmiş Milletler’de dahi ele alınmış, 20. asrın son yıllarında ülkelerin birçoğu ister evrim ister devrim yoluyla olsun toprak reformunu ülkelerinde uygulamaya koymuşlardır. Bun-

⁴⁰ Tezel, a.g.e., s. 346-347.

⁴¹ İbrahim Aksöz, **Toprak Reformu ve Türkiye’de Toprak Reformuna İhtiyaç**, 2. Baskı, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 24.

⁴² Ejder Yılmaz, “Reform”, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

⁴³ Sema Gün, Türkiye’de Toprak Reformu, http://www.agri.ankara.edu.tr/economy/1189_1205433983.pdf (erişim: 27.04.2010)

ların birçoğunda gaye feodal toprak mülkiyeti ile üretim yapısını değiştirmek, bozulmuş toprak düzeni yerine adil mülkiyet sistemi ve ileri üretim yöntemlerini getirmek olmuştur.⁴⁴

Toprak-insan ilişkilerinin düzenlenmesi sosyalist yöntem ve demokratik yöntem olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Sosyalist yöntemde toprak-insan ilişkilerine mülkiyet düzenini ıslah ve korumak için değil, onun toprak tasfiyesi için müdahale edilir. Demokratik yöntemde ise mülkiyet düzenindeki aksaklıklar adaletli bir düzenleme ile giderilerek mülkiyet hakkının yaygınlaştırılması, daha çok kişinin toprak mülkiyetine sahip olması amacı güdülür. Yeni Türk devleti toprak ve tarım politikalarının uygulanmasında demokratik yolu seçmiştir.⁴⁵

Demokratik yolla çiftçi iki şekilde topraklandırılabilir: a) Büyük toprak sahiplerinin arazilerinin bir kısmının kamulaştırılması, b) Hazine arazilerinin çiftçiye dağıtılması. Arazi kamulaştırılması suretiyle çiftçiye toprak dağıtılması masraflı bir yoldur.⁴⁶ Zaten 1924 Anayasası'nın 74. maddesi özel mülklerin kamulaştırılması ile ilgili hüküm ifade etmekteydi. Buna göre:

“Kamu menfaatinin gerekli kıldığı resmen saptanmadıkça ve ilgili yasalara göre uygun fiyat verilmedikçe hiç kimsenin mülkü gasp edilemez ve malları ya da toprakları müsadere edilemez.”

Maddeden de anlaşıldığı gibi özel mülklerin kamulaştırılması, hükümetin arazinin piyasa değerini peşin olarak ödemesi koşuluna bağlıydı. Zaten uygulama da kamulaştırma suretiyle Hazinesinin mülkiyetine geçecek arazilerin kullanılmasından ziyade Hazine arazilerinin veya çeşitli özel kanunlar gereğince Hazineye intikal etmiş bulunan arazilerin topraksız veya az topraklı çiftçiye dağıtılması yolu gerçekleştirilmiştir.⁴⁷ Bu arada Osmanlı Devletinden miras kalan topraklarda 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun kabul ettiği şekilde mülkiyet hakkının tapuya tescil edilmesini sağlamak için çıkarılmış olan 19.4.1926 tarih ve 810 sayılı Hakkı Karar ve Senetsiz Tasarrufat ve Tahihî Kayıt Muamelâtının Suret-i İcrasına Dair Kanun'a, 864 sayılı Tatbikat Kanunu'na, 11.5.1929 tarihli ve 501 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin verdiği Tefsir Kararı'na ve 2.6.1929 tarihli ve 1515 sayılı Tapu Kayıtlarından

⁴⁴ Tayyar Ayyıldız, **Tarım Politikası**, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1983, s. 135.

⁴⁵ Halil Cin, **Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü**, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1987, s. 344.

⁴⁶ Cin, **a.g.e.**, s. 345.

⁴⁷ Cin, **a.g.e.**, s. 346.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

Hukuki Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun⁴⁸ dayanarak büyük arazi mülkiyetlerine sahip olanların mülklerine dokunulmamış, bu kişilerin arazileri kamulaştırılarak Hazinesin mülkiyetine geçirilmemiş ve az topraklı veya topraksız çiftçiye dağıtım yapılmamıştır.⁴⁹

Türkiye'de toprak reformu adına atılmış ilk adım 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanunudur.⁵⁰ Kanun, topraksızları ve toprağı yetmeyenleri topraklandırma, verilen topraklar üzerinde işletmeler kurulması ve çiftçinin kredi ile teçhizi gibi toprak reformunun ana prensiplerinden bazılarını ihtiva ediyordu; ancak kapsamlı bir toprak reformu mahiyetinde değildi. Çiftçiyi Toprak Dağıtılması ve Çiftçi Ocakları Kurulması Hakkındaki Kanun Tasarısı adıyla gündeme gelen⁵¹ tasarı daha kapsamlı olup düzenli aile işletmeleri kurulması ve idamesi gibi daha ileri hükümleri ihtiva etmekte idi. Tasarı Mecliste çetin müzakerelere konu olduğundan bu son kısmı tasarıdan çıkarılmıştır. Bu eksikliklerine rağmen memleket tarımı için yine de faydalı hükümleri ihtiva eden Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu tatbik edilmeden seçim kaygıları ile 1950 seçimlerinden önce tadillere uğramış ve bu suretle esas gayesinden uzaklaşmıştır.⁵²

Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun amaçları arasında "yurt topraklarının sürekli işlenmesini sağlamak" bulunuyordu. (Madde 1/c). Bu hükmün konulmasının önemli bir nedeni de, elinde büyük toprak bulunan; ancak bunu işlemeyen ya da bir bölümünü işlemeyen sahiplerini üretime zorlamaktı. Madde 7/2'de "Makbul bir özürlü olmaksızın üst üste üç yıl sürüm, ekim ve bakım görmeyen arazi işlenmiyor sayılır." denilmişti. Bu topraklar da topraksız köylüye dağıtılacaktı.

8. madde dağıtılacak araziye belirtmekteydi. Bunlar şöyle sıralanmıştı:

"a) Devletin hüküm ve tasarrufu veya özel mülkiyeti altında bulunup kamu işlerinde kullanılmayan arazi,

⁴⁸ Akın Düren, **Toprak Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1972, s. 58-61.

⁴⁹ Cin, **a.g.e.**, s. 346.

⁵⁰ "Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu (4753 sayılı)", **Resmi Gazete**, Sayı: 6032, 11.06.1945. (Mülga)

⁵¹ M.Asım Karaömerlioğlu, "Bir Tepeden Reform Denemesi: "Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu" nun Hikayesi", **Birikim Dergisi**, Sayı 107, Mart 1998, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=99&dyid=2340&yazi=Bir%20Tepeden%20Reform%20Denemesi:%20Çiftçiyi%20Topraklandırma%20Kanunu> nun%20Hikâyesi

⁵² Aksöz, **a.g.e.**, s. 24.

b) Bir veya birkaç köy, kasaba veya şehrin orta malı olan arazinin ihtiyaçtan fazla olduğu Tarım Bakanlığınca belirtilen parçası,

c) Sahibi bulunmayan arazi,

d) Devletçe kurutulan sahipsiz bataklıklardan kazanılacak arazi,

e) Göllerin kuruması ve nehirlerin doldurulmasıyla elde edilecek arazi,

f) Bu kanun hükümlerine göre kamulaştırılacak arazi.”

Madde 14/c' ye göre, “Gerçek kişilerle özel hukuk kişilerine ait araziden beş bin dönümü geçen parçaları” kamulaştırılacaktı.

Tarım konusunda uzman olan ve tarımın Cumhuriyet tarihindeki yeri üzerine bir doktora çalışması yapmış olan Mehmet KAYIRAN bu konuda şu bilgiyi verir:

“CHP iktidarı, bir yandan Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun uygulanmasını savsaklar ve geciktirirken, öte yandan da kanunun kamulaştırma ile ilgili bazı hükümlerini değiştirerek reformcu niteliğini zayıflatmıştır. 1947 yılından itibaren çekimsiz bir şekilde uygulanmaya başlanan bu kanunla, daha çok devlete ait olup da fazla verimli olmayan araziler çiftçilere dağıtılmıştır.”⁵³

CHP iktidarı, 22 Mart 1950 gün ve 5618 sayılı yasayla, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan 50 dönümden büyük toprakların kamulaştırılabileceği hükmünü kaldıracaktır.

Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu tasarısı TBMM'de görüşülürken buna ilk karşı çıkan kendisi de toprak ağası olan Cavit Oral'dı. Ne var ki, 8 Haziran 1948'de kurulan 2. Hasan Saka hükümetinde aynı Cavit Oral, Tarım Bakanı olacaktır.⁵⁴ Böylelikle toprağı olmayan veya az olan köylüye yapılmak istenilen devlet desteğinin yine devlet tarafından engellendiği görülmektedir.

Toprak Reformunun uygulanamaması nedeniyle başka bir yolla, eğitim yoluyla köylünün durumu iyileştirilmeye çalışılmıştır. Genel eğitimin zamanla kırsal Anadolu'nun geriliğini dönüştüreceği umulmuş, bu amaçla Köy Enstitüleri kurulmuştur.⁵⁵

⁵³ Mehmet Kayıran, *Türk Tarımında Modernleşme Çabaları, 1923-1950*; Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Ankara, 1995.

⁵⁴ Çetin Yetkin, *Karşı Devrim*, 2. Basım, Otopsi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 218-223.

⁵⁵ Ahmad, a.g.e. s. 96.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu kabul edildikten sonra 15.6.1945 tarihli ve 4760 sayılı Toprak Bayramı Kanunu⁵⁶ kabul edilmiştir ve Kanun hâlen yürürlüktedir. Kanunun 1. maddesine göre Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun kabul edildiği 11 Haziran tarihini takip eden Pazar günü her yıl toprak bayramı olarak kutlanır.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada Osmanlı Devletinden miras kalan topraklarda yeni Türk devletinin toprak sorununa bakış açısı ve tarım kesimine yönelik faaliyetleri incelenmeye çalışılmıştır. Yıllar süren savaşların ardından hem canlarını hem mallarını kaybetmiş yoksul toprak insanları yeni bir devletin kurulmasını heyecanla karşılayamamışlardı. Ülkeyi bir anda kalkındırmak ve ekonomik bakımdan güçlendirmek isteyen Kurucular da hem bu yoksul insanlara daha iyi bir yaşam sunabilmek adına onlara yardım etmek istemiş, onları rejime kazandırabilmek istemiş hem de büyük arazi sahiplerinin mülklerine el koymak istemeyerek ülkede refahı sağlamak istemişlerdi. Dolayısıyla ne tam olarak küçük köylünün elinden tutulabilmiş ne de feodal düzen tümünden yok edilebilmiştir.

Yine de 1950 sonrasının hızlı tarımsal gelişmesine 1923-1945 arası tarımsal gelişmelerin kaynaklık ettiği söylenebilir. Çünkü, dünya ekonomisinde görülen sıçrama niteliğindeki büyük değişimler daha önceki dönemlerin içsel gelişme sürecinin bir sonucu ise ve daha önceki içsel gelişim ve dinamikler küçümsenmezse, benzer durum 1950 öncesi ve sonrası Türkiye tarımı için de geçerlidir.

Günümüz Türkiye'sinde toprağı olmayan ya da az topraklı olan ve geçimini tarımla sağlamaya çalışan nüfusun fazlalığı toprak reformunun o günlerden bu yana etkin ve verimli olamamasının sonucudur. 1982 Anayasası'nın 44. maddesinde; “ Devlet, ... topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır...” denilmesine rağmen Türkiye'de hâlâ toprak reformu ihtiyacı hissedilmektedir. Hem toprak bayramı olan hem de az topraklı veya topraksız köylü nüfusu çok olan bir ülkede yaşamaktayız. Köylünün geçim derdi olmadan sandık başında oy kullanabilmesi demokrasinin (demoskratos, halkın iktidarı) gereğidir. Bunun için başarılı bir toprak reformuna ihtiyaç vardır.

⁵⁶ “Toprak Bayramı Kanunu (4760 sayılı)”, **Resmi Gazete**, Sayı: 6033, 15.6.1945, Tertip: 3, Cilt: 26, Sayfa: 1198.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Ahmad, Feroz. **İttihatçılıktan Kemalizme**, Çev: Fatmagül Berktaş, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1986.
- Ahmad, Feroz. **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2008.
- Aksöz, İbrahim. **Toprak Reformu ve Türkiye'de Toprak Reformuna İhtiyaç**, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1973.
- Alpay, Yalın. **Türkiye Ekonomi Tarihi**, Akademia Yayınları, İstanbul, 2008.
- Ayyıldız, Tayyar. **Tarım Politikası, Genel Politikalar ve Türkiye'de Durum**, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1983.
- Avcıoğlu, Doğan. **Türkiye'nin Düzeni, Dün-Bugün-Yarın**, Birinci Kitap, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2001.
- Barkan, Ömer Lütfi. **Türk Toprak Hukuku Tarihine Bir Bakış**, 15. Kitap, CHP Konferanslar Serisi, 1935.
- Boratav, Korkut. **Türkiye İktisat tarihi (1908-1985)**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- Cin, Halil. **Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü**, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1987.
- Çeçen, Anıl. **Atatürk'ün Kültür Kurumu Halkevleri**, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2000.
- Düren, Akın. **Toprak Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1972.
- Eraktan, Gülcan. **Tarım Politikasının Temelleri ve Türkiye'de Tarımsal Destekleme Politikası**, Uzel Yayınları, İstanbul, 2001.
- Kayıran, Mehmet. **Türk Tarımında Modernleşme Çabaları (1923-1950)**, Doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap tarihi Enstitüsü, Ankara, 1995.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Toprak Reformu ve Milli Burjuvazi Yaratma Çabası

- Keyder, Çağlar. **Türkiye'de Devlet ve Sınıflar**, İletişim Yayınları, 12.Baskı, İstanbul, 2007.
- Lewis, Bernard. **Modern Türkiye'nin Doğuşu**, Çev: Metin Kıratlı, 9.Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2004.
- Özkaynak, Serpil. **Türkiye'de Tarımın Bilinçli Yok Edilişi**, Toplumsal Çözüm Yayınları, Ankara, 2008.
- Silier, Oya. **Türkiye'de Tarımsal Yapının Gelişimi (1923-1938)**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981.
- Tezel, Yahya Sezai. **Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi**, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2000.
- Trimberger, Ellen Kay. **Tepeden İnme Devrimler**, Çev: Fatih Uslu, Gelenek Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Tunçay, Mete. **Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931**, 4. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2005.
- Uyar, Hakkı. **"Sol Milliyetçi" Bir Türk Aydını Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943)**, Büke Yayınları, İstanbul, 2000.
- Yetkin, Çetin. **Karşıdevrim (1945-1950)**, 2.Basım, Otopsi Yayınları, İstanbul, 2003.

Makaleler

Topuz, Gülseren. Cumhuriyetin İlk Yıllarında (1923-1930) Uygulanan Liberal Ekonomi ve Sonuçları, **T.C. İ.Ü. Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Yıllığı**, VIII, İstanbul, 1993.

İnternet Kaynakları

[http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=99&dyid=2340&yazi=Bir%20Tepeden%20Reform%20Denemesi:%20"Çiftçiye%20Topraklandırma%20Kanunu"nun%20Hikâyesi](http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=99&dyid=2340&yazi=Bir%20Tepeden%20Reform%20Denemesi:%20)

Arş. Gör. Gülden ÇAMURCUOĞLU

http://www.agri.ankara.edu.tr/economy/1189_1205433983.pdf (erişim: 27.04.2010)

<http://tdkterim.gov.tr/?kelime=a%FEar&kategori=terim&hng=md> (erişim: 02.05.2010)

<http://tdkterim.gov.tr/?kelime=mir%EE&kategori=terim&hng=md> (erişim: 02.05.2010)

<http://tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kelime=topraklı%20süvari> (erişim:02.05.2010)

<http://tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kelime=tımar%20düzenlemesi> (erişim: 02.05.2010)

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Ali Kemal KILAVUZ*

ÖZET

Bu çalışmada ilk olarak Enerji Şartı Anlaşmasının zeminini oluşturan tarihsel ve ekonomik süreçlere yakından bakacağız. Enerji Şartı Anlaşmasına genel olarak göz attıktan sonra, Anlaşmanın çeşitli uyuşmazlıkların çözümü için öngördüğü yöntemleri inceleyeceğiz. Bunu yaparken de Enerji Şartı Anlaşmasının yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlerine yakından bakacağız. Çalışmanın son kısmında ise Türk hukukunda, enerji sektöründe uluslararası tahkime yönelik tarihsel sürece kısaca göz attıktan sonra, mevcut durumu ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler : Enerji Şartı Anlaşması, tahkim, yatırım, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi

DISPUTE RESOLUTION WITHIN THE CONTEXT OF ENERGY CHARTER TREATY

ABSTRACT

In this article we will first have a closer look at historical and economical processes that constitutes the foundation of Energy Charter Treaty. After we briefly examine into the Energy Charter Treaty, we will study the Treaty's methods for dispute resolution and we will especially focus on the investment related dispute resolution. In the last section of this article, after a brief glance on the history of arbitration in Turkish Law, we will define the current situation.

Key Words : Energy Charter Treaty, arbitration, investment, public service concession agreement

* Enerji Uzmanı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu.

GİRİŞ

Küreselleşmenin etkilerinin en çok hissedildiği sektörlerden biri olan enerji sektöründe, özellikle Soğuk Savaşın bitmesi ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin dağılmasıyla birlikte, işbirliği arayışları hız kazanmıştır. Enerji kaynakları bakımından zengin ancak yatırım için kaynakları sınırlı olan eski Sovyetler Birliği ülkeleri ile enerji kaynakları bakımından fakir ancak yatırım kaynakları açısından zengin olan gelişmiş Avrupa ülkeleri arasındaki işbirliği çalışmaları, ilk kez 1990 yılında Dublin'de Avrupa Konseyinin toplantılarında dile getirilmiş ve ilk resmi çalışmalara başlanılmıştır. 1991 yılında yayınlanan Avrupa Enerji Deklarasyonu ile de bu konudaki yol haritası belirlenmiştir. Nihayet 1994 yılında imzalanan Enerji Şartı Anlaşması ile bu çalışmalar meyvelerini vermiş ve enerji sektöründe ilk kez geniş kapsamlı ve çok taraflı bir mutabakata varılmıştır.

I. Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Enerji Sektörünün Düzenlenmesi

Enerji sektöründe uluslararası işbirliğini, taraflarının hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanmış ve 16 Nisan 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Soğuk Savaşın bitmesiyle bağımsızlıklarını kazanan enerji kaynakları bakımından zengin ancak yatırım kaynakları kısıtlı gelişmekte olan ülkelerle, enerji kaynakları kısıtlı ancak sermaye açısından zengin gelişmiş ülkeler arasında, enerji sektöründe ortaya çıkacak ilişkilerin yasal çerçevesini çizmek amacıyla¹ gündeme gelen EŞA'yı daha iyi anlayabilmek için, öncelikle EŞA'nın en önemli aktörü olan Avrupa Birliği (AB)'nin enerji politikasının tarihsel gelişimine ve enerji kaynaklarının durumuna bakmak faydalı olacaktır. EŞA'nın öncülü olan Avrupa Enerji Şartına da kısaca göz attıktan sonra, EŞA'nın getirdiği kurumsal ve hukuki yapıyı yakından inceleyeceğiz.

A. Enerji Şartı Anlaşmasının İmzalanmasına Neden Olan Gelişmeler

AB'nin enerji politikasının şekillenmesi, Birliğin temelini de oluşturan 1951 tarihli Paris Anlaşmasıyla kurulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile başlamış; 1958'de Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran anlaşmaların imzalanmasıyla hız kazanmıştır². 1960'lı

¹ SUSSMAN, Edna: "The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration", American Bar Association Energy Committees Newsletter, August 2006, s.1.

² www.ktto.net/ab/english/abenerji.doc , s.1 ; Erişim tarihi 20.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

yıllarda enerji talebinin yüzde 60'ı kömürle karşılanmaktayken, petrolün payı sadece yüzde ondu³. Bu tarihlerde, ortak bir enerji politikası oluşturmak amacıyla çeşitli direktifler yayınlanmış, bir takım protokoller imzalanmıştır. 1970'li yıllardaki petrol krizi ise, Birliğin yeni bir enerji stratejisi oluşturmasını zorunlu kılmış ve Avrupa Konseyi 1974 yılında kabul ettiği “Yeni Enerji Politikası Stratejisi” ile enerji tüketiminin azaltılmasını, arz güvenliğinin sağlanmasını ve enerjinin üretim ve tüketim süreçlerinde çevrenin korunmasını öngören bir politika benimsemiştir⁴. 1980'li yıllara gelindiğinde ise, enerji sektöründe tek pazar kurma ve serbestleştirme çalışmaları önem kazanmıştır. AB kurulduğundan beri, kömür ve petrolün serbestçe ve kısıtlama olmaksızın Birlik içerisinde dolaşımı mümkündür; ancak elektrik ve doğal gazın gerek nispeten yeni gelişmekte olan teknolojilere bağımlı olması, gerekse taşınması ve dağıtımının şebekelere bağlı olması nedeniyle, bu sektörlerde serbest dolaşım daha geç meydana gelmiş, on yıllarca her iki enerji sektörü de ulusal piyasalara bağımlı kalmıştır.

B. Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonunun İmzalanması

1990'lı yılların başlarında Soğuk Savaşın sona ermesi ve enerji kaynakları bakımından zengin bağımsız devletlerin ortaya çıkması, enerji kaynakları bakımından fakir AB ülkeleri ile yatırım imkanları kısıtlı yeni bağımsız devletler arasında işbirliği fikrinin doğmasına neden oldu⁵. Avrupa Konseyinin 1990 yılında Dublin'deki toplantısında Hollanda, Doğu Avrupa ve Rusya'daki ekonomik kalkınmanın enerji sektöründe yapılacak işbirliği ile ivme kazana-çağını ifade etmiş, bu görüşün Konsey tarafından kabul edilmesiyle söz konusu işbirliğinin nasıl yürütüleceği hususunda çalışmalar yapılmıştır⁶. Şubat 1991 tarihinde Avrupa Topluluğu Komisyonu, “Avrupa Enerji Şartı” kavramını önermiş ve aynı yıl AB görüşmeleri başlatmak üzere, tüm Batı ve Doğu Avrupa ülkelerini, henüz dağılmamış olan SSCB'yi ve Avrupa dışı Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ülkelerini Brüksel'de düzenlenen konferansa çağırmıştır. ABD, Kanada, Avustralya ve Japonya da kısa bir süre

³ YORKAN, Arzu: “Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası ve Türkiye'ye Etkileri”, Bilgi Strateji, C.I, S.1, Güz 2009, s.25.

⁴ YORKAN, s.26.

⁵ CHALKER, James: “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, International Environmental Agreements, Published online 25.10.2006, s.435.

⁶ GÜNEŞ, Cengiz: Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002, s.336.

sonra konferansa katılmıştır⁷. Nihayet 17 Aralık 1991 tarihinde, hemen hemen SSCB'nin dağılmasıyla aynı tarihlerde Lahey'de, aralarında Türkiye ve ABD'nin de bulunduğu, 38 devlet ve AB tarafından Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu (AEŞD) imzalanmış⁸ ve enerji sektöründe işbirliğini sağlamayı amaçlayan bir politik niyet açıklaması olarak ortaya çıkmıştır⁹. Tarafları bağlayıcı herhangi bir uluslararası sözleşme ise imzalanmamıştır. AEŞD halen 58 devlet tarafından imzalanmış olup, EŞA'nın imzalanması için zorunlu bir aşama olarak varlığını sürdürmektedir¹⁰.

C. Enerji Şartı Anlaşması

EŞA, asıl olarak, 1991 tarihli AEŞD temelinde gelişmiştir. AEŞD'nin imzalanmasıyla birlikte, tarafları bağlayıcı uluslararası bir anlaşma metninin hazırlık çalışmaları başlamış ve bu çalışmaların sonucunda enerji sektöründe uluslararası işbirliğinin sağlanması için gerekli hukuki altyapıyı oluşturacak olan EŞA, 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzaya açılmıştır. Yatırım, ticaret, enerjinin taşınması, çevre, rekabet, piyasalara giriş, teknoloji transferi, enerjinin verimli kullanımı ve uyuşmazlıkların çözümü gibi alanlarda, enerji sektöründe rol oynayan aktörlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilk geniş kapsamlı ve çok taraflı uluslararası sözleşme niteliğini taşıyan EŞA halen, içinde Türkiye'nin de bulunduğu 51 ülke ile AB ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM) tarafından imzalanmış olup¹¹, 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girerek uygulanmaya başlamıştır¹². AEŞD'yi imzalamış olan ABD ve Kanada da dahil 23 ülke ile 10 uluslararası kuruluş ise halen gözlemci statüsündedirler¹³. Rusya Federasyonu ise 17.12.1994 tarihinde EŞA'yı imzalama-

⁷ BAMBERGER, Craig / LINEHAN, Jan / WAELDE, Thomas: "The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase", Energy Law In Europe, Oxford 2000, s.1.

⁸ TUYGUN, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s.55

⁹ BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen: "Enerji Şartı Anlaşması", İşletme Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2006, s.99.

¹⁰ <http://www.encharter.org/index.php?id=29&L=1> : Erişim tarihi;20.12.2009

¹¹ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.8. Erişim tarihi: 20.12.2009.

¹² Türkiye EŞA'yı 17 Aralık 1994 tarihinde imzalamış, 1 Şubat 2000 tarih ve 4519 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü'nün Onaylanması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı 12 Temmuz 2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. 12.07.2000T ve 24107 s. Mükerrer Resmi Gazete. Bu çalışmada yer verilen EŞA'nın ilgili hükümleri Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metinden alınmıştır.

¹³ Katılımcı ve gözlemci ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1%2F>

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

sına rağmen, özellikle enerji alanındaki tekel gücünü kaybetmeme amacıyla ve öz kaynaklarıyla yatırım imkanlarını da artırmasıyla, 20.08.2009 tarihinde EŞA'yı onaylamayacağını ve taraf olmayacağını bildirmiştir.

EŞA'nın ticarete ilişkin hükümleri, Dünya Ticaret Örgütü'nü (DTÖ) kuran 1994 tarihli Marakeş Anlaşması'ndan önce imzalanmış olması nedeniyle, 1947 yılında imzalanan "The General Agreement on Tariffs and Trade" (GATT) içerisinde yer alan ticaret rejimi esas alınarak düzenlenmişti. 23-24.04.1998 tarihlerinde düzenlenen Enerji Şartı Konferansında EŞA'nın ticarete ilişkin 29 uncu maddesinde değişiklikler yapılmış, güncel DTÖ kural ve uygulamalarına paralel hale getirilmiştir. Ayrıca bu değişikliklerle, EŞA'nın kapsamı enerji ile ilgili ekipmanları¹⁴ kapsayacak şekilde genişletilmiş ve EŞA'ya taraf olan ancak henüz DTÖ'ye üye olmayan Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Özbekistan'ın enerji materyalleri, ürünleri ve enerji ile ilgili ekipmanlar referans alınmak suretiyle DTÖ uygulama ve disiplinlerini tanımalarının önü açılmıştır. Söz konusu değişiklikler halen 34 ülke tarafından onaylanmış olup¹⁵, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. "Enerji Şartı Antlaşmasının Ticaretle İlgili Hükümlerine Getirilen Değişikliklerin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı", 23.11.2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde sunulmuş olup, halen ilgili komisyonlarda görüşülmektedir¹⁶.

1) Enerji Şartı Anlaşmasının Kapsamı

Sekiz bölüm, elli madde ve çok sayıda ekten oluşan EŞA, ulusal enerji politikalarını belirlemek veya enerji üreticisi konumundaki ülkelerdeki yatırımları finanse etmek gibi bir amaç taşımadığı gibi, enerji ağlarının üçüncü kişilere açılmasına yönelik herhangi bir tavsiye veya zorunluluk da öngörmektedir¹⁷. EŞA'nın imzalanmasında iki temel anlayışın rol oynadığını söyleyebiliriz. Birincisi, liberal sisteme geçiş aşamasında olan Orta ve Doğu Avru-

¹⁴ EŞA'nın ticaret rejimine tabi olduğu kabul edilen yaklaşık 70 civarında ekipman kategorisi Ek EQ I'de düzenlenmektedir. Borular, türbinler, transformatörler gibi çeşitli ekipmanlar artık EŞA ticari rejimi kapsamındadır. Böylece yatırımcıların istedikleri ekipmanları kullanmalarına yönelik kolaylıklar sağlanmış olmaktadır.

¹⁵ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Trade_Amendment_ratification_status.pdf : Erişim tarihi:21.12.2009

¹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_sonuc?taksim_no=0&kullanici_id=7095498&sonuc_sira=40&bulunan_kayit=33&metin_arama=&icerik_arama= : Erişim tarihi:21.12.2009

¹⁷ DEMİR, Esra: "Enerji Şartı Anlaşması", <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi: 21.12.2009

pa ülkelerinin ekonomilerinin canlandırılmasında enerji sektörünün öneminin anlaşılmasıdır. İkincisi ise, gelişmiş Batı Avrupa ülkelerinin ihtiyaçları olan enerjiyi temin ettikleri Kuzey Denizi, Orta Doğu ve Kuzey Afrika kaynaklarının güvensizliği karşısında alternatif bulmaları gerektiğini anlamaları ve bu nedenle arz güvenliğini temel sorun olarak ele almalarıdır¹⁸. Bu amaçları gerçekleştirmek için EŞA; yatırım, ticaret, enerji transiti, enerji verimliliği ve çevresel boyutu ve uyumsuzlukların çözülmesi ana başlıklarını düzenlemiştir. Yatırım ve enerjinin transiti gibi bazı başlıklar daha sert kurallarla düzenlenmişken, kimi başlıklarda ise daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan kurallara yer verilmiş; zaman zaman bazı başlıklarda ise katı ve esnek kurallara birbirlerini tamamlayacak şekilde yer verilmiştir¹⁹. Bunların dışında EŞA'da sıklıkla diğer teknik anlaşmalara da atıfta bulunulmuştur.

Yatırıma ilişkin hükümler EŞA'nın en önemli başlıklarından biridir. EŞA'nın yatırımlara ilişkin hükümleri, enerji sektöründeki yatırımlara ilişkin ticari olmayan riskleri en aza indirmeye yönelik olup, esas olarak, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılarla aynı imkanların sağlanmasını öngörmektedir. Ayrıca, yatırımların kamulaştırılabileceği haller sınırlı olarak sayılmış, yatırımların serbestçe transfer edilebileceği hüküm altına alınmış ve tarafların başka bir uluslararası anlaşmaya taraf olması halinde EŞA ile yatırımın korunmasına ilişkin düzenlenen hakların hiçbir şekilde daha eksik olarak yorumlanamayacağı, başka bir deyişle uluslararası anlaşmanın EŞA'ya kıyasen yatırımcı aleyhine koşullar ve yükümlülükler getirmesi halinde EŞA'nın geçerli olacağı belirtilmiştir²⁰. Yatırım öncesi aşama için benzer korumaların getirilmesine ilişkin çalışmalar ise bir sonuca ulaşamamıştır²¹. EŞA'da ticaret ise, ilk imzalandığında GATT'ta düzenlenen ticaret rejimine tabiyken, yukarıda biraz önce bahsettiğimiz 1998 değişiklikleri ile DTÖ kural ve uygulamalarına tabi hale gelmiştir. Temel olarak ayrımcılık yapılmaması, şeffaflık ve uluslararası ticaretin kademeli olarak serbestleştirilmesine ilişkin hükümler düzenlenmektedir²². Enerjinin transit taşınması ise, enerjinin bir ülkeden başka bir ülkeye, en az bir ülkeden geçerek taşınması olup, enerjinin transit taşınmasına ilişkin EŞA hükümleri de ayrımcılık yapılmamasına ve transitin kolaylaştırılmasına yönelik olup, konuya ilişkin olarak oluşturulan Enerji Şartı Transit Grubunun

¹⁸ TUCKER, Andrew E.L.: "The Energy Charter Treaty and 'Compulsory' International State/Investor Arbitration", *Leiden Journal of International Law*, **11**, 1998, s.514

¹⁹ CHALKER, s.438

²⁰ SUSSMAN, s.2

²¹ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.3

²² DEMİR, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>,

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

çalışmaları sürmektedir. Enerji verimliliği ve enerjinin çevresel boyutuna ilişkin olarak ise, “Enerji Şartı Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Boyut Protokolü” 1994 yılında imzalanmıştır. EŞA ile uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin getirilen mekanizma ise sonraki başlıklarda ayrıntılı olarak incelenecektir.

EŞA kapsamına giren enerji maddeleri ve ürünleri, Ek EM’de ayrıntılı olarak düzenlenmekteyken, 1998 yılı değişiklikleriyle Dünya Gümrük Örgütünün Harmonize Sistemi ve AB’nin Birleşik terminolojisi bazında Ek EM I ve EM II’de düzenlenmiştir. Ayrıca enerjiyle ilgili ekipmanlar da, söz konusu değişiklik sonucunda EŞA kapsamına girmiş ve Ek EQ I ile EQ II’de düzenlenmiştir. Nükleer enerji, kömür, doğal gaz, petrol ve petrol ürünleri, LPG ve elektrik gibi enerji maddeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. EŞA kapsamındaki enerji sektöründeki faaliyetler ise tetkik, sondaj, rafineraj, üretim, depolama, karayolu ile taşıma, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama ve satıştan oluşan çok geniş bir alanı kapsamaktadır.

2) Enerji Şartı Anlaşmasında Öngörülen Kurumsal Yapı

EŞA’nın 34 üncü maddesinde, anlaşma taraflarının yetkili birer temsilci ile katılacakları Enerji Şartı Konferansı düzenlenmiştir. Anlaşmaya göre Konferans, temel karar alma organı olup, anlaşmaya taraf olan tüm devlet ve kuruluşlar Konferansta temsil edilirler. Bir ülkenin veya kuruluşun anlaşmaya taraf sayılabilmesi için, EŞA’nın hükümlerinin bağlayıcılığını kabul etmiş olması ve EŞA’nın o ülke veya kuruluşta yürürlükte olması gerekir²³.

Konferansın görevleri ise EŞA’nın 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, temel görevleri arasında EŞA ve protokoller ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek, EŞA prensip ve hükümlerinin uygulanmasını incelemek ve kolaylaştırıcı tedbirler almak, EŞA’ya ilişkin katılım talepleri hakkında karar almak, EŞA’da değişiklik yapmak, Genel Sekreteri atamak, Sekreteryanın oluşturulması için gerekli kararları almak ve Sekreterya’nın yıllık bütçesini onaylamak sayılabilir. Konferans, tarafların bir araya gelerek görüş alışverişinde bulunduğu, kararların alındığı bir forum niteliğini taşır ve görevlerini yerine getirebilmek için yılda iki kez olağan olarak toplanır²⁴. Konferans ayrıca, anlaşma taraflarının en az üçte birinin desteği olması halinde, anlaşma taraflarına bildirilmesinden sonraki 6 hafta içinde olması koşuluyla olağanüstü olarak da toplanabilir.

²³ CHALKER, s.439.

²⁴ DEMİR, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>,

Anlaşma ekleri ile Nihai Senedin 2 Nolu Ekinde yer alan kararlar EŞA'nın tamamlayıcı parçalarıdır. Konferans bunların dışında, maddelerin anlaşılmasında yol gösterici olan mutabakatlar ve tarafların belli bir konudaki görüşlerini yansıtan deklarasyon şeklindeki kararlar da alır ve bu kararlar temel olarak bağlayıcı değildir²⁵.

EŞA'nın 36 ncı maddesinin ilk fıkrasında belirtilen hallerde Konferans, kararlarını oy birliğiyle alır; ancak EŞA'da açık hüküm varsa, çeşitli konularda nitelikli çoğunluk veya oy çoğunluğuyla da karar alınabilmektedir. Anlaşmada açıkça düzenlenmeyen diğer tüm hususlarda ise basit çoğunluk yeterli olmaktadır.

Konferans, görevlerini yerine getirmek amacıyla alt organlar kurmaya yetkilidir. Bu çerçevede, Enerji Verimliliği Grubu, Yatırım Grubu, Ticaret Grubu ve Transit Grubu kurulmuş olup, bu gruplar düzenli bir çalışma programına sahiptirler. Bütçe Komitesi ile Hukuk Danışma Komitesi ise düzenli bir çalışma programına sahip olmamakla beraber Konferansa bağlı olarak çalışmaktadır²⁶.

EŞA'nın 35 inci maddesi, EŞA ve protokollerin uygulanmasını denetleyen, Konferansın ve grupların çalışmalarını düzenleyen, üye olmayan devlet ve kuruluşlarla olan ilişkilerde Konferansı temsil eden, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynayan Enerji Şartı Sekreteryasını düzenlemektedir²⁷. Sekreterya Brüksel'de görev yapmakta olup, Sekreteryanın başkanı olan Genel Sekreter, Konferans tarafından seçilmektedir²⁸.

II. Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

Küreselleşen dünya ekonomisinin gittikçe daha fazla enerjiye gerek duyması, enerji projelerinin uzun dönemli olması ve yüksek sermaye gerektirmesi nedeniyle, enerji alanında uluslararası iş birliği önem kazanmakla beraber, bu iş birliği sonucunda gerçekleşen çeşitli faaliyetlerden uyuşmazlıkların doğması da kaçınılmaz olmaktadır. Bu kapsamda EŞA, ayrıntılı bir uyuşmazlık çözüm sistemi getirmiş olup, farklı konular açısından farklı uyuşmazlıkların

²⁵ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.61.

²⁶ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.60.

²⁷ BAKLACI / AKINTÜRK, s.100

²⁸ Türkiye'nin AB nezdindeki Daimi Temsilcisi Büyükelçi Selim Kunteralp 06.04.2010 tarihinden itibaren Genel Sekreterliğe seçilmiştir.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

çözüm yöntemleri benimsemiştir²⁹. Çalışmamızın bu bölümünde, enerji sektörüne ilişkin çeşitli konularda EŞA'nın getirdiği sistemi ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

A. Ticari Uyuşmazlıklar

Ticaret hususu EŞA'nın 5 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. EŞA ilk halinde, ticari rejimin uygulanmasında GATT modelini örnek alırken, 1998 değişiklikleriyle DTÖ modeli temel alınmış ve böylece, ayrımcılık gözetmeyen, şeffaf ve uluslararası ticaretin kademeli olarak serbestleştirilmesini amaçlayan bir ticaret rejimine geçiş hedeflenmiştir. Bu değişikliklerle ayrıca, enerji maddeleri ve ürünlerinin yanında enerjiyle ilgili ekipmanların ticareti de EŞA kapsamına dahil edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, EŞA'nın ticarete ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için taraflardan en az birinin DTÖ'ye üye olmaması gerekmektedir. Böylelikle EŞA'ya taraf olmasına rağmen DTÖ'ye üye olmamış ülkelerin enerji maddeleri, ürünleri ve enerjiyle ilgili ekipmanlar açısından DTÖ kural ve uygulamaları hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olmaları hedeflenmiştir. Her iki tarafın DTÖ üyesi olması halindeyse EŞA hükümleri değil, DTÖ tarafından düzenlenen ticari rejim uygulama alanı bulacaktır³⁰.

Ticari uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler 29 uncu maddede yer almaktadır. Bu hükümlerin uygulanması için, yukarıda da belirttiğimiz gibi, taraflardan en az birinin DTÖ'ye üye olmaması ve uyuşmazlığın 5 inci madde hükümlerinin uygulamasıyla ilgisi olması gerekmektedir. Bu şartların varlığı halinde uyuşmazlığın nasıl çözüleceği hususu ise Ek D'de düzenlenmiş olup, DTÖ uygulamasına benzeyen, ancak daha basit ve detaysız bir yöntem benimsenmiştir³¹. Temelinde, taraf devletler arasında çıkan uyuşmazlığın müzakereler ve paneller aracılığıyla çözülmesi, aksi halde tazminat ödenmesi veya yükümlülüklerin askıya alınması vardır. Tüm bunların dışında, EŞA'nın 28 inci maddesi uyarınca, tarafların bu hususta anlaşması halinde, ticari uyuş-

²⁹ ERDEM, Ercüment: "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü-I", <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-24,62@2300.html>, prg.2. Erişim tarihi: 23.12.2009.

³⁰ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.56. Böylelikle, DTÖ'nün görev alanına giren olaylarda mükerrer uygulamalardan kaçınılması hedeflenmiştir.

³¹ ERDEM, Ercüment: "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü-II", <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-25,63@2300.html>, prg.8. Erişim tarihi: 23.12.2009. DTÖ'nün öngördüğü sistemden temel farkı, bir temyiz merciinin bulunmaması ve panel raporlarının kabulüne ilişkin usulden kaynaklanmaktadır.

mazlıkların, ileride göreceğimiz 27 nci madde kapsamında çözülmesi de mümkündür. Ayrıca, yabancı yatırımcının da, ticari uyuşmazlıklarda 26 ncı madde kapsamında uyuşmazlığın çözümünü talep edebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³².

B. Transit Uyuşmazlıkları

Petrol ve doğal gaz kaynakları genellikle tüketim yerlerinden uzaktadırlar ve bunların taşınması hayati önem arz eder. Elektrik de benzer şekilde, üretildiği tesislerden tüketim birimlerine taşınmalıdır. Bu nedenle EŞA'daki transite ilişkin hükümler, ticaret ve yatırımla da yakından ilgilidirler³³.

Enerjinin transitine ilişkin politik, ekonomik ve hukuki sorunlara çözüm bulma amacıyla düzenlenmiş tek çok taraflı anlaşma olması sebebiyle, gelişmiş bir transit rejimini öngören EŞA'nın 7 nci maddesi, transit serbestisi temelinde, enerji maddeleri ve ürünlerinin transitine ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu hükümlerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntem ise altı ve yedinci fıkrada düzenlenmiştir. EŞA'ya göre, uyuşmazlık tarafı âkit devletler farklı bir çözüm yöntemi benimsemedikleri takdirde ve taraflardan birinin başvurması halinde, Genel Sekreter taraflarla uyuşmazlık hakkında görüşür ve 30 gün içerisinde bir arabulucu atar³⁴. Dolayısıyla tahkime göre daha basit ve hızlı bir çözüm yöntemi benimsenmiş olmaktadır. Arabulucu, uyuşmazlığa ilişkin konularda tecrübeli olmalı ve uyuşmazlığa taraf olan ülkelerin tabiiyetinde olmamalı veya bu ülkelerde ikamet etmemelidir. Genel Sekreter uyuşmazlığın arabulucu aracılığıyla çözülemeyeceği kanısına varırsa arabulucu atamayabilir.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için gerekli tüm çabayı gösterir; ancak 90 gün içinde taraflar arasında bir anlaşma sağlayamazsa, taraflara uyuşmazlığa ilişkin bir çözüm veya çözüm yöntemi önerir ve uyuşmazlık çözümlene kadar geçerli olacak (bu süre 12 ayı geçemez) tarife başta olmak üzere tüm anlaşma şartlarını belirler.

EŞA, transit uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin prosedür karara bağlanmadan ve bir sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, enerji madde ve ürünlerinin

³² ERDEM (EŞA-II), prg.8.

³³ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.15.

³⁴ EŞA'nın Türkçe metninde "hakem" ifadesi kullanılmaktaysa da, gerek Anlaşmanın İngilizce metninde "conciliation" teriminin kullanılması gerekse de uyuşmazlığın çözümündeki fonksiyonu nedeniyle, bu ifadenin "arabulucu" olarak anlaşılması daha uygundur. Bu hususta ayrıca bkz. ERDEM,(EŞA-II), prg.9.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

transitinin hiçbir şekilde durdurulamayacağını, kısıtlanamayacağını, anlaşma tarafının kendi kontrolünde olan bir kuruluşa bu yönde izin veremeyeceğini, kendi kontrolünde olmayan bir kuruluştan da bu yönde talepte bulunamayacağını hüküm altına almış ve transit akışın güvenliğini tesis etmeyi amaçlamıştır.

C. Rekabet Uyuşmazlıkları

Rekabete ilişkin konular EŞA'nın 6 ncı maddesinde düzenlenmiş olup, anlaşma taraflarına öncelikle, enerji sektöründeki ekonomik aktivite alanında rekabete ilişkin piyasa engellerini azaltmaya çalışma ve buna ilişkin rekabet kanunlarını yürürlüğe koyma gibi esnek yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca rekabet konusunda deneyim sahibi taraflar, talep üzerine ve mevcut kaynaklar ölçüsünde olmak şartıyla, rekabet kurallarının geliştirilmesi ve uygulanması konusunda diğer anlaşma taraflarına teknik yardım sağlamakla da yükümlüdürler. Söz konusu madde, taraf devletler arasında ortak bir rekabet düzeni öngörmemekte, anlaşma taraflarının kendi iç hukuk düzenlerindeki mevcut rekabet kurallarının uygulanacağını düzenlemektedir³⁵.

EŞA, rekabet uyuşmazlıklarının çözümü için kapsamlı ve teknik bir yöntem öngörmemektedir. Anlaşmaya göre, anlaşma taraflarından biri, diğer anlaşma taraflarından birinin 6 ncı madde kapsamında düzenlenen rekabet kurallarını ihlal ettiği ve bu durumun da önemli bir menfaatini olumsuz yönde etkilediği kanısındaysa, durumu bu anlaşma tarafına ve onun rekabet otoritesine, durumun tespitine yarayacak gerekli bilgi ve belgelerle birlikte bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını talep eder. Bildirimi alan anlaşma tarafı veya onun rekabet otoritesi durumu inceleyerek ve gerek görürse bildirim yapan anlaşma tarafının rekabet otoritesiyle de bilgi alışverişinde bulunarak, bir önlem alınması gerekip gerekmediğine karar verir ve kararını gerekçeleriyle birlikte bildirim yapan anlaşma tarafına bildirir. Karar bir önlem alınması gerektiği yönünde olursa, bildirim yapan anlaşma tarafını alınan önlemlerden ve gelişmelerden de haberdar edecektir. Rekabete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için diplomatik yollara başvurulabilmekle beraber, EŞA'da diğer konular için öngörülen uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerine başvurulamayacağı hususu açıkça belirtilmiştir³⁶.

³⁵ ERDEM (EŞA-II), prg.9.

³⁶ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.58.

D. Çevreye İlişkin Uyuşmazlıklar

Anlaşmanın 19 uncu maddesi Anlaşma taraflarına, diğer uluslararası anlaşmaları da göz önüne alarak, yakıt çevriminden kaynaklanan tüm işlemlerden doğan zararlı çevresel etkileri, ekonomik açıdan verimli biçimde en aza indirmek için gayret sarf etme yükümlülüğünü getirmiştir. Bu genel yükümlülük dışında, anlaşma tarafları için konuya ilişkin daha spesifik yükümlülükler de öngörülmüştür. Konuya ilişkin “Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü” de EŞA ile aynı tarihte imzaya açılmış olup, çevresel konuları ayrıntılı olarak düzenlemektedir³⁷.

EŞA, çevreye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için ayrıntılı ve teknik bir düzenleme öngörmemiştir. Anlaşmaya göre, bir veya birden fazla Anlaşma tarafının talebi halinde, 19 uncu maddenin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, söz konusu uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak bir uluslararası anlaşmanın bulunmaması şartıyla, Enerji Şartı Konferansı incelemesine sunulur. Konferans bir çeşit danışman gibi, sorunun çözümüne ilişkin önerileri taraflara iletcek, sorunun çözümü için çaba gösterecektir³⁸.

E. Yatırıma İlişkin Uyuşmazlıklar

Yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelerin, EŞA'nın en önemli hükümlerini oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Çalışmamızın bu bölümünde EŞA kapsamında yatırımın korunması amacıyla getirilen düzenlemelere kısaca göz attıktan sonra, yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden ayrıntılı olarak bahsedeceğiz.

1) Yatırım ve Yatırımcı Kavramları

Yatırım kavramının üzerinde anlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır. Mevzuatta ve bilimsel eserlerde, yapılacak tanımın tüm yatırım türlerini kapsayamayacağı endişesiyle, böyle bir tanım vermekten kaçınılmaktadır. Bu nedenle, yatırımların korunmasına ilişkin anlaşmalarda genellikle yatırım tanımlanmamakta, yatırım olarak kabul edilecek varlık ve haklar sayılmaktadır³⁹. Ancak

³⁷ Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün İngilizce metni için bkz. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=141, s.141

³⁸ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.58

³⁹ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tah-

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

uluslararası anlaşmalarda, uzun dönemi kapsamaları, yüksek risk taşımaları ve ülkenin kalkınmasındaki önemleri nedeniyle, öncelikle doğrudan yatırımların korunmasına öncelik verildiği, portföy yatırımlarının korunmasının ikinci planda kaldığı söylenebilir.

Uluslararası bir anlaşma olan EŞA da benzer yöntemi tercih etmiş ve yatırım ve yatırımcı kavramlarını tanımlamak yerine, yatırım olarak kabul edilecek varlıkları belirtmek yolunu seçmiştir. EŞA'nın 1 inci maddesinin (6) nolu bendi yatırım, “bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlık⁴⁰” olarak geniş bir şekilde tanımladıktan sonra, Anlaşma kapsamında yatırım olarak kabul edilecek tüm varlıkları tek tek saymıştır. Buna göre, aynı veya aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminat gibi her türlü mülkiyet hakkı; bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri, bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları; bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri; fikri mülkiyet; kazanç; yasalarla, kontratlarla veya enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar, yatırım kapsamında değerlendirilmiştir⁴¹. Aynı maddenin (7) nolu bendi ise yatırımcıyı, Anlaşma tarafı açısından, söz konusu Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak o ülkede sürekli ikamet eden veya o ülkenin vatandaşı veya uyruğuna sahip olan bir gerçek kişi; söz konusu Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyon; “üçüncü ülke” açısından ise, Anlaşma tarafı için belirtilen bu şartları, gerekli değişiklikleri yaparak yerine getiren gerçek kişi, firma veya organizasyon, olarak tanımlamıştır.

3) Yatırımın Korunması Kavramı

Yatırımlar, özellikle de yabancı yatırımlar, tarih boyunca çeşitli risklerle karşı karşıya kalmıştır. Bu riskler devletin egemenlik hakkından kaynaklanabileceği gibi dış faktörlerden de kaynaklanabilmektedir. Yüksek vergilerin konması, devletleştirme, kamulaştırma, müsadere, yabancı yatırımla ilgili

kimi”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007, s.170

⁴⁰ Kontrolün varlığının tespiti her somut olay için ayrı değerlendirilecek olup, kontrolün varlığı hakkında şüphe olursa yatırımcı, kontrolün varlığını ispat etmelidir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 3 Numaralı Mutabakat.

⁴¹ Portföy yatırımları ve fikri mülkiyet hakları dahi yatırım kavramı içinde sayılmıştır.

hukuki düzenlemelerde değişiklik yapılması, kota uygulaması, yabancı yatırımcının sınır dışı edilmesi, yatırım yapılan devletteki politik ve ekonomik istikrarsızlık bu risklerin en önemlileridir⁴². Bu risklerin varlığı yatırım maliyetlerini artırmakta, özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından ekonomik kalkınmanın önüne büyük bir engel olarak çıkmaktadır.

Devletler bu hususları göz önüne alarak, yabancı yatırımların korunmasını ve teşvikini amaçlayan ikili veya çok taraflı anlaşmalar yaparak, yabancı yatırım ve yatırımcının korunacağını birbirlerine taahhüt etmektedirler. Ancak bu anlaşmalar devletin egemenlik hakkını belirli ölçülerde sınırladığından her zaman tartışma konusu olmuşlardır.

Özellikle enerji sektörü gibi ülke ekonomisi açısından hayati önem arz eden ve yüksek yatırım maliyetlerine sahip bir sektörde, yatırım risklerinin en aza indirilmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle EŞA, yatırımın ve yatırımcının korunmasına özel olarak önem vermiş, diğer konu başlıklarına oranla daha ayrıntılı hükümler getirmiştir.

4) Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Yatırımın Korunması

EŞA, temel olarak, yatırımcı gelişmiş ülkelerle, gelişmekte olan yatırım yapılacak ülkeler arasında yapılmış, uluslararası çok taraflı bir anlaşmadır. EŞA'da yatırıma ilişkin hükümler üçüncü bölümde, 10 ila 17 nci maddeler arasında düzenlenmiştir. Yatırımlara ilişkin düzenleme geniş oranda Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) ve ABD / İngiltere'nin yaptığı ikili anlaşmalardan etkilenmiştir⁴³. Ancak, EŞA'nın AB'nin dış politika, ekonomi ve enerji politikasının bir ürünü olduğu ve AB'nin yatırıma ilişkin birincil ve ikincil mevzuatının bu hükümlerle AB üyesi olmayan ülkeler için de uygulanabilir hale geldiği gözden kaçmamalıdır. Bunun dışında DTÖ gibi önemli kuruluşların, yazılı olmayan Avrupa hukuku kurallarının, çevrenin ve insan haklarının korunmasına ilişkin kuralların da EŞA'nın hazırlanması aşamasında göz önüne alındığı şüphesizdir⁴⁴. Tüm bunları birlikte değerlendirdiğimizde, EŞA'nın yatırıma ilişkin hükümlerinin sadece tek bir anlaşma, devlet veya kuruluştan etkilendiğini söylemek imkânsız olup, imzalandığı

⁴² TUYGUN, s.36

⁴³ WALDE, Thomas W.: "Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues", <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>, prg.4. Erişim tarihi: 25.12.2009.

⁴⁴ WALDE, prg.5.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

dönemde yatırımların korunmasına ilişkin en kapsamlı kuralları düzenlediği görülmektedir.

EŞA'nın yatırıma ilişkin hükümlerini yakından incelediğimizde ilk dikkatimizi çeken husus, yatırım öncesi aşama ile yatırım aşamasının farklı düzenlendiğidir. Yatırım öncesi aşama, genel uygulama kuralları tarafından nispeten esnek bir biçimde düzenlenmişken, yatırım aşaması daha katı kurallarla ve devletlerin gönüllülüğüne bırakılmadan düzenlenmiştir⁴⁵. Aşağıda inceleyeceğimiz şekilde, yatırımcıya tanınan tahkim hakkı bu açıdan önemli bir gelişmedir. Ancak, EŞA'nın yatırım öncesi aşama için, özellikle piyasaya giriş ve serbestleşme konularında, gerekli araçlara sahip olmadığı da bir gerçektir. Her ne kadar bu konuda çalışmalar sürmekteyse de henüz bir sonuç alınamamıştır⁴⁶.

EŞA'da dikkat çeken ikinci husus ise, devlet ve kuruluşlardan ayrı olarak yatırımcının da Anlaşmanın getirdiği korunmadan faydalanmayı talep edebilmesidir. Bu yatırımın korunması hususunda önemli bir gelişme olup, yatırımcı haklarının “insan hakları” kavramı içinde değerlendirildiğine ilişkin görüşlere kaynaklık etmiştir⁴⁷.

Bu genel incelemeden sonra çalışmamızın bu bölümünde EŞA'da yatırımcının korunmasına ilişkin hükümlere yakından bakacağız⁴⁸.

a. Genel Uygulamalar

EŞA'nın 10 uncu maddesi, “Yatırımların Teşviki, Korunması ve Uygulamalar” başlığını taşımakta olup, yatırımların korunması ve teşviği için açıkça belirlenmiş zorunluluklar öngörmemekte, sadece temel standartlar koymaktadır. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre Anlaşma tarafları, diğer Anlaşma taraflarının yatırımcılarına kendi ülkelerinde yatırım yapabilmeleri için istikrarlı, adil, uygun ve şeffaf şartları tesis etmekte yükümlüdürler. Ayrıca Anlaşma tarafları, diğer Anlaşma taraflarının yatırımlarına eşit ve adil bir uy-

⁴⁵ CHALKER, s.443.

⁴⁶ TUCKER, s.519.

⁴⁷ WALDE, prg.7.

⁴⁸ Anlaşmanın 17 nci maddesi uyarınca, Anlaşma tarafı bu hakların kullanılmasını belirli şartların varlığı halinde reddedebilir. Buna göre diğer Anlaşma tarafı devlet tarafından yapılan yatırımın, üçüncü ülke vatandaşların sahip olduğu veya kontrol ettiği ve diğer Anlaşma tarafında önemli ölçüde iş hacmine sahip olmayan hukuki kuruluşlar ile diplomatik ilişki kurulmayan veya bu menfaatlerin sağlanmasının Anlaşma tarafınca alınan önlemlere aykırı sayıldığı veya yasaklandığı üçüncü ülke yatırımcıları tarafından yapıldığının tespit edilmesi halinde, bu avantajlar uygulanmaz.

gulamayı da taahhüt etmektedirler. Bu hüküm, OECD yatırım sözleşme modellerinden doğmuş olup, NAFTA tarafından birçok kararda dayanak olarak alınmıştır⁴⁹. Bunun dışında, yatırımlar istikrarlı ve devamlı korunmaya ve güvenliğe mazhar olacak ve hiç bir Anlaşma tarafı, makul olmayan veya ayırım gözetilen önlemlerle, yatırımların idaresi, idamesi, faydası, kullanma hakkı veya devredilmesi açısından eşitsizlik yaratacak biçimde davranmayacaktır. Hiç bir durumda, söz konusu yatırımlara, Anlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk tarafından empoze edilen gereksinimlerden daha yetersiz prosedürler uygulanmayacaktır⁵⁰. Son fıkra ise “pacta sunt servanda-ahde vefa” kuralının bir yansıması olup, “Her Anlaşma tarafı, diğer bir Anlaşma tarafı yatırımcısı veya yatırımcısının bir yatırımı ile taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirecektir.” hükmünü düzenlemektedir. Bu hüküm, ahde vefa ilkesinin özel bir çeşidi olan ve “Umbrella Clause” olarak bilinen kuralın uygulaması niteliğindedir. “Umbrella clause” kavramı, yatırım anlaşmalarına yaklaşık 50 yıl önce girmiş bir kavram olup, iki taraflı spesifik bir yatırım anlaşmasının ihlalinin, uluslararası nitelik taşıyan ikili veya uluslararası bir yatırım anlaşmasının ihlali olarak değerlendirilmesine imkan sağlar. Böylece, yerel boyutlu yatırım anlaşmalarının ihlali, uluslararası boyut kazanır⁵¹. Bu ihlalin boyutu ve niteliğinin nasıl olması gerektiği, ufak bir ticari anlaşmazlığın uluslararası boyut kazanması gerekip gerekmediği hususu doktrinde hâlâ tartışmalı bir husustur⁵².

b. Ayrımcılık Yapmama ve En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Maddenin ikinci fıkrası önemli bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu fıkraya göre Anlaşma tarafları, yatırımların yapılması aşamasında, yani yatırım öncesi aşamada, Anlaşmanın diğer taraflarına, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayan uygulamayı sağlamak

⁴⁹ WALDE, prg.16

⁵⁰ 17 Numaralı Mutabakatla, 1 Ocak 1970 tarihinden önce imzalanmış veya bağlayıcılık kazanmış uluslararası kararlar bu hüküm uygulamasından muaf tutulmuşlardır.

⁵¹ WONG, Jarrod: “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, George Mason Law Review, C.14, 2006, s.137.

⁵² Yatırım anlaşmalarında “Umbrella Clause” hakkında detaylı bilgi için bkz. http://intl.wu.wu.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, Erişim tarihi: 25.12.2009. Ayrıca, EK 1A’da, bireysel yatırım anlaşmalarının yatırım yapılan devlet tarafından ihlali halinde, bu son cümle uyarınca uluslararası tahkime başvurulmasına izin vermeyeceğini bildiren devletlerin listesi yer almaktadır. Bu devletler, Avustralya, Kanada, Macaristan ve Norveç’tir.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

için çaba gösterecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere, EŞA müzakerelerinde, serbestleştirme, özelleştirme, lisanslama, piyasaya giriş gibi yatırım öncesi aşama için de katı kuralların ve korumanın getirilmesi için çalışmalarda bulunmuş, ancak bu hususun devletlerin enerji sektöründe ulusal sınırlar içerisinde yapılanma hakkını sınırlandıracağı gerekçesiyle bir sonuç alınamamıştır⁵³. Bu nedenle dördüncü fıkrada, bu hususa ilişkin yükümlülükleri düzenleyecek bir “ek anlaşmanın” yapılacağından bahsedilmiştir⁵⁴; ancak, henüz bu yönde bir anlaşma ortaya çıkmamıştır⁵⁵. Ayrıca beşinci fıkrada, Anlaşma taraflarının bu hususta yeni kısıtlamalar getirmemek ve olanları da azaltmak konusunda çaba göstereceklerinden, altıncı fıkrada ise Anlaşma taraflarının kendi aralarında yatırım öncesi aşama için bu yönde ikili anlaşmalar yapabileceklerinden bahsedilmektedir.

Yedinci fıkra, yatırım sonrası aşamada Anlaşma taraflarının, Anlaşmanın diğer taraflarına, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayan uygulamayı sağlamak zorunluluğunu düzenler. Ancak bu kavramlar çok muğlak ve içeriğinin tespiti zor kavramlar olup, uygulamada tartışmaya açıktır. Ayrıca sekizinci fıkra ile, yatırım kavramı içinde belirtilmiş olan fikri mülkiyet, üçüncü ve yedinci fıkra ile düzenlenen imkanlar için uygulanmayacaktır.

c. Anahtar Personel Uygulaması

EŞA'nın 11 inci maddesi, Anlaşma taraflarının, diğer Anlaşma taraflarının yatırımcılarının ve bu yatırımcılar tarafından görevlendirilen anahtar personelin, yapılacak yatırım faaliyetleri için kendi ülkelerine girmelerine ilişkin taleplerini iyi niyetle incelemekle yükümlü olduklarını düzenlemektedir. Ayrıca Anlaşma tarafları, kendi ülkelerinde yatırımlara sahip yatırımcılar veya bunların yatırımları için, tâbiyet ve vatandaşlık durumuna bakmaksızın, bir anahtar personelin görevlendirilmesine de izin vereceklerdir⁵⁶.

d. Kayıpların Telafisi

Anlaşmanın 12 nci maddesi Anlaşma taraflarına, yatırımcılara, özellikle ekonomik ve politik yönden istikrara kavuşmamış ülkelerdeki savaş, silahlı

⁵³ TUCKER, s.520.

⁵⁴ Bu konuya ilişkin olarak kabul edilen 10 Numaralı Mutabakat ile, söz konusu ek anlaşmanın satış, özelleştirme ve demonopolizasyona ilişkin hükümler içereceği düzenlenmiştir.

⁵⁵ CHALKER, s.443

⁵⁶ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.7.

çatışma, milli seferberlik, iç isyan gibi olaylardan kaynaklanan zararların telafisi için gerekli korumayı sağlamaktadır. Bu maddeye göre yatırımcı yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı yatırımının uğradığı zararların tazminini veya diğer yöntemlerle telafisini, Anlaşma tarafından, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayacak şekilde, talep edebilecektir. Yatırım yapıldığı taraf, eğer kendi yatırımcılarının veya üçüncü ülke yatırımcılarının bu tip zararlarının telafisine karar verirse, Anlaşma tarafı yatırımcılar da bu karardan faydalanabileceklerdir⁵⁷. Ancak yatırım yapılan Anlaşma tarafının kuvvetleri tarafından yatırımlara zarar verilirse, Anlaşma tarafı bu zararları gidermekle, telafi etmekle yükümlüdür. Burada mutlak bir zorunluluk vardır.

e. Kamulaştırma

Anlaşmanın 13 üncü maddesi yatırımcının, enerji sektöründeki yatırımlar için önemli bir husus ve temel bir risk olan kamulaştırmaya, devletleştirmeye veya benzer sonucu doğuracak işlemlere karşı korunmasını düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre, bir Anlaşma tarafı, diğer bir Anlaşma tarafının yatırımlarını kamulaştırmak isterse bunu, kamu menfaatine dönük bir amaç için, ayırım gözetmeksizin, tamamen kanuna uygun bir şekilde ve zamanında yeterli bir telafi sağlayarak yapmak zorundadır. Kamulaştırma değeri tespit edilirken kamulaştırma işleminden önceki (eğer kamulaştırma işleminin yapılacağı hususu yatırımın değerini etkilemişse, etkilenmeden önceki değeri) göz önüne alınmalıdır. Ödeme tarihine kadar olan süre için ticari faiz de işleyecek olup, ödeme konvertibl para birimiyle yapılmalıdır. Yabancı yatırımcının hisse sahibi olması durumunda da bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

f. Yatırımlara İlişkin Transferler

Anlaşmanın 14 üncü maddesi, Anlaşma tarafının, yatırımcılar için transfer serbestisini garanti etmesini öngörmektedir. İlk ve ek sermaye, geri ödemeler, sözleşmeye bağlanmış ödemeler, yurtdışından istihdam edilmiş personelin ücret ve hak edişleri, anlaşmazlığın çözümünden doğan ödemeler ile kayıpların telafisi ve kamulaştırma sonucu yapılan ödemeler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Transferler gecikmeksizin ve serbest konvertibl para cinsinden yapılmalıdır⁵⁸.

⁵⁷ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.27.

⁵⁸ Maddenin beşinci fıkrası bu hükme bir istisna getirmekte ve eski SSCB'yi oluşturan devlet-

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

g. Haklarda Halefiyet

Anlaşmanın 15 inci maddesine göre, bir Anlaşma tarafı veya bu tarafı temsil eden bir kurum (kefil taraf), başka bir Anlaşma tarafının (ev sahibi taraf) ülkesindeki bir yatırımcının bir yatırımı ile bağlantılı olarak yapılmış bir kefalet veya garanti kapsamında bir ödemede bulunursa ev sahibi taraf, yatırımcının hak ve talebinin kefil tarafa devrini kabul edecek ve kefil taraf, kefil olunan tarafın halefiyete istinaden almaya ve kullanmaya hak kazanmış olduğu hakları kullanabilecektir. Kefil taraf, kefil olunan tarafın almaya hak kazanmış olduğu ölçüde tüm haklara ve ödemelere hak kazanacaktır.

h. Diğer Anlaşmalarla İlişkiler

EŞA ile diğer uluslararası anlaşmalar arasında bir ihtilaf meydana gelirse, yatırımcının lehine olan kurallar uygulanacaktır⁵⁹.

5) Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Özel Düzenlemeler

Yukarıda açıkladığımız üzere, EŞA ile yatırımcı arasında ilişkileri düzenleyen çeşitli kurallar öngörülmüştür. Ancak çok yüksek yatırım maliyetlerine sahip enerji yatırımlarında, çok sayıda riskler bulunmaktadır. Bu ise hem yatırım maliyetlerini yükseltmekte hem de kaynakların yatırıma yönelmesini kısıtlamaktadır. Bu risklerin en önemlisi hukuki risk olup, yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız bir şekilde, makul sürelerde çözülmesi ve kararın en kısa sürede infaz edilmesi, hem yatırımcı hem de yatırım yapılan taraf için, hayati önem taşımaktadır⁶⁰.

EŞA yatırımcının korunmasına ilişkin hükümleri üçüncü bölümde düzenlemekteyken, özellikle Anlaşma taraflarının bir kısmının geçiş dönemi nedeniyle yerleşmiş ve yeterli bir hukuk sistemine sahip olmamasını da dikkate alarak, Anlaşmanın beşinci bölümü uyuşmazlıkların çözümünde yenilikçi ve zorunlu bir uyuşmazlıkların çözümü sistemi getirmiştir⁶¹. Anlaşmanın 26

lerin aralarında yapacakları anlaşmalarla, söz konusu transferlerin ödemesinin ulusal paraları ile yapılmasını talep edebileceklerini öngörmektedir. Özellikle, Rusya'nın talebiyle Anlaşma metnine konmuştur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.7.

⁵⁹ SUSSMAN, s.2.

⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, s.173.

⁶¹ LEW, Julian D.M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, STEFAN M.: Comparative International Commercial Arbitration, Hollanda 2003, s.773.

ncı maddesi, bir yatırımcı ile Anlaşma tarafı arasında doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenlerken, 27 nci maddesi Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenlemektedir⁶².

a. Yatırımcı ile Anlaşma Tarafı Bir Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

EŞA'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen çözüm yöntemi, Anlaşma tarafı yatırımcının, Anlaşmanın üçüncü bölümünde yer alan yükümlülüklerin yatırım yapılan Anlaşma tarafı devlet tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialarını içeren yatırıma ilişkin uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Anlaşmanın üçüncü bölümü bir çok muğlak yükümlülük içermekte olup, kapsamı da çok geniştir; ancak, yatırım öncesi aşama için katı yükümlülüklerin bulunmaması bu sınıncaları nispeten de olsa bertaraf etmektedir⁶³. Anlaşmanın üçüncü bölümü dışındaki hükümlerden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklarda ise bu hükme başvurulması zaten mümkün değildir⁶⁴.

26 ncı madde uyarınca, bir Anlaşma tarafı ile -bizzat Anlaşma tarafı olmasına rağmen- yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyi niyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyi niyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için seçimlik bir hakkı bulunmaktadır. Bu seçimlik hak sadece yatırımcıya tanınmış olup, yatırım yapılan devlet bu imkanlara sahip değildir. EŞA sistemi, yatırım yapılan devletin yerel organ ve kuruluşlarıyla kendi hak ve çıkarlarını koruyabileceği, yatırımcının nispeten zayıf taraf olduğu düşüncesinden hareketle oluşturulmuştur⁶⁵. Bu sisteme göre yatırımcı, yatırım yapılan devletin ulusal mahkemesine veya idari makamlarına başvurma hakkına sahiptir. Yatırımcı bu yöntem dışında, daha önce Anlaşma tarafı ile ortaklaşa kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemine de başvurabilir. Örneğin, yatırımcının tabi olduğu devlet ile yatırım yapılan devlet arasında bir ikili yatırım anlaşması bu-

⁶² EŞA'da düzenlenen yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin sistemin, çeşitli ikili yatırım anlaşmalarının bir yansıması olduğu kabul edilebilir. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde de DTÖ kurallarını benimsemiştir. Ancak diğer konulardaki uyuşmazlıkların çözümü kuralları daha yenilikçidir.

⁶³ TUCKER, s.523.

⁶⁴ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.52.

⁶⁵ CHALKER, s.451.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

lunuyorsa, yatırımcı bu anlaşmadaki hükümlere başvurabilir⁶⁶. Yatırımcının başvurabileceği üçüncü yöntem ise uluslararası tahkimdir. İlk iki yöntemden birine başvuran yatırımcının, aynı uyuşmazlık için daha sonra uluslararası tahkim yoluna başvurabilmesi, Anlaşma tarafı devletin adını, Ek ID’de olmamasına bağlıdır⁶⁷. Anlaşma tarafları bu hüküm dışında uluslararası tahkim konusunda bir çekince koyamamaktadırlar⁶⁸.

Yatırımcı uluslararası tahkime gitme yönünde karar verirse⁶⁹, EŞA kapsamında üç seçeneği vardır ve tercihini yazılı olarak belirtmelidir:

aa) ICSID Tahkimi

Yatırımcı, yatırım uyuşmazlığının çözümü için 1965 tarihli “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Meydana Gelebilecek Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesine İlişkin Sözleşme⁷⁰” uyarınca oluşturulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezine (ICSID) ve bu kapsamdaki ICSID tahkimine başvurabilir. Kurumsal bir tahkim olan ICSID tahkimi, yatırım konusunda uzmanlaşmıştır ve Dünya Bankası nezdinde faaliyet göstermektedir⁷¹. Uluslararası bir sözleşme ile kurulmuş ve iç hukuktan bağımsız, kendini yöneten bir sistem oluşturulmuştur⁷². ICSID tahkimi sonucu verilen kararlar, icrası istenilen devletlerin mahkemelerinin kararı gibi kesin

⁶⁶ ERDEM (EŞA-I), prg 10.

⁶⁷ Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu EK ID’de yer alan ülkelerin listesi için bkz. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

⁶⁸ Yukarıda incelendiği üzere, Anlaşmanın 10/1 maddesi uyarınca tahkime başvurulmasına da çekince koymak mümkündür.

⁶⁹ EŞA kapsamında ilk tahkim başvurusu Nisan 2001 tarihinde gerçekleşmiştir.

⁷⁰ Halen 156 devlet tarafından imzalanmış ve 145 ülke tarafından onaylanmıştır. Sözleşmeyi imzalayan ülkelerin listesi için bkz. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=S_howDocument&language=English: Erişim tarihi:25.12.2009.

⁷¹ Uluslararası tahkim yapısal açıdan ikiye ayrılır: Ad hoc tahkim, herhangi bir kurumsal yapısı olmayan, hakem mahkemesinin söz konusu uyuşmazlık veya uyuşmazlıklar için taraflarca özel olarak oluşturulmuş veya belli tahkim kurallarına göre oluşturulan tahkimdir. Kurumsal tahkim ise, tahkim prosedürünü yürütecek teknik ve idari organizasyona sahip ve detaylı kurallara sahip sürekli hakem heyetlerince yerine getirilen tahkimdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002, s.243. EŞA kapsamında her iki tahkim türüne de yer verildiği, ayrıca Sovyetler Birliği döneminde Doğu Bloku ülkelerinin güvenini kazanmış olan SCC Tahkim Enstitüsüne de başvuru imkanı getirildiği görülmektedir.

⁷² TUYGUN, s.77. Halen 123 dava ICSID Sözleşmesi bünyesinde görülmekte olup, bunlardan üçünde Türkiye davalı konumundadır. Bu davalardan ikisi enerji, biri ise telekomünikasyon sektörüne ilişkindir.

hüküm niteliğine sahip olup, taraf devletler tarafından resen infaz edilmelidir⁷³. Taraflar, tahkim sonucu verilen kararın kamu düzenine aykırı olduğundan bahisle dahi, kararın tanınmasını veya tenfizini engelleyememektedirler⁷⁴.

ICSID tahkimine başvurabilmek için, kural olarak, yatırım uyuşmazlığına taraf olan yatırımcının devleti ile yatırım yapılan devletin ICSID Sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Ancak, 1978 tarihinde “ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Ek Mekanizma Kuralları” kabul edilmiş ve taraflardan sadece birinin ICSID Sözleşmesine taraf olmasında dahi tahkimin yolu açılmıştır. Ek mekanizma kurallarına göre yürütülen bu tahkim, ICSID Sekreteryası tarafından yürütülmekte olup, teknik anlamda ICSID tahkimi değildir⁷⁵.

EŞA kapsamında ICSID tahkimine başvurmak mümkündür. Eğer uyuşmazlık taraflarından biri ICSID Sözleşmesine taraf değilse, uyuşmazlık “ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Ek Mekanizma Kuralları” uyarınca çözülür⁷⁶.

EŞA kapsamında ICSID’de görülen davalardan en önemlisi, Libananco ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki davadır. Bir Kıbrıs şirketi olan Libananco, iki hidroelektrik tesisinin EŞA’ya aykırı olarak kamulaştırıldığı iddiasıyla, ICSID Merkezi bünyesinde Türkiye’ye dava açmış olup, dava halen sürmektedir⁷⁷. Bunun dışında, elektrik sektöründe Barmek ve petrol sektöründe Azpetrol tarafından Azerbaycan’a ve Plama tarafından Bulgaristan’a karşı açılan davalar ICSID Merkezi bünyesinde yürütülmüş ve karara bağlanmışlardır⁷⁸.

bb) UNCITRAL Tahkim Kuralları

Dünyada yaygın olarak benimsenip kullanılmakta olan United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) tahkim kuralları, ad hoc tahkimde kullanılmak üzere düzenlenmiş olup, hemen hemen her türlü ad hoc tahkime uygulanabilir nitelikte olan kurallardan oluşmaktadır. Kurumsal

⁷³ ŞANLI, s.245.

⁷⁴ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s.83.

⁷⁵ YILMAZ, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s.33.

⁷⁶ TUYGUN, s.56.

⁷⁷ Davanın detaylı gelişimi için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=ListCases&caseId=C77&actionVal=viewCase>: Erişim tarihi: 25.12.2009.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded> , 120, 166 ve 167 sayılı başlıklar: Erişim tarihi: 25.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

bir tahkim türü değildir, belirli bir kurum tarafından izlenmez, denetlenmez ve yönetilmez⁷⁹. Bu kurallar ad hoc tahkim türünü tercih edenlerin, yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim prosedürlerini yürütebilmelerini teminen, Birleşmiş Milletler (BM) Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından 1976 yılında oluşturulmuştur⁸⁰. Bu kurallar; tahkim anlaşması, hakemlerin özellikleri ve atanması, tahkim usulü ve yargılamaya ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Ad hoc tahkimde doğrudan UNCITRAL kurallarına atıfta bulunulması halinde, taraflar bu kuralları değiştiremezler; ancak tarafların anlaşarak bu kuralları değiştirmeleri, kaldırmaları, bunlara ekleme yapmaları mümkündür.

UNCITRAL tahkim kuralları çeşitli yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmasına rağmen EŞA kapsamında henüz uygulanmamıştır.

cc) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü

Yatırımcının EŞA kapsamında başvurabileceği üçüncü uluslararası tahkim kurumu, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünün (SCC Tahkim Enstitüsü) tahkimidir. SCC Tahkim Enstitüsü, 1917 yılında kurulmuş olup, özellikle Sovyetler Birliği döneminde Doğu-Batı bloku arasındaki ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde yaygın şekilde başvurulan bir kurumsal tahkim kuruluşudur⁸¹. Odadan bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olup, 1999 yılında gözden geçirilen tahkim kuralları uygulanmaktadır. Burada taraflarca uygun bulunan maddi hukuk kuralları uygulanmakta olup, taraflarca maddi hukuk kuralı seçilmezse hakem heyeti tarafından uygulanacak hukuk tespit edilmektedir.

EŞA kapsamında, SCC Tahkim Enstitüsü bünyesinde karara bağlanan davaların en önemlileri, Nykomb vs Litvanya⁸² ve Petrobart vs Kırgızistan davalarıdır⁸³.

b. Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti

Anlaşmanın 26 ncı maddesi kapsamında uygulanacak hukukun tespiti, Anlaşmada tatmin edici bir şekilde düzenlenmemiştir. Maddenin dördüncü

⁷⁹ ERDOĞAN, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s.137.

⁸⁰ ŞANLI, s.242.

⁸¹ ŞANLI, s.256.

⁸² Bkz. SCC Arbitration No. 118/2001

⁸³ Bkz. SCC Arbitration No. 126/2003

fikrası, “*Paragraf (4) uyarınca kurulan bir mahkeme, bu Anlaşmaya ve uluslararası hukuk prensiplerine ve uygulamadaki kurallara uyumlu olmak kaydıyla, uyuşmazlık konularında karara varacaktır.*”⁸⁴ hükmünü getirmektedir. Uyuşmazlık konusu, Anlaşmanın bir maddesinin ihlali niteliğindeyse söz konusu madde yeterli olacaktır. Ancak yatırım uyuşmazlıkları genellikle, karmaşık sözleşme ilişkilerinden kaynaklanır ve uygulanacak hukukun tespiti önem kazanır⁸⁵. Washington Sözleşmesi’nde, UNCITRAL ve SCC tahkim kurallarında bu konuya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Washington Sözleşmesinin 42 nci maddesi, hakem heyetinin uyuşmazlığı taraflarca üzerinde anlaşılan hukuk kuralları çerçevesinde sonuca bağlayacağını, taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa taraf devletin ulusal hukukunun ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının uygulanacağını hükme bağlamıştır. UNCITRAL tahkim kurallarının 33 üncü maddesi ise, tarafların hangi hukukun uygulanacağını tespit etmemeleri halinde hakem heyetinin uygulanacak hukuku tespit edeceğini, her halükarda sözleşme hükümlerinin ve ticari örf ve adetlerin göz önüne alınacağını belirtmiştir. SCC tahkim kurallarının 24 üncü maddesi ise UNCITRAL tahkim kurallarına benzer bir düzenlemeye sahip olup, hakemlerin tarafların seçtiği maddi hukuk kurallarına göre, böyle bir seçim yapılmamış ise hakemlerce uygun bulunan maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı sonuca bağlayacaklarını düzenlemiştir. Özellikle Anlaşmanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca doğan uyuşmazlık iddialarında, uluslararası kuralların münferit uyuşmazlığa uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa bu uluslararası kurullarla ulusal hukukun beraber uygulanmasından doğacak çelişkilerin nasıl çözüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Ulusal hukukun uyuşmazlığa dahil olmasıyla birlikte, yatırım yapılan devletin, yatırımcının ulusal hukuku ihlal ettiği şeklinde savunma yapması halinde durumun ne olacağı belirsiz gibi durmaktadır. Tüm bunların dışında, altıncı fıkranın ifadesinden, diğer hukuk kurallarının uygulama dışı bırakılmak mı istendiği yoksa sadece uluslararası hukuk kurallarının önceliğinin mi vurgulanmak istediği hususu da açıkça anlaşılmamaktadır.

⁸⁴ İngilizce orijinal anlaşma metninde ifade tam olarak, “A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.” şeklindedir. Bu açıdan çeviri metninin orijinal metinle uyumsuz olduğu, “...uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkeleriyle uyumlu olmak kaydıyla...” şeklinde anlaşılmasının daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

⁸⁵ TUCKER, s.525.

⁸⁶ TUCKER, s.525.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

Maddenin sekizinci fıkrası uyarınca, hakem kararları taraflar için kesin ve bağlayıcıdır. Anlaşma taraflarından her biri, tüm hakem kararlarını gecikmesizin ve tam olarak uygulamak zorundadır. Hakem kararları faiz de içerebilir.

Maddenin beşinci fıkrası uyarınca ise, yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanan hakem kararlarının 1958 tarihinde New York'ta imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine göre tenfiz edileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu sözleşme sadece ticari ilişkilerden kaynaklanan hakem kararlarına uygulanmaktadır. Bu nedenle EŞA, tüm tahkim taleplerinin ticari ilişkilerden kaynaklandığını kabul etmiş ve bu taleplerin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine tabi olmasını mümkün kılmıştır⁸⁷. Washington Sözleşmesi hükümleri uyarınca taraflar, hakem kararlarının bağlayıcılığını ve uygulanacağını kabul ettiklerinden ICSID tahkimine başvurulması tarafların lehinedir.

i. Anlaşma Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

EŞA'nın 27 nci maddesi, Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Bu madde de iki taraflı yatırım anlaşmalarından esinlenilerek düzenlenmiştir⁸⁸. 26 ncı maddeden farklı olarak, üçüncü bölümdeki yatırım uyuşmazlıklarının yanı sıra Anlaşmanın uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar için de bu yöntem uygulanabilir. Ancak, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, 5 inci maddede düzenlenen ticaret ile ilgili yatırım uyuşmazlıkları ile 29 uncu maddede düzenlenen ticari uyuşmazlıklarda bu yöntem uygulanmaz. 6 ncı maddede düzenlenen rekabet ve 19 uncu maddede düzenlenen çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda da bu yöntemin kullanılması mümkün değildir. Ayrıca, Ek IA'da⁸⁹ belirtilen Anlaşma tarafları da bu yöntemin uygulanmasına izin vermemektedirler.

Söz konusu madde, Anlaşma tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıkların öncelikle diplomasi yoluyla çözülmesi için çaba sarf edilmesi gerektiğini vurgular. Eğer Anlaşma tarafları makul bir sürede⁹⁰ diplomatik yollardan bir çözüme varamazlarsa, taraflardan birinin talebi halinde, uyuşmazlık üç ha-

⁸⁷ ERDEM (EŞA-I), prg 15.

⁸⁸ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.55.

⁸⁹ Bu listedeki devletler Avustralya, Kanada, Macaristan ve Norveç'tir.

⁹⁰ Makul süre EŞA'da belirlenmemiş olup, somut olayın özelliklerine göre takdir edilecektir. Bkz. ERDEM (EŞA-II), prg 4.

kemden oluşan bir ad hoc hakem heyeti tarafından çözülür. Taraflar hakem veya hakemlerin seçimi hususunda anlaşmazlarsa⁹¹, hakem seçimini Lahey’de bulunan Uluslararası Hakemlik Daimi Mahkemesi Genel Sekreteri gerçekleştirir. Hakemlerin ataması yapılırken, hakemlerin uyuşmazlık konusu olay hakkında uzmanlık ve tecrübeleri göz önüne alınmalıdır.

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanacak diğer kurallar hususunda taraflar anlaşamazsa UNCITRAL tahkim kuralları uygulanacaktır. Ayrıca, “Mahkeme, uyuşmazlık hakkındaki kararları, bu Anlaşma ve uygulanabilir kurallar ve uluslararası hukuk dâhilinde alacaktır.”⁹²”

Mahkeme masrafları uyuşmazlık tarafları arasında eşit olarak paylaşılır, ancak mahkeme masrafların yarısından çoğunun bir Anlaşma tarafı tarafından ödenmesine karar verebilir. Hakem kararları oy çoğunluğuyla alınır. Hakem kararları uyuşmazlık tarafları için kesin ve bağlayıcıdır. Bölgesel veya yerel hükümet veya otoritelerin mahkeme kararlarını yerine getirmekte yetersiz kalması, Anlaşmaya uygun davranmamaları halinde, üçüncü fıkranın (i) bendi uyarınca, Ek P Birinci Bölümde adı geçen devletler, İkinci Bölümdeki esaslara uygun hareket etmeyi taahhüt etmektedirler⁹³. Bu listedeki iki federal devlet, Avustralya ve Kanada’dır.

Uyuşmazlık tarafları aksini kararlaştırmadıkça, yargılama Lahey’de gerçekleşir ve Daimi Hakemlik Mahkemesinin bina ve olanakları kullanılır.

III. Türk Hukukunda Enerji Sektörü Açısından Tahkime Kısa Bir Bakış

A. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim

Türkiye’de, idare hukukuna tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile uluslararası karakterli ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar farklı yönlerde gelişmişlerdir. 1999 yılındaki Anayasa değişikliği ve bu değişikliğe uygun olarak çıkarılan uyum yasalarına

⁹¹ Hakemlerin seçilmesine ilişkin hükümler maddenin üçüncü fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁹² Söz konusu hususu düzenleyen üçüncü fıkranın (g) bendi, Anlaşmanın İngilizce orijinal metninde “The tribunal shall decide the dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law” şeklinde olup, Türkçe ifadesinin “...uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkeleri” şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.

⁹³ Birinci Bölümde isimleri yer alan devletlerin, mahkeme kararlarını yerine getirmek için yapmaları gereken hususları içeren bu düzenleme, DTÖ kaynaklıdır. Bkz. BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.10.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

kadar, tahkimin idare hukukunda uygulanabilirliği yargı kararlarıyla reddedilmiş, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkime ilişkin şartlar ve buna ilişkin yasal düzenlemeler kabul edilmemiştir. Şu anki uygulamayı anlayabilmek için, ilgili tarihsel gelişime kısaca göz atmakta fayda olduğunu düşünmekteyiz.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini öngören tipik idari sözleşmeler olup, idari yargının denetimine tabidirler⁹⁴. Özellikle yüksek miktarlarda yatırım yapılması gereken sektörlerde, maliyeti ve kar-zararı özel girişimciye ait olmak üzere, sözleşmelerle uzun süreli imtiyazlar verilmesi, Türk idare hukukunda sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olarak benimsenmiştir. 1980'li yılların başlarına gelindiğinde, enerji, haberleşme, ulaşım gibi büyük miktarlarda sermaye gerektiren sektörlerde yerli yatırımcının yanı sıra, yabancı yatırımcının da yatırım yapmasının önü açılmak istenmiş ve 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun" ile özel sektöre de enerji sektöründe faaliyette bulunma olanağı sağlanmıştır⁹⁵. Bir kamu hizmetinin özel girişim tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belirli süre işletilmesi ve bu süre sonunda tesis ve işletmenin ilgili kamu kurumuna devredilmesini sağlayan ve Yap İşlet Devret (YİD) olarak da bilinen bu model, aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bir uygulamasından başka bir şey değildir⁹⁶. Ancak söz konusu düzenlemede en önemli hususlardan biri, YİD modeline göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılarak, idare hukuku alanından çıkarılması ve dolayısıyla bunlardan doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim kurumlarına başvuru yolunun açılmasıydı⁹⁷. Söz konusu model, 28.05.1988 tarih ve 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Otoyol Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" ile otoyollar için de ayrıca düzenlenmiştir.

⁹⁴ 1982 Anayasasının ilk halinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri Danıştay'ın ön incelemesine tabidiler. 1999 değişiklikleriyle, Danıştay'ın görüşü alınması yeterli olmuştur.

⁹⁵ ORAK, Cem Çağatay: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s.46.

⁹⁶ Termik santrallerin yapımının "Yap-İşlet" modeliyle yapılmasına izin veren 08.06.1996 tarih ve 4283 sayılı Kanun, "ruhsat" sistemini esas aldığından, imtiyaz sözleşmesi kavramı dışında değerlendirilmelidir.

⁹⁷ Ancak, 3096 sayılı Kanuna dayanılarak yapılacak sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi değil, özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenleyen 3974 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun” ile, köprü, tünel, baraj, enerji sektörü⁹⁸ gibi temel altyapı yatırım ve hizmetlerin YİD modeli çerçevesinde yapıtırılması, işletilmesi ve devredilmesi düzenlenmiş, bu tür yatırım alanlarına yabancı sermayenin çekilerek yatırım finansmanındaki sıkışıkların aşılması amaçlanmıştır⁹⁹. Kanunun 5 inci maddesi ise, kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelik yatırım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenlemiş, böylece Danıştay’ın ön denetimini, özellikle tahkim şartına ilişkin olanları, bertaraf etmek amaçlanmıştır¹⁰⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 tarihli kararıyla söz konusu maddeyi iptal etmiş¹⁰¹, böylece YİD modeli kapsamında düzenlenen 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlara istinaden yapılacak sözleşmelerde tahkime yer verilir verilemeyeceği hususu belirsiz hale gelmiştir. Nitekim Danıştay bu tarihten sonra verdiği çeşitli ön inceleme kararlarında, YİD modelinden kaynaklanan sözleşmelerde doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi hususunda olumsuz bir tavır almış ve idari yargının görev alanına giren sözleşmelerde tahkimin uygulanamayacağından bahisle, söz konusu tahkim şartlarını reddetmiştir¹⁰².

Bu dönemde bu durum doktrinde ve kamuoyunda çok tartışılmış; Türkiye’nin, imzalamış olduğu ICSID ve EŞA gibi çeşitli uluslararası ve ikili anlaşmalarla çelişkiye düştüğü vurgulanmıştır. Bunun dışında, yabancı sermayenin Türkiye’de kendisine uluslararası tahkim kurumlarına başvuru imkanı tanınmaması nedeniyle Türkiye’de yatırım yapmaktan çekinmesi de yatırım maliyetlerini arttırmaktaydı. Tüm bu nedenlerle, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasada değişiklik yapılmış ve Anayasanın 47 nci maddesinin son fıkrası, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yapıtırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir.*” şeklinde değiştirilmiştir. 125 inci maddesinin ilk fıkrası, “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan*

⁹⁸ GÜNEŞ, s.24.

⁹⁹ NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s.111.

¹⁰⁰ 28.06.1995 tarih ve 1994/71E, 1995/23 sayılı kararın gerekçesinde, doğası ve hukuki niteliği itibarıyla idare hukuku sözleşmesi olan YİD sözleşmelerinin, yasa ile özel hukuk sözleşmelerine dönüştürülmesinin mümkün olmadığı vurgulanmış, böyle bir uygulamanın idare hukuku sözleşmelerinin idari yargı denetiminden kaçırılarak adli yargı alanına dahil edilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir.

¹⁰¹ Bkz. Danıştay 1.Dairesinin 01.07.1996 tarih ve 1995/246 sayılı ve 10.04.1996 tarih ve 1995/178 sayılı kararları.

¹⁰² ORAK, s.50.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” şeklinde düzenlenmiş, ayrıca Danıştay’ın kamu hizmetlerine ilişkin şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin ön inceleme yetkisi, görüş bildirme olarak değiştirilmiştir.

B. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkime İlişkin Mevcut Hukuki Durum

Anayasadaki değişiklikten sonra çeşitli uyum yasalarıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim yolu açılmıştır. Öncelikle, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanunla, 3996 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti tekrar 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. 22.01.2000 tarih ve 4501 sayılı “ Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” ile kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esaslar düzenlenmiş, ayrıca 3996 sayılı Kanuna geçici 1 inci madde eklenerek, 3996, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi proje ve işlerin de, 3996 sayılı Kanunun 5 inci maddesi hükmüne istinaden özel hukuk hükümlerine tabi sayılmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Burada çelişkili bir durumdan bahsetmek gerekmektedir. 4493 sayılı Kanunla, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış; ancak 3096 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmamıştır. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler, Anayasanın 47 nci ve Kanunun 5 inci maddesi uyarınca özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuşken, 3096 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan sözleşmeler idare hukukuna tabi kalmışlardır¹⁰³. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 31.03.2000 tarihinde, 3096 sayılı Kanun kapsamında hazırlanan bir imtiyaz sözleşmesini, görüş almak üzere Danıştay’a göndermiş, Danıştay ise, başlatılmış durumda olmayan projelere ilişkin düzenlemelerin ve 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak yeni enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini, özel hukuk hükümlerine tabi olacağını (dolayısıyla tahkim yolunun açıldığını) be-

¹⁰³ Danıştay 1.Daire 2000/57E, 2000/53K.

lirterek, 3096 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler üzerinde Danıştay ön görüşü uygulamasına son vermiştir¹⁰⁴.

Yukarıda da belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanunla, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esaslar düzenlenmiştir. Anayasanın 125 inci maddesi uyarınca, uluslararası tahkime, uyuşmazlıkta yabancılik unsuru bulunması halinde başvurulabilmekte olup, 4501 sayılı Kanun yabancılik unsurunu, “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” olarak tanımlamıştır¹⁰⁵. Buna göre; yabancı yatırımcı ile yatırımı gerçekleştirmek için Türkiye’de kurulan ve yabancı yatırımcı veya yatırımcılar tarafından dolaylı veya doğrudan kontrol edilen proje şirketleri, tahkim yeri yurt dışında olan uluslararası tahkim sözleşmesi akdedebildikleri gibi, yatırımın finansmanının önemli ölçüde yabancı banka veya finansman kurumları tarafından yapılması kaydıyla Türk şirketleri de tahkim yeri yurt dışında olan uluslararası tahkim sözleşmesi akdedebilmektedirler¹⁰⁶, dolayısıyla Türk hukukuna veya yabancı hukuka göre karar verecek ad hoc veya kurumsal tahkim yoluna başvurabilirler.

Tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenebilir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Anayasada “yabancılik unsuru”nun uyuşmazlığa, 4501 sayılı Kanunda sözleşmeye bağlanmasının hukuki sorun yaratıp yaratmayacağı hususundaki görüşler için bkz. ORAK s.165.

¹⁰⁵ BİLGİÇ, s.44.

¹⁰⁶ Bu şartların geçerlilik şartı olmadığına dair bkz. ŞANLI, s.223.

¹⁰⁷ ŞANLI, s.225.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

4501 sayılı Kanunda, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun seçilmesi halinde uygulanacak temel ilkeler tespit edilmişken, uluslararası tahkim prosedürü 05.07.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar ile 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinde uygulanır. Özellikle UNCITRAL'in 1985 tarihli Model Kanunundan yararlanılarak oluşturulan bu Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye'nin seçilmesini teşvik edecek nitelikte modern düzenlemelere sahiptir¹⁰⁸. Türk hukukunda, ulusal tahkim Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununa, uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Kanuna tabidir. Kanun yabancılık unsurunu çok geniş olarak tanımlamış¹⁰⁸, karma bir anlayışla tahkime konu maddi hukuk ilişkilerinde yer alan herhangi bir yabancılık unsurunun varlığını yeterli saymıştır. Ayrıca, 4501 sayılı Kanundaki yabancılık unsuru tanımının da geçerli olduğunu belirtmiştir. Söz konusu Kanun, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yeri olarak Türkiye'nin seçildiği tahkimler bakımından, taraflar aksini belirtmedikçe, zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu niteliğindedir¹⁰⁹.

IV. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi

Yabancı hakem kararlarının tenfizi 5718 sayılı Kanunun 50-57 nci maddelerine, 1958 tarihli New York Anlaşmasına ve ICSID tahkiminde Washington

¹⁰⁸ 4686 sayılı Kanunun 2' inci maddesi, "Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. hükmünü düzenlemektedir.

¹⁰⁹ ŞANLI, s.226.

Sözleşmesine göre gerçekleştirilebilir.

Türkiye, New York Anlaşmasını 08.05.1991 tarih ve 3732 sayılı Kanunla onaylamış ve 25.09.1991 tarihinde yayınlayarak yürürlüğe koymuştur. New York Anlaşması, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen kurallar getirmektedir¹¹⁰. Türkiye, sadece Türk hukukuna göre ticari sayılan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ve sadece Anlaşmaya taraf ülkelerde verilen hakem kararlarının söz konusu Anlaşmaya göre tenfiz edileceğini ve tanınacağını kabul etmiştir. Türkiye'den başka bir taraf ülkesinde verilen hakem kararları ile Türkiye'de verilmiş olsa dahi, yabancı sayılan hakem kararları New York Anlaşmasına göre tenfiz edilecektir. Tenfize ilişkin usul işlemleri, 5718 sayılı Kanun da göz önünde tutularak, New York Anlaşmasına göre yerine getirilir.

Ülkemiz açısından ICSID tahkimine konu olan uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında taraflardan biri devlettir ve devlet bu yatırımı özel girişimcilere kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi, yani YİD modeliyle vermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olmakla, uluslararası tahkime, dolayısıyla da ICSID tahkimine açılmışlardır¹¹¹. Türkiye, Washington Sözleşmesine 1989 yılından beri taraf olup, Sözleşme 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile Türk hukukunda uygulanabilirlik kazanmıştır. Türkiye, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıkların görülmesi ile münferit ikili yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların Lahey Adalet Divanına götürülmesine ilişkin hükümlere çekince koymuştur¹¹². Bunun dışında ICSID hakem kararlarının, yerel mahkemelerin nihai kararları gibi hüküm ifade edeceği kabul edilmiş, ICSID hakem kararlarının tenfizi basit usullere tabi tutulmuş ve kararlara karşı itiraz yolları tamamen kapatılmıştır. Kararın icrası ise, her devlet tarafından kendi iç hukukundaki hükümlere göre gerçekleştirilecektir. Ancak dikkat çekmek gerekir ki, ICSID hakem kararlarında taraflar sadece parasal olarak yükümlülük altına sokulabilirler.

¹¹⁰ ŞANLI, s.268.

¹¹¹ TUYGUN, s.114.

¹¹² NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s.77.

SONUÇ

Uluslararası enerji işbirliğinde çok taraflı hukuki yapıyı oluşturan EŞA'da; temel olarak, enerji sektöründe yatırım, ticaret, transit, rekabet ve çevreyi ilgilendiren konular düzenlenmektedir. Kapsamlı yapısıyla, uluslararası enerji işbirliğini teşvik etmeyi ve kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Anlaşmada ulusal kaynaklar üzerinde devlet egemenliği tanınmakta, ayrıca Avrupa için hayati önem arz eden enerji arz güvenliğinin gelişmesine yardımcı olmaya çalışılmaktadır. EŞA ile açık ve rekabetçi enerji piyasasının işlemesi ile enerji güvenliğini sağlamak; ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı ilkelere dayalı olarak yatırımcıyı korumak; yatırımcıyı ticari olmayan hukuki ve politik risklere karşı korumak; DTÖ kurallarına dayanan şartlarda ticaret; taraf devletler arasındaki ve yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek; enerji verimliliğini desteklemek ve enerji üretim ve kullanımının çevresel etkilerini en alt düzeye indirmeye çalışmak hedeflenmiştir.

EŞA her ne kadar tüm devletlerin katılımına açık olsa da, esas itibarıyla başta Rusya Federasyonu olmak üzere eski Sovyetler Birliğini oluşturan devletlerle gelişmiş Avrupa ülkelerinin enerji alanındaki işbirliğini amaçlamaktadır. Bunu yaparken de özellikle yatırım risklerini en aza indirecek bir sistem oluşturmaya gayret gösterilmiştir. Türkiye ile birlikte, 51 ülke ve AB ile EURATOM tarafından imzalanmıştır. Ancak bahsetmek gerekir ki, Rusya Federasyonu 20.08.2009 tarihinde EŞA'yı onaylamayacağını ve taraf olmayacağını bildirmiş ve bu durum Avrupa'nın enerji arz güvenliği konusunda sıkıntılı bir durum yaratmıştır.

1998 tarihinde EŞA'da köklü değişikliklere gidilmiş ve Anlaşma güncel DTÖ kurallarına uygun hale getirilmiş, ayrıca Anlaşmanın kapsamı enerji ile ilgili ekipmanları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Söz konusu değişiklikler Türkiye tarafından halen onaylanmamıştır.

EŞA, her ne kadar enerji sektöründeki ticaret, rekabet, çevre, enerji verimliliği sorun ve ilişkilerini düzenlese de en önemli sac ayağını yatırımlar ve yatırımcının korunması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, EŞA'da yatırımcının korunmasına ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler detaylı olarak düzenlenmiştir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde benimsenen, "yatırımcıya yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası tahkime gitme hakkı verilmesi" yatırımdaki hukuki risklerin ve maliyetlerin en az indirilmesi için öngörülen önemli bir haktır. EŞA, belirli koşulların gerçekleşmesi

Ali Kemal KILAVUZ

halinde, yatırımcıya ICSID tahkimine veya SCC Tahkim Enstitüsüne veya UNCITRAL tahkim kurallarına tabi olarak ad hoc tahkime gitme hak ve yetkisini tanımıştır. Türkiye EŞA'yı 1998 yılında onaylamış olsa da, Türkiye'de enerji sektöründe bir tarafı devlet olan yatırım sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulabilmesi, 1999 Anayasa değişiklikleriyle mümkün hale gelmiştir. Bu değişikliklerle birlikte çeşitli uyum yasaları çıkarılmış ve kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinde tahkim yolu açılmıştır.

EŞA, nispeten yeni bir anlaşma olmasına rağmen, etki ve sonuçları itibarıyla önemli bir sözleşmedir. Özellikle yatırım sözleşmelerine tahkim şartı konulabilmesiyle, çeşitli hukuki ve siyasi sorunları da beraber getirmiş ve uyum yasalarının çıkarılmasıyla uygulaması hız kazanmıştır. Nitekim şu an ICSID tahkiminde görülen ve Türkiye'nin taraf olduğu Libananco davası, 10 milyar dolarlık dava konusuyla EŞA kapsamında görülen en önemli davalardan biridir. Tüm bunlara rağmen, EŞA Türk hukukunda detaylı olarak çalışılmamış, taraflara tanınan hak ve yetkiler tam olarak ortaya konamamıştır. Bunda, Anlaşmanın orijinal metninin çok açık bir dile sahip olmamasının ve resmi Türkçe çeviri metninin yanlışlıklarda dolu olmasının da rolü vardır. Her geçen gün hayatımıza daha çok girecek ve etkilerini hissettirecek EŞA'nın yakından incelenmesinin hem Türkiye devleti açısından hem de yabancı ülkelerde yatırım yapmayı düşünen Türk şirketleri tarafından detaylı olarak incelenmesinin hayati öneme sahip olduğu kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

GENEL ESERLER, MONOGRAFİLER, MAKALELER

BAKLACI, Pınar /

AKINTURK, Esen:“Enerji Şartı Anlaşması”, İşletme Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2006.

BAMBERGER, Craig /

LINEHAN, Jan /

WAEDELDE, Thomas: “The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase”, Energy Law In Europe, Oxford 2000.

BİLGİÇ, Haluk: “Ticari Tahkimde Yabancılık Unsuru”, Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001.

ERDOĞAN, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.

GÜNEŞ, Cengiz: Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002.

LEW, Julian D.M. /

MISTELIS, Loukas A. /

KRÖLL, STEFAN M.:Comparative International Commercial Arbitration, Hollanda 2003.

NOMER, Ergin /

EKŞİ, Nuray /

ÖZTEKİN, Günseli: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003.

ORAK, Cem Çağatay: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006.

SUSSMAN, Edna: “The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration”, American Bar Association Energy Committees Newsletter, August 2006.

Ali Kemal KILAVUZ

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki:ICSID Tahkimi”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007, s.169-183.

TUCKER, Andrew E.L.: “The Energy Charter Treaty and ‘Compulsory’ International State/Investor Arbitration”, Leiden Journal of International Law, 11, 1998, s.513-526.

TUYGUN, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007.

WONG, Jarrod: “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, George Mason Law Review, C.14, 2006.

YORKAN, Arzu: “Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri”, Bilgi Strateji, C.I, S.1, Güz 2009.

İNTERNET VASITASIYLA ULAŞILAN YAYIN VE KAYNAKLAR

CHALKER, James: “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, International Environmental Agreements, Published online 25.10.2006; Erişim tarihi: 12.12.2009

DEMİR, Esra: “Enerji Şartı Anlaşması”, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi:21.12.2009

ERDEM, Ercüment: “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü/I-II”, <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-24,62@2300.html>, Erişim tarihi: 23.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

WALDE, Thomas W.: “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues”, <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>, Erişim tarihi: 25.12.2009.

<http://www.encharter.org/index.php?id=29&L=1> : Erişim tarihi;20.12.2009.

www.ktto.net/ab/english/abenerji.doc ; Erişim tarihi 20.12.2009.

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader’s Guide : Erişim tarihi: 20.12.2009.

www.tbmm.gov.tr : Erişim tarihi: 21.12.2009.

http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, Erişim tarihi: 25.12.2009.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=S howDocument&language=English>: Erişim tarihi:25.12.2009.

BOŞ

İNSAN HAKLARI VE KARŞI HEGEMONYA*

Yrd.Doç.Dr Zeynep KIVILCIM**

ÖZET

Tarihsel olarak insan hakları söyleminin ve hak taleplerinin sosyal hareketler tarafından kullanılması, güç ilişkileri ve yapılarının sorgulanması açısından önemli bir rol oynamıştır. İnsan hakları söyleminin kullanılması politik, ekonomik ve sosyal taleplerin hak talebi şeklinde ifadelendirilmesidir ve sadece araçsal olmayıp, alternatif değerler, normlar ve hayat şekillerini meşrulaştırmak için operasyonel önem, yani Gramsci'nin terminolojisiyle hegemonya-karşıtı özellik taşır. Bu çalışmanın amacı, güncel olarak küresel hegemonya ve adaletsizliğin bir parçası ve destekleyicisi olarak kullanılan insan hakları söyleminin karşı-hegemonya açısından işlevsel özü, küresel adaletsizliğe karşı direnişin örgütlenmesine ve sözünün güçlenmesine katkı sağlayacak güncel potansiyelinin sorgulanmasıdır. Makalede, Türkiye'deki emek örgütlerinin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve bunların uygulanmasının denetlenmesi amacıyla kurulmuş uluslararası mekanizmalardan bir direniş aracı olarak yararlanıp yararlanmadığı sorusuna, son dönemde gündemde yer etmiş Novamed ve Desa direnişleri örnekleri üzerinden yanıt aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları; Karşı-Hegemonya; Gramsci; Novamed; Desa

Human Rights and Counter-Hegemony

ABSTRACT

Historically, the use of the human rights discourse and the human rights claims by the social movements played an important role for challenging the power relations and structures. The use of the human rights discourse is the expression of the political, economical and social demands in the form of claims for rights and is not merely instrumental but bears an operational importance, in Gramscian terms “counter-hege-

* Bu makale, 9-11 Aralık 2009 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen Türkiye Sosyal Bilimler Derneği 11. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi'nde sunulan “Neoliberal Küreselleşmeye Karşı Emek Hareketinin Direniş Aracı Olarak Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Mekanizmaları” başlıklı tebliğin üzerinde yeniden çalışılmış ve genişletilmiş versiyonudur.

** İstanbul Üniversitesi SBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

monic” feature, for legitimizing alternative values, norms and life styles. The aim of this article is to study the current counter-hegemonic substance and the potential of the human rights discourse for organizing and strengthening the resistance against the global injustice, bearing in mind that this discourse is currently serving as an instrument for developing the global hegemony and injustice. The article discuss whether the workers’ organizations in Turkey are making use of the international human rights conventions and the procedures put in place for monitoring the compliance to these conventions, through the recent case studies of Novamed and Desa struggles.

Key Words: Human Rights; Counter-Hegemony; Gramsci; Novamed; Desa

Giriş

Gramsci “hegemonya” kavramını bir egemen olma pratiği olarak tanımlar. Hegemonya kavramının Gramsci’nin çeşitli çalışmalarında taşıdığı anlam farklıdır. Önceki çalışmalarında hegemonya terimi işçiler ve köylüler arasındaki ittifakı göstermek için, yani siyasal öncülük anlamında kullanılırken daha sonra kültürel öncülük uğrağını içerecek şekilde genişlemiştir¹. Hegemonya, kültürün geliştirilmesi ve yayılmasıyla ilintisi olan sivil toplumun tüm kurumlarını kapsar².

Gramsci’nin bir sosyal grubun diğer kesimlere karşı uygulayacağı bir yöntem olarak gösterdiği “hegemonya” da kültürel yönlendirme ve rıza unsuru önem taşır. Zora ve diktatörlüğe dayanan iktidar alanına karşılık onaya dayalı alan hegemonya alanıdır. Hegemonya uygulanacak kesimlerin çıkar ve eğilimlerini dikkate almak ve uzlaşa sağlamak açısından sınıf çıkarları söyleminin ötesinde daha evrensel söylemler geliştirmek, rızayı sağlamak bakımından önemlidir. Hegemonya, belirli nesnel koşullar ile egemen grubun fiili tahakkümü arasındaki bitişme durağıdır ve işlevi bakımından hegemonya yalnızca yeni bir devlet aygıtı yaratmaya ve toplumu dönüştürmeye muktedir bir kolektif iradenin biçimlenmesini değil, aynı zamanda yeni bir dünya anlayışını yaymayı da amaçlar³.

¹ Bkz. Norberto Bobbio, “Gramsci ve Sivil Toplum Kavramı”, in John Keane (Der.), *Sivil Toplum ve Devlet: Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar*, Ayrıntı, 1993, ss.112-113.

² Gramsci’nin metinlerinde hegemonya “rıza”dan “rıza-baskı”ya doğru değişirken “topografik konumunda” da değişiklik olur. Başlangıçta hegemonya sadece sivil toplumla sınırlıyken, daha sonra devlet içine de yerleşmiştir. Bkz. Perry Anderson, *Gramsci: Hegemonya, Doğu-Batı Sorunu ve Strateji*, Salyangoz Yayınları, 2007, ss. 43-44.

³ Norberto Bobbio, op.cit.,ss.114-115.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

Gramsci sömürülen sınıflar arasında uzlaşma sağlamak ve “iç çelişkisiz yeni bir homojen ekonomik-politik tarihi blok yaratmak” için müttefik toplumsal güçlerin ‘soğurulması’ (içerilerek farklılığa son verilmesi) ihtiyacına değinir. Hegemonya, proletarya ile işbirliği yapmaya razı olan ve bu tutumuna etkinlik kazandırılması söz konusu olan müttefiklerin fikir ve kültür anlamında yönlendirilmesi demektir⁴.

İdeolojik söylem toplumsal bellekte yer alan, geniş kesimlerce benimsenmiş düşünce ve önyargıları, yani Gramsci’nin kavramsallaştırmasıyla “sağduyu”yu (*common sense*) kullanır. Hegemonya bir kerede ulaşılan bir şey olmayıp, dinamik ve ilişkiseldir. Sürekli yenilenmesi, yeniden yaratılması, savunulması ve değişikliğe uğratılması gerekir. Hegemonya, bu çerçevede siyasal iktidar mücadelesinde işe yarayacak ideolojik anlamlar üzerinde yürütülen bir mücadele olarak da tanımlanır.

Hegemonya ideolojik bir mücadele içinde tanımlandığından, böyle bir kavramlaştırma karşı-hegemonyanın olanaklılığını da taşır. Hegemonyanın hiçbir tarzı tek başına bir toplumun anlam ve değerlerini tam olarak tüketemez ve bu nedenle her egemen güç kısmen kendi hâkimiyetinin kurucusu olacak biçimlerde karşı hegemonik güçlerle hesaplaşmak zorunda kalır⁵. Karşı-hegemonya esas olarak yönetici sınıfın ihmal ettiği genel kültür alanında yürütülecek ideolojik ve siyasal yeniden anlamlandırmanın ürünü olabilir⁶. Gramsci’ye göre karşı-hegemonya mücadelesinde önemli olan, var olan hegemonyanın kurucu öğeleri üzerinden çalışmak ve onları yeniden şekillendirmek, zaten var olan bir söyleme ekleme yapmak, onu genişletmek ve dönüştürmektir.

Hegemonya ve karşı-hegemonya kavramsallaştırması bağlamında Gramsci metinlerine dayanarak geliştirilen ilk anlayış sivil toplumu güçlendirerek dönüştürmek, sivil toplumda sosyalist ideolojik hegemonyanın kurulmasını ve nihai olarak da devletin bu giderek genişleyen sivil toplum içinde erimesini sağlamak yönündedir⁷.

Gramsci metinlerinin ikinci bir yorumu ise sivil toplum-devlet ikiliğini, her iki alanı da köklü bir biçimde dönüştürerek aşma perspektifini belirler. Bu

⁴ Antonio Gramsci, *Hapishane Defterleri*, Belge Yayınları, 5.Bası, 2007, ss. 31-32, dipnot 15.

⁵ Terry Eagleton, *İdeoloji*, Ayrıntı, 2. Basım, 2005, s.168.

⁶ Serpil Sancar, *İdeolojinin Serüveni: Yanlış Bilinç ve Hegemonyadan Söyleme*, İmge Kitabevi, 2.Baskı, 2008, ss.

⁷ Bkz. Gülnur Acar-Savran, *Sivil Toplum ve Ötesi: Rousseau, Hegel, Marx*, Belge Yayınları, 2003, s.11.

perspektifin içerdiği eleştirel yaklaşım, burjuvazinin hegemonyasının özgüllüğünün anlaşılmasını sağlamak yoluyla bir karşı hegemonya kurmak olanağını ortaya koymayı hedefler. Sivil toplum, burjuvazi ve işçi sınıfı arasında tarafsız bir alan olarak değil de burjuvazinin kendine özgü hegemonyasını kurduğu kapitalist sömürüyü gizleyen bir alan olarak anlamlandırılır ve işçi sınıfının karşı-hegemonyasını oluşturmak için sivil topluma özgü ilişki biçimlerinin dışına çıkmak gerekliliği ortaya konur⁸.

İnsan hakları alanı söylemsel ve hukuki anlamda tarihsel olarak bir hegemonya mücadele alanı olagelmıştır. Hegemonya ve karşı-hegemonya anlamında sınıf çıkarları söyleminin ötesinde geliştirilen ve dönüştürülen evrensel bir söylem olarak, geniş kesimlerce kabul edilmiş “sağduyu”yu kullanmak yolunda siyasal bir yeniden anlamlandırma mücadelesi sürecinde, insan hakları sosyal olarak inşa edilmiştir. İnsan haklarına ilişkin düşünce ve uygulamalar belli sosyal, tarihi koşullar arka plandaki insanlar tarafından yaratılmış, yeniden yaratılmış, desteklenmiş veya değişikliğe uğratılmıştır.

Tarihsel olarak insan hakları söyleminin ve hak taleplerinin sosyal hareketler tarafından kullanılması, güç ilişkileri ve yapılarının sorgulanması açısından önemli bir rol oynamıştır⁹. İnsan hakları söyleminin kullanılması politik, ekonomik ve sosyal taleplerin hak talebi şeklinde ifadelendirilmesidir ve sadece araçsal olmayıp, ezilmişlere ait alternatif değerler, normlar ve hayat şekillerini meşrulaştırmak için operasyonel önem, yani Gramsci’nin terminolojisiyle hegemonya-karşıtı özellik taşır. Zira, insan hakları, önemli bir kısmı mevcut hegemonya tarafından kullanılan kavramları kullanıp, dönüştürüp genişleterek, karşı-hegemonya mücadelesi içindeki yeni sosyal normların evrensel olarak ifadesine imkân tanır. Hak talebi şeklindeki ifade, sosyal olarak uygun ve ikna edici bir çerçeve ve ayrıca meşruiyet temelini sağlar¹⁰.

İnsan hakları hukukunun tarihi gelişimine baktığımızda önemli dönüşümlerin arka planında, mevcut sosyal ve ekonomik yapıyı sorgulayan ve değişim talebinde bulunan sosyal hareketler olduğunu görürüz. Klasik haklar olarak adlandırılan birinci kuşak haklar burjuvazinin kendi sınıfsal çıkarlarını savunmak üzere ileri sürdüğü, Amerikan ve Fransız devrimlerinde uygulamaya geç-

⁸ Ibid. s.12.

⁹ İnsan haklarının temeli ve sosyal olarak inşası açısından sosyal hareketlerin önemi için bkz. Neil Stammer, “Social Movements and the Social Construction of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol.21, ss.986-987.

¹⁰ Alan Hunt, “Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies”, *Journal of Law and Society*, Vol.17, No:3, Autumn 1990, ss.321-324.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

miş haklardır. Sanayi devrimi ertesinde ortaya konan ikinci kuşak yani ekonomik ve sosyal hakların arkasındaki itici güç ise işçi sınıfı olmuştur. Üçüncü kuşak haklar ise, İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası dayanışma ve bir “Batı” söylemi olarak gelişen insan haklarının içine Üçüncü Dünya’nın taleplerini yerleştirme mücadelesinin sonucudur.

Az gelişmişliğin uluslararası ekonomik ilişkiler içindeki bir “uluslararası işbölümü”nün sonucu olduğu düşüncesinden hareketle, bu işbölümünün değiştirilerek bir Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen tesisi amaçlanmıştır¹¹. Üçüncü kuşak hakların önemli bir kısmı, Üçüncü Dünya devletlerince 1960 ve 1970’li yıllarda ortaya konan ve BM Genel Kurul kararıyla temel ilkeleri biçimlenen Yeni Uluslararası Ekonomik Düzene ilişkin ekonomik ve politik taleplerin hak talebi şeklindeki ifadesidir. Böylece İkinci Dünya Savaşı ertesinde “kalkınma” söylemiyle birlikte insan hakları, uluslararası hukuku, küresel adaleti sağlamak yolunda kullanılabilir kılmak için yararlanılan bir araç olarak kendini göstermiştir. Sömürgecilğe, ırk ayrımına karşı veya self determinasyon mücadelesinde işlevselleşen bir söylem olmuş, “Üçüncü Dünya”nın direniş ve eylemliliğine temel teşkil etmiştir.

Takip eden dönemlerde de insan hakları söyleminin karşı-hegemonya anlamında değiştirilmesi ve dönüştürülmesi mücadelesi devam etmiştir. Esasen beyaz, batılı erkeğin haklarını ifadeleyen ve koruyan insan hakları söyleminin cinsiyetinin sorgulanması, bu söylemin kadınları da kapsayacak şekilde, dilinin ve temel kavramlarının yeniden kurgulanması, metinlerin ve uluslararası sözleşmelerin bu açıdan değiştirilip dönüştürülmesi mücadelesi yani kadının insan hakları hareketi bu anlamda ilk akla gelen örnektir. Bunun yanı sıra 1990’lardan itibaren köylü hareketinin de ekonomik ve politik taleplerini insan hakları söylemi içinde formüle ettiği, “çiftçi hakları”nın uluslararası sözleşmelerce koruma altına alınmaya başlandığı görülmektedir.

Kadınlar ve köylüler başta olmak üzere ezilmişlerin taleplerini ifade ettikleri dil olan insan hakları, eş zamanlı biçimde, küreselleşme sürecinde, özellikle de 11 Eylül ertesinde ve Irak işgalinde kristalleşmiş biçimde uluslararası hukukun zaten var olan emperyal özünü güçlendiren ve palazlayan bir rol de oynamaktadır. İnsan hakları söylemi bu bağlamda uluslararası alanda askeri müdahale, ekonomik yeniden inşa ve sosyal dönüşüm söylemlerinin de ana taşıyıcısı haline gelmiştir.

¹¹ Bkz. Mohammed Bedjaoui, “The Right to Development”, in *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui (General Editor), Unesco Publication, Paris, 1991, 1178-1181

Bu çalışmanın amacı, güncel olarak küresel hegemonya ve adaletsizliğin bir parçası ve destekleyicisi olarak kullanılan insan hakları söyleminin karşı-hegemonya açısından işlevsel özü, küresel adaletsizliğe karşı direnişin örgütlenmesine ve sözünün güçlenmesine katkı sağlayacak güncel potansiyelinin sorgulanmasıdır. Çalışmada, içinde yaşadığımız, çalışan hakkı ihlallerin arttığı ve yaygınlaştığı deregulasyon ve güvencesizleştirme sürecinde Türkiye'deki emek örgütlerinin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve bunların uygulanmasının denetlenmesi amacıyla kurulmuş uluslararası mekanizmalardan bir direniş aracı olarak yararlanıp yararlanmadığı sorusuna son dönemde gündemde yer etmiş Novamed ve Desa direnişleri örnekleri üzerinden yanıt aranmaktadır.

Bu örneklerin seçilmesinin nedeni her iki örnekte de direniş ve eylemlilikte hukuki yol ve yöntemlerden yararlanılmış olması ve uluslararası kampanya yürütülmüş olmasıdır. Bu anlamda uluslararası insan hakları hukuku metinleri ve koruma mekanizmalarından faydalanma olanak ve pratiğini sorgulamak açısından bu iki örneğin incelenmesi önemli görülmüştür. Çalışma için Novamed ve Desa direnişleri sürecine ilişkin hukuki ve diğer belgeler incelenmiş, sendika temsilcileri ve avukatları ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir.

1) Novamed ve Desa Direniş Süreçleriyle İlgili Kısa Bilgi

Novamed şirketi Antalya Serbest Ticaret Bölgesi'nde faaliyet göstermekte ve Alman Fresenius Medical Care için dializ üniteleri üretmektedir. Çalışanların %95'i kadındır. Firmanın faaliyette bulunduğu iş kolunda yetkili olan Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası (Petrol-İş) Mart 2005'den itibaren Novamed'de örgütlenme çalışmalarına başladığında, çalışanlara karşı kötü ve onur kırıcı muamele, kadın işçilerin aile kurma ve çocuk sahibi olma hak ve özgürlüklerine müdahale, aşırı fazla mesai ve sendika karşıtı baskı başta olmak üzere çeşitli hak ihlallerini tespit etmiştir.

Yeterli üye sayısını sağlayan Petrol-İş Sendikası ve Novamed işvereni arasında toplu pazarlık Nisan 2006'da başlamış, ancak süreç anlaşmazlıkla sonuçlanmış ve 83'ü kadın 85 Novamed işçisi Eylül 2006'da greve çıkmıştır. 448 gün süren Novamed grevi Türkiye'de bir serbest ticaret bölgesinde gerçekleşen ilk grev ve son yılların en uzun grevi olarak gündemde yer almıştır¹².

¹² Daha önce, İzmir Serbest Bölge'de bir ay süren bir grev söz konusu olsa da Novamed grevi kamuoyu ve medyada Türkiye'de bir serbest ticaret bölgesinde gerçekleşen ilk grev olarak tanınmıştır. 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu geçici 1. Maddesinde serbest bölgelerde, kuruldukları andan itibaren 10 yıl süreyle 2822 sayılı Kanunun grev, lokavt ve arabuluculuk

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

Grevin işveren üzerinde ekonomik anlamda çok fazla olumsuz etkisi olmamıştır¹³. Ancak grevin birinci yılından itibaren kadın örgütlerinin çok önemli desteği¹⁴ ve uluslararası kampanyanın da etkisiyle Aralık 2007’de toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır.

Desa Deri Sanayi ve Ticaret ise Türkiye’nin en büyük deri markalarından biri olup birçok ünlü uluslararası marka için üretim yapmaktadır. Desa işvereni işyerinde çalışan Deri-İş Sendikası üyesi işçileri istifaya zorlamış, üyelikten vazgeçemedikleri için, Düzce fabrikasında çalışan 41 işçiyi ve Sefaköy fabrikasında çalışan 1 işçiyi Nisan-Temmuz 2008 aylarında işten çıkartmıştır. İşten atılan işçiler fabrika önünde eylem başlatmış, ayrıca davalar açılmıştır. Bu davalar sonucunda işten atılmaların sendikal nedenli olduğu belirlenerek işçilerin işe iadesine karar verilmiştir. Ancak bu süreçte işveren kararların temyizi için Yargıtay’a başvurmuş ve sendikal işçileri işten çıkarmaya devam etmiştir¹⁵. Deri-İş Sendikası konuyla ilgili olarak aynı zamanda TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu’na başvuruda bulunmuş, Komisyon Başkanlığı ise Desa işverenin kendisine göndermiş olduğu cevabi yazıyı aynen sendikaya iletmeyi yeterli bulmuştur¹⁶.

Düzce ve Sefaköy fabrikaları önündeki direnişin yanı sıra Deri-İş Sendikası Kasım 2008’de Uluslararası Tekstil Hazır Giyim ve Deri İşçileri Federasyonu, Avrupa Tekstil Hazır Giyim ve Deri İşçileri Konfederasyonu bağlantılarıyla uluslararası bir kampanya başlatmıştır. Düzce’de 15 ay Sefaköy’de 11 ay süren direnişlerin, Yargıtay’ın temyiz incelemesi sonucu işe iade kararlarını onaması ve uluslararası kampanyanın da etkisiyle Desa işvereni 3 işçiyi işe geri çağırırken, diğer 15 işçinin tazminat ödemelerini yapmıştır. Ağustos

hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Birçok serbest bölgenin kuruluş tarihi dikkate alındığında bir bakıma geçerliliğini yitirmiş olan bu hüküm, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları kapsamında 4771 sayılı kanunla 2002 yılında ilga edilmiştir.

¹³ Tüm üretim bantlarında aynı iş yapıldığından ve işveren henüz toplu pazarlıklar sürerken sendikal işçileri aynı üretim bantlarında topladığından bu bantlarda üretimin durması diğer bantların işleyişini ve dolayısıyla fabrikanın genel üretimini çok fazla etkilememiştir. (Petrol-İş Hukuk Danışmanı Serpil Aksakal ile görüşme, 20 Nisan 2009).

¹⁴ Eylül 2007’de 27 kadın örgütünün katılımıyla Novamed Greviyle Dayanışma Kadın Platformu kurulmuş, kadın örgütlerinin sürece dahil olmaları ile Novamed direnişi cinsiyetlenmiştir. Novamed direnişinin bu cinsiyetlenme süreci için Bkz. Ayşen Ustubiçi, *Export-Processing Zones and Gendering the Resistance: “Women’s Strike” in Antalya Free Zone in Turkey*, LSE, Gender Institute, New Working Paper Series, Issue 24, March 2009.

¹⁵ Türkiye Deri-İş Sendikası Basın Açıklaması, 26.12.2008.

¹⁶ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Başkanlığı 26.08.2008 tarih ve A.01.1.İHK/1528 sayılı yazısı.

2009'da sendika ve işveren arasında bir protokol imzalanmıştır. Buna göre, sendikanın Desa karşıtı uluslararası kampanyayı sonlandırmasına karşılık, Desa işvereni sendika karşıtı tutumundan vazgeçerek tüm işçilere sendikal haklarının güvence altına alındığına dair yazılı bir belge dağıtmayı ve sendikal sebeple işten çıkarılan bir kısım işçiyi işe geri almayı kabul etmiştir¹⁷.

2) Kullanılabilecek Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Sözleşmeleri ve Mekanizmaları

Neo-liberalizm bildiğimiz gibi rekabetçi bireyselliğin ön planda olup devletin ekonomik ve sosyal müdahalesinin minimum düzeye indirildiği bir anlayışı ifade eder. Bu yaklaşımda ulus devletler, rekabet ve sermayeye gerekli ortamı sağlamakta birbiriyle yarışan sistemler olarak görülür. Devletler sınırlarını serbest rekabete açmalı ve sermaye ve yatırımı çekebilmek için uygun koşulları hazırlamalıdır¹⁸.

Neo-liberal küreselleşme sürecinde ulus-devlet ekonomiyi ulusal kurumlarıyla yönetme ve yönlendirme imkânını ve küresel sermayeyi kontrol kabiliyetini büyük ölçüde kaybetmektedir¹⁹. Bunun yanı sıra sermayenin hızlı yer değiştirme yeteneği nedeniyle vergilendirilmesinin zorlaşması, ulus devletin vergiler yoluyla kamu harcamalarını karşılama konusunda güçlük yaşaması, sosyal ve siyasal ağırlık noktalarında ulus-aşırı şirketler lehine güç kayması ulus-devletlerin kendi ülkelerindeki ekonomik ve sosyal düzenleme kapasitesini ciddi ölçüde zayıflatmış durumdadır. Genel olarak bütün devletler küresel pazarda rekabet edebilmek adına sosyal güvenlik ve ekonomik-sosyal haklara ilişkin korumayı zayıflattığından, kazanılmış haklarda aşınma ve yitim söz konusudur. Bunun yanı sıra işverenin üretimi kolayca ve hızla başka coğrafyalara kaydırılabilme imkânı sendikalaşma ve grev hakkı başta olmak üzere çalışan haklarının koruyucu daha önceden ulusal mevzuatlar içine inşa edilmiş hukuki güvenceleri pratikte büyük ölçüde etkisiz ve anlamsız kılmaktadır.

Devletin küresel sermaye lehine vatandaşları üzerindeki korumasını çekmesi bazen coğrafi olarak dahi görünür olmaktadır. Serbest ticaret bölgeleri bunun bir örneğidir. Serbest ticaret bölgeleri bir devletin ülkesinde bulunmasına rağmen, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak amacıyla yatırımcı için daha uygun koşulların yaratılması yönünde özellikle gümrük, dış

¹⁷ Türkiye Deri-İş Sendikası Basın Açıklaması, 26.08.2009.

¹⁸ İlyas Doğan, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Yeni İnsan Yayınevi, 2008, ss. 192-193.

¹⁹ Ibid, ss.146-150.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

ticaret ve kambiyo başta olmak üzere bazı ulusal mevzuatın uygulanmadığı alanlardır. Dünyada farklı isimler altında serbest ticaret bölgelerinin sayısı hızla artmaktadır.²⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) raporlarına göre, serbest ticaret bölgelerinde aşırı uzun çalışma saatleri ve sendikal hakların sistematik olarak ihlali başta olmak üzere ciddi çalışan hakkı ihlalleri söz konusudur²¹.

Küreselleşen ekonomik faaliyetler çerçevesinde ulus-aşırı şirketlerin faaliyetlerinin, tedarikçileri, yerel alt şirketler ve diğer bağlantılar şeklindeki bir ağ içerisinde genişlediği ve her geçen gün daha fazla etkinlik kazandığı bir gerçektir. Ulus-aşırı şirketlerin tanınmış uluslararası kişiliği bulunmamakta ve mevcut uluslararası hukuk veya uluslararası insan hakları hukuku ulus-aşırı şirketler için doğrudan hukuki yükümlülükler öngörmemektedir²². Ayrıca uluslararası hukuk devletler için, merkezleri kendi ülkelerinde olan şirketlerin ülke dışındaki etkinliklerinde insan haklarına uygun davranmalarını sağlama yükümlülüğü de öngörmemektedir.

Emek hareketinin bu yeni süreçte politik ve ekonomik taleplerini hak iddiası olarak formüle etmesi yönünde faydalanabileceği uluslararası insan hakları hukuku araçları olarak bağlayıcı uluslararası sözleşmeler söz konusudur. Bunun yanı sıra bağlayıcılık düzeyi düşük yumuşak hukuk (*soft law*) araçları da bu alanda önem taşımaktadır.

²⁰ 1975’de 25 olan bu sayı 2006 itibarıyla 130’a ulaşmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) istatistiklerine göre dünyada serbest ticaret bölgelerinde toplam 27 milyon işçi çalışmaktadır. Bunların %93’ü kadındır ve %86’sı sendikalı değildir (Bkz. William Milberg - Matthew Amengual, *Economic development and working conditions in export processing zones: A survey of trends*, International Labour Office, Geneva, 2008.) Türkiye’de ise var olan 22 serbest ticaret bölgesinde resmi olarak 45000 işçi çalışmaktadır.

²¹ Ibid.

²² Ulus-aşırı faaliyet gösteren şirketler çalışan hakları (örgütlenme hakkı (sendikal haklar), ayrımcılık yasağı, güvenlik, sağlık, kölelik (slave labour); mülkiyet hakkı ihlalleri (arazilere hukuka aykırı şekilde el koyma, adil olmayan tazminatlar); faaliyet gösterilen ülkedeki kamu ya da özel güvenlik güçlerinin kullanımı sırasında aşırı güç kullanımı, işkence ve kötü muameleye kadar varabilen ağır ihlallere karışmaktadır. Bu şirketlerin ekonomik ve ticari faaliyetini yürüttüğü modelin kendisinin insan hakları ihlallerini arttıran, bu ihlalleri izlemeyi, önlemeyi, sorumlusunu belirlemeyi zorlaştıran bir model olduğunu görülmektedir. Zira bu şirketler bir çok ülkede, çok farklı gerçek ve tüzel kişilerin içinde bulunduğu geniş ve karmaşık bir ağ üzerinden faaliyet göstermektedir, açık bir hiyerarşik yapılanma ve faaliyetler üzerinde operasyonel kontrol söz konusu değildir.

Türkiye BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne²³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne²⁴, Avrupa Sosyal Şartı'na²⁵, BM Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)²⁶ ve UÇÖ'nün 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi ve 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'ne²⁷ taraftır. Bu sözleşmeler ve denetim organlarının içtihadı, bu iki örneğin özelinde ve genel olarak da işyerlerindeki hak ihlalleri göz önüne alındığında emek hareketi tarafından kullanıma imkân vermektedir.

Türkiye'de 1980 sonrası dönemde neo-liberal politikaların ve yapılanmaların bir yansıması olarak sendikal haklar da dâhil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin çeşitli ölçülerde sınırlanması söz konusu olmuştur²⁸. Son yıllarda yapılan reformlara rağmen ulusal mevzuat birçok açıdan çalışma hukuku alanındaki uluslararası normlara aykırılık taşımaya devam etmektedir. Sendikaların kuruluş, örgütlenme, üyelik ve etkinliklerine, toplu görüşme, toplu pazarlık, toplu iş sözleşmelerine, toplu eylem ve grev kararına ilişkin düzenleme getiren çok sayıdaki hükümde bu aykırılığı görmek mümkündür²⁹. Sendikal

²³ Türkiye BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla onaylanmış ve 18.06.2003 tarih 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 04.06.2003 tarih 6867 sayılı Kanun'la onaylanmış ve 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından 20.03.1952 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmış ve 19.03.1954 tarih 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁵ Avrupa Sosyal Şartı Türkiye tarafından 18.10.1961 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı Kanun ile onaylanmış ve 14.10.1989 tarih 20215 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanmasını ise 27.9.2006 tarih ve 5547 sayılı kanun ile uygun bulmuştur (R.G., 3.10.2006, No:26308).

²⁶ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni Türkiye 20.12.1985 tarihinde imzalamış, Sözleşmenin onaylanması 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷ UÇÖ'nün 87 sayılı Sözleşmesi'nin onaylanması 25 Kasım 1992 tarih ve 3847 Sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 8 Ocak 1993 tarihinde 93-3967 sayılı kararla onaylanmış ve 25 Şubat 1993 tarih ve 21507 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. UÇÖ'nün 98 sayılı Sözleşmesi Türkiye tarafından 8 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı kanunla onaylanmış ve 14.8.1951 tarih ve 7884 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁸ İş hukukunun Türkiye'de 1980 sonrası dönemde gelişimi için bkz. Alpaslan Işıklı, *İş Hukuku*, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1999, ss.24-28.

²⁹ Bu konuda toplu bir değerlendirme için bkz. Mesut Gülmez, Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar, *Çalışma ve Toplum*, 2005/1, ss. 41-56.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

haklarla ilgili anayasal hükümler de dâhil olmak üzere, mevcut yasal çerçevenin, özellikle kamu sektöründe ve özel sektörde örgütlenme hakkı, grev hakkı ve toplu sözleşme yapma hakkı ile ilgili AB standartları ve Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri ile uyumlu olmadığına Avrupa Birliği Türkiye İlerleme Raporlarında da işaret edilmektedir³⁰.

Şirketlerin insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik, hukuken bağlayıcılığı olmayan uluslararası standartlar ve düzenlemelerin sayısı giderek artmaktadır. Kofi Annan'ın Dünya Ekonomik Forum'unda yaptığı bir çağrıyla mütakiben 2000 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Küresel Paktı (*UN Global Compact*) bu anlamda önemlidir. Küresel Pakt düzenleyici bir araç olmayıp daha çok saydamlık ve kamusal sorumluluk fikrine dayanmaktadır³¹. Paktı oluşturan 10 ilkeden bir kısmı insan haklarıyla ilgilidir³². Devletlerin ve işverenlerin yükümlülüklerinin tam olarak belirlenememiş olması, şirketlerin ilkelerin hayata geçirilmesi konusunda gerekli katkıyı sağlamamaları, şirketler için öngörülen denetleme ve takip mekanizmalarının etkin hale getirilememesi nedeniyle Küresel Pakt'ın başarısı yönündeki beklentiler oldukça azalmış durumdadır³³.

OECD Çok Uluslu Şirketler İçin Yol Gösterici İlkeler (*Guidelines for Multinational Enterprises*) bu alandaki bir başka önemli düzenlemedir. Bu ilkelere aykırılık halinde ülkelerde belirlenmiş olan Ulusal İrtibat Noktalarına geçerek ve tüzel kişilerce şikâyetle bulunulabilmektedir. Ancak şikâyet usulüyle elde edilen sonuçlar, özellikle insan hakları alanında değişken olup bir örneklikten uzaktır. Ayrıca irtibat noktalarının çalışma şekilleri arasında tutarlılık bulunmamaktadır. Ulusal İrtibat Noktaları kendilerine gelen şikâyetler sonrası süreç konusunda tarafları ve kamuoyunu bilgilendirmek ve kararların gerekçelerini

³⁰ Bkz. örneğin Avrupa Toplulukları Komisyonu, 2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, Brüksel, 14.10.2009, SEC(2009)1334.

³¹ Küresel Paktı 2000'in üzerinde şirket dahildir. Bu şirketlerin yarısından fazlası gelişmekte olan ülkelere aittir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. John Gerard Ruggie, "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", *The American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 4, 2007, ss. 819-840.

³² 1.ilke: İş dünyası uluslararası olarak kabul edilmiş insan haklarına saygılı ve korunmasına destek olmalıdır. 2.ilke: İş dünyası insan hakları ihlallerine suç ortağı olmamalıdır. 3.ilke: İş dünyası örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkına saygılı olmalıdır. 4. ilke: Zorla çalıştırmanın her çeşidinin ortadan kaldırılmasına destek olmalıdır. 5.ilke: Çocuk işçiliğinin sona erdirilmesine destek olmalıdır. 6.ilke: Çalışma yaşamında ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına destek olmalıdır.

³³ Küresel Pakt konusunda eleştirel bir değerlendirme için bkz. Yasemin Özdek, op.cit, ss. 37-39 ve İlyas Doğan, op.cit, ss. 220-223.

açıklamak konusunda birbirlerinden farklı tutumları benimsemekte, ayrıca verilen kararların uygulanmasını sağlayıcı bir güç de bulunmamaktadır.

Novamed ve Desa örneklerinde işyerlerindeki çalışma koşulları ve sendika faaliyetlerini engelleyici baskı Türkiye devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile bağtlandığı yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu uygulamalar ayrıca yukarıda belirtilen eksiklikleriyle birlikte Türkiye'nin başta Anayasa, İş Yasası ve Sendikalar Yasası olmak üzere ulusal mevzuatında belirlenmiş olan sendikal hakların yanı sıra kişi temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik hükümlere de aykırılık taşımaktadır. Zira Novamed örneğinde özellikle görüldüğü üzere, güvencesizleştirme bugün vardığı noktada birçok işyerinde çalışanlara karşı, insan onuruna aykırı, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eden muamelenin bir çalışma yeri pratiği ve üretim sürecinin düzenleme şekli olarak kurumsallaştığını görülmektedir.

3) Direnişi Örgütlemek ve Güçlendirmek İçin İnsan Hakları Söyleminin Kullanılması: Eylemliliği, Direnişi İnsan Hakları Dili Üzerinden Kurmak

Emek hareketi açısından uluslararası insan hakları sözleşmelerinin kullanımının ilk şekli, söylem bazında gerçekleşebilir. Yani direnişi örgütlemek, devam ettirmek, uluslararası destek sağlamak, işveren üzerinde baskı uygulamak üzere hak temelli bir söylem kullanılabilir. İnsan hakları söylemi sadece araçsal olarak kullanıldığında, kurumsallaşma veya yerine getirme, kontrole ilişkin talepleri içermez. Hak talebi sosyal veya politik eylemliliğin bir aracı olarak kullanılmaktadır, eylemliliğin yöneldiği amaç değildir³⁴.

Türkiye'de sendikaların insan hakları söylemini ve hak temelli stratejileri kullanımının son dönemde arttığı görülmektedir. Emek hareketinin insan haklarını söylem olarak kullanmak, direniş ve eylemliliği bu dil üzerinden kurma pratiğinin giderek yaygınlaştığı söylenebilir. Sendikalar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine referansları kamuya yönelik yazılı metinlerinde ve basın açıklamalarında son yıllarda sıkça kullanılmaktadır.

Aldığımız her iki örnekte, hem Novamed ve hem Desa direnişinde de uluslararası insan hakları sözleşmelerinin söylem bazında kullanıldığını görüyoruz. Novamed direnişi sırasında işyerinde yetkili sendika olan Petrol-İş

³⁴ Neil Stammer, "Social Movements and the Social Construction of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol.21, s.1006.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

Sendikası hem basın açıklamalarında hem de işverenle resmi yazışmalarının yanı sıra uluslararası emek örgütleriyle temas ve yazışmalarında, ilgili UÇÖ sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı'nın ihlal edildiğinin sürekli altını çizmektedir³⁵.

Desa direnişinde ise Deri-İş'in yine hak temelli bir söylem kullandığı, ancak daha çok Anayasa'ya aykırılığın altının çizildiği, uluslararası sözleşmelere çok fazla referans yapılmadığı görülmektedir³⁶. Ancak Desa mücadelesini yakından takip edip etkin biçimde destekleyen uluslararası federasyon, konfederasyonlar ve uluslararası sivil toplum örgütleri (ITGLWF-Uluslararası Tekstil, Hazır Giyim ve Deri İşçileri Federasyonu; FSE:THC- Avrupa Tekstil, Hazır Giyim ve Deri İşçileri Konfederasyonu; CCC (Clean Clothes Campaign)) Desa işvereni ile yazışmalarında ve Desa'nın alıcısı olan uluslararası ünlü firmalara yönelik yürüttükleri kampanyada UÇÖ Sözleşmeleri ve UÇÖ'nun ilgili komite kararlarına daha spesifik atıflar yapmaktadırlar³⁷.

Fakat burada dikkat çeken bir nokta dayanak alınan uluslararası sözleşmelerin öncelikle devletlere yükümlülük yükleyip, ihlalleri halinde de devletlerin sorumluluğunu ortaya çıkarmasına rağmen, sendikaların bu sözleşmeleri sadece işvereni muhatap alarak ve onun sorumluluğuna referans olacak şekilde kullanmalarıdır. Novamed fabrikasındaki durumdan, çalışma koşullarının mevzuata uygunluğunun sağlanmadığı, çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin engellenmediği için Türkiye devletinin sorumluluğu ne bireysel olarak işçiler tarafından ne de sendika tarafından hiçbir aşamada ileri sürülmemiştir, aynı durum Desa için de geçerlidir.

Söz konusu uluslararası insan hakları sözleşmeleri ulus-aşırı emek örgütlenmelerini mobilize etmek ve işletmeye karşı kampanya yürütmek (*namings and shaming*) için etkili bir araç olarak kullanılmıştır. Böylece firmalar üzerinde uluslararası olarak imajını zedeleme noktasında bir baskı oluşturulmuş ve toplu sözleşme pazarlık sürecinde sendikanın işveren karşısında pozisyonunu güçlendirilmiştir. Novamed örneğinde işveren toplu sözleşmeyi imzalamaya grevin firma üzerinde yarattığı ekonomik etki nedeniyle değil firmanın imajı

³⁵ Basın açıklamaları ve yazışmaları toplu olarak görmek için bkz. *Novamed Grevi: Küresel Sermayeye Karşı Küresel Kadın Dayanışması*, Petrol-İş, Mart 2008.

³⁶ Örneğin Sendika'nın 19.08.2008, 16.11.2008, 26.3.2009, 1.4.2009, 16.6.2009, 20.6.2009 tarihli basın açıklamaları.

³⁷ Deri-İş örgütlenme uzmanı Nuran Gülenç ile görüşme, 26.9.2009.

üzerindeki olumsuz sonuçları nedeniyle razı olmuştur³⁸. Desa'da ise yürütülen etkili uluslararası kampanya nedeniyle siparişleri iptal olan işveren önemli ölçüde parasal kayba uğramış ve bu nedenle kampanyayı durdurması koşuluyla henüz işyerinde yetki almak için yeterli üyeye sahip olmayan sendikayla bir protokol imzalamaya razı olmuştur³⁹.

4) Uluslararası İnsan Hakları Denetim Mekanizmalarının Kullanımı

Sendikalar açısından uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ikinci ve daha içerikli, etkili kullanımı uluslararası sözleşmelerle oluşturulmuş denetim mekanizmalarından faydalanılması, yani sözleşmelerin uygulanmasının denetlenmesi amacıyla kurulmuş komisyon, komite veya mahkemelere başvuruda bulunulması olacaktır. Bu uluslararası sözleşmelere taraf olan, yükümlülük altına giren devletler olduğundan bu tür başvurular özel şirketler tarafından gerçekleşen çalışan hak ihlallerinde devletin sorumluluğunu es geçmemek, bu sorumluluğun altına çıkmak açısından özellikle önemlidir.

BM Genel Sekreteri'nin insan hakları ve şirketler konusundaki özel temsilcisi 2008 yılında verdiği ilk raporunda devletin koruma görevinin özel şirketlerin insan hakları ihlallerinin önlenmesi alanında temel ilke olduğunun altına çizmektedir⁴⁰. Bu rapora göre, ulus-aşırı ve diğer ticari işletmelerin insan hakları ihlalleri ile ilgili olarak bugün söz konusu olan kötü durumun en temel sebebi küreselleşme sürecinde ortaya çıkan yönetim boşluklarıdır. Uluslararası hukukta devletin, ülkesinde yaşayan kişilerin hak ve hürriyetlerini, üçüncü kişiler ve şirketlerden gelen ihlaller de dâhil olmak üzere, koruma, ihlal gerçekleşmişse gerekli soruşturma ve takibatı yapma, sorumluları cezalandırma, ayrıca mağdurların zarar ve kayıplarının giderimini sağlama yükümlülüğü söz konusudur⁴¹.

Türkiye'nin taraf olduğu, yukarıda bahsedilen bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle bağlantılı olarak, bu sözleşmelerde koruma altına

³⁸ Fresenius Medical Care Türkiye temsilcisi Şenol Taşdelen'in açıklaması, *Referans*, 27.10.2007 (Petrol-İs, *Novamed Grevi: Küresel Sermayeye Karşı Küresel Kadın Dayanışması*, Mart 2008).

³⁹ 21 Mayıs 2009 tarihli Desa işveren açıklamasına göre şirketin kampanya nedeniyle uğradığı zarar 7.2 trilyon liradır.

⁴⁰ John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5, 7 April 2008.

⁴¹ Ibid.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

alınan hakların ihlali halinde işletilebilecek çeşitli denetim ve bireysel başvuru mekanizmaları mevcuttur.

Son dönemde işçi sendikaları uluslararası insan hakları sözleşmelerini referans olarak kullansalar da bu sözleşmelerin bireysel başvuru ve şikâyet usullerine oldukça nadiren başvurdukları dikkat çekmektedir. Oysa bunlardan özellikle bazıları Türkiye’de kamuoyunda geniş olarak tanınan, yaygın olarak başvuru yapılan mercilerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunların başında gelmektedir.

Sendikaların en çok başvurduğu örgüt Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve özellikle de bu örgütün Uygulama Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesidir⁴². Uluslararası Çalışma Örgütü kurucu belgelerinin hiçbir yerinde “insan hakları” terimi görünmemekle birlikte, örgüt tarafından üretilen tüm belgeler aslında, geniş anlamda insan hakları ile ilgilidir ve insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunan nitelik taşımaktadır⁴³.

Türkiye 1932 yılından bu yana UÇÖ’nün üyesidir, ancak örgütün sözleşmelerine taraf olmak yönünde çekinceli bir tavır sergilemekte olduğu söylenebilir⁴⁴. Ayrıca onaylamış olduğu sözleşmelerin gereklerini yerine getirmek noktasında da ciddi sorunlar yaşamaktadır. Türkiye 87 sayılı UÇÖ Sözleşmesi’ni, imzaya açılışından 44, yürürlüğe girişinden 42 yıl sonra onaylamıştır. 1952 yılında onayladığı örgütlenme özgürlüğü ile ilgili 98 sayılı UÇÖ sözleşmesinin gereklerini yerine getirmediği için yarım yüzyıl sonra, bugün bile UÇÖ tarafından eleştirilmektedir. Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü’nün denetim mekanizmalarıyla tanıştığı 1950’lerden bu yana örgütün

⁴² Uluslararası Çalışma Örgütü’ne üye devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediği dönemsel raporlar üzerinden denetlenmektedir. Raporlar Uzmanlar Komisyonu’na incelenmekte, ikinci aşamada ise denetim işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinden oluşan Uygulama Komitesi’nce yapılmaktadır. Ayrıca şikâyet üzerine denetim yolu da öngörülmüştür. Sendikal haklara yönelik ihlaller için sözleşmeleri onaylama koşuluna bağlı olmayan, örgüt üyesi olan devletlere karşı işletilebilen sözleşme-dışı bir denetim de söz konusudur. (Bkz. Mesut Gülmez, “İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAIE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000, ss. 165-172.)

⁴³ M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş 6.Bası, Legal Yayıncılık, s.839.

⁴⁴ Türkiye uluslararası ya da bölgesel kuruluşlarda kabul edilen insan hakları sözleşmeleri için özellikle 1990 ve 2000’lere dek geleneksel denebilecek gecikmeli bir onay politikası uygulamıştır. Örneğin 1991 öncesinde onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ortalama olarak imzalandıktan 15 yıl sonra onaylanmıştır. (Bkz. Mesut Gülmez, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sözleşmelerini Onay Politikası: 1990 sonrası”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAIE, Cilt: 21-22, 1999-2000, s.35)

Sendika Özgürlüğü Komitesi, Uzmanlar Komisyonu ve Uygulama Komitesi gündemlerinden neredeyse hiç düşmemiştir. Son olarak 2009 yılında UÇÖ Türkiye'ye sendikal haklar konusunda teknik yardım önermiş ve bu alandaki son gelişmeleri yerinde tespit için Uygulama Komitesi'nin aldığı karar gereği dört kişilik bir heyet ile 2010 yılında Türkiye'de incelemelerde bulunmuştur.

İşçi sendikaları UÇÖ dışındaki uluslararası mekanizmaları pek kullanmamakta, örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurular neredeyse münhasıran kamu emekçilerinin örgütlendiği sendikalar tarafından yapılmaktadır⁴⁵. Novamed ve Desa direnişi sırasında ve sonrasında da söz konusu sendikalar veya bireysel olarak işçiler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, BM İnsan Hakları Komitesi'ne veya insan hakları alanındaki uluslararası hukuki mekanizmalardan herhangi birine başvurmamışlardır. Deri-İş Sendikası Desa işverenine karşı Çok Uluslu Şirketler İçin Yol Gösterici İlkeler aykırılık gerekçesiyle OECD'ye başvuruda bulunmuş ancak bu başvuru da daha sonra geri alınmıştır⁴⁶.

Hem Novamed, hem de Desa direniş süreçlerinin önemli bir ortak özelliği kadın hareketinin sürece bir noktadan sonra etkin bir şekilde müdahil olması, direnişin başarısında önemli rol oynamasıdır⁴⁷. Bu noktada BM Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda bireysel başvuru imkânı tanıyan, Türkiye'nin de taraf olduğu ek protokolü akla gelmektedir. Zira özellikle de Novamed örneğinde işyerinde cinsiyet temelli ayrımcılık ve onur kırıcı muamele son derece belirgindir. Türkiye'deki kadın hareketi hem insan hakları söylemini etkin kullanmaktadır, hem de uluslararası denetim mekanizmalarından yararlanma bakımından diğer sivil toplum örgütlerine örnek olan, öncü rolü söz konusudur. CEDAW Komitesi'ne kadın örgütleri tarafından hazırlanan düzenli gölge raporlar buna önemli bir örnektir. Ancak kadın hareketiyle bu omuz omuza ça-

⁴⁵ Örneğin Tüm Haber-Sen ve Çınar v.Türkiye (Başvuru no:28602/95; KESK v.Türkiye (Başvuru no:27794/02); Tüm Bel-Sen v.Türkiye (Başvuru no:34503/97); Kaya ve Seyhan (Eğitim-Sen) v.Türkiye (Başvuru no:30946/04).

⁴⁶ Deri-İş örgütlenme uzmanı Nuran Gülenç ile görüşme, 26 Eylül 2009.

⁴⁷ Novamed ve Desa direnişlerinin yaşandığı petrol-kimya ve deri iş kollarının ve dolayısıyla işkolunda örgütlü sendikaların eril yönetim ve eylemlilik pratiklerine karşın Novamed'de grevcilerinin neredeyse tamamının kadın olması, Desa direnişinde sendikal sebeplerle işten çıkarılan bir kadın işçinin (Emine Arslan) direngen tutumunun Desa direnişinin medyaya yansıyan yüzü haline gelmesi hem Novamed hem de Desa direnişlerini bir noktada kadın hareketi ile buluşturmuş, direnişin dili, özellikle Novamed örneğinde bu kırılma noktasından itibaren cinsiyetlenmiştir.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

İşmaya rağmen Novamed direnişinde CEDAW Komitesi'ne bireysel başvuru gerçekleşmemiş, bu husus akla gelmemiştir⁴⁸.

Bu tür uluslararası denetim usulleri özel işyerlerinde örgütlü işçi sendikalarının neden kullanılmamaktadır? Sendika sorumluları ve hukuk danışmanları ile yapılan görüşmelerin gösterdiği kadarıyla, özel işyerlerindeki insan hakları ihlallerinde devletin sorumluluğunu ortaya koyacak hukuki başvuru ve usuller sendikaların hukuk birimlerinin neredeyse standartlaşmış pratikleri arasında yer almamaktadır⁴⁹. Sendikalar genel olarak hukuki yollara sıkça başvurmaktadır. Neredeyse istisnasız her işveren yetki itirazında bulunduğundan yetki tespit davaları, işverenin işçileri sendikasızlaştırmak yönünde kimi kez fiziki şiddete varan baskıları nedeniyle ceza davaları ve sendikal sebeplerle işten çıkarmalara karşı işe iade davaları sendikaların rutin olarak açtıkları davalardır.

Ancak Novamed ve Desa örneklerinde de görüldüğü gibi, tüm bu davalar pazarlık sürecinde araç olarak görülmekte, bu nedenle de sendika hukuki başvuru yollarından daha çok işverende pozisyon değişikliği yaratmak için kısa vadeli araçlar olarak faydalanmaktadır. İstenen değişiklik sağlanınca esasen açılan davada ileri sürülen talep karşılanmamış olsa dahi dava geri çekilmekte, şikâyet geri alınmaktadır⁵⁰. Uluslararası hukuki başvuru prosedürleri bu çeşit manevralara izin vermeyen, uzun erimde sonuç doğurucu süreçler olarak görülmekte ve bu nedenle de söz konusu usullere işçi sendikalarının pek fazla başvurulmamaktadır.

Türkiye'de devlet, devam eden özelleştirmelere rağmen, halen bazı sektörlerde asli işveren durumundadır ve sendikalar da toplu sözleşme sürecinde çoğu kez işveren olarak kamu temsilcileriyle pazarlık yapmaktadır. Sendika yetkilileriyle yaptığımız görüşmeler ışığında, bu durumun bazı iş kollarında örgütlü sendikaların mücadelelerinde hukuken kamu makamlarını hedef alan dava ve söylemlerden, özel işyerlerindeki hak ihlalleriyle ilgili olarak devle-

⁴⁸ Petrol-İş Kadın Sekreteri Necla Akgökçe ile görüşme, 20 Nisan 2009.

⁴⁹ Petrol-İş hukuk danışmanı Serpil Aksakal'la görüşme 20 Nisan 2009 ve Kristal-İş eğitim uzmanı Aziz Çelik'le görüşme, 7 Mayıs 2009.

⁵⁰ Örneğin Novamed işverenin sendika üyesi işçilere baskı ve hakaretleri nedeniyle Deri-İş tarafından Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı'na 8.12.2005'de yapılan suç duyurusu daha sonra işverene karşı bir iyiniyet göstergesi olarak geri alınmış, Başsavcılık da 12.06.2006 tarihinde kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir (Soruşturma no:2005/57753, Karar no:2006/13072) (Petrol-İş hukuk danışmanı Serpil Aksakal'la görüşme, 20 Nisan 2009); Desa işverene karşı OECD'ye yapılan başvuru yine benzer sebeple geri çekilmiştir. (Deri-İş örgütlenme uzmanı Nuran Gülenç ile görüşme, 26 Eylül 2009).

tin sorumluluğunu ortaya koyan eylemliliklerden kaçınmalarının temel sebeplerinden biri olduğunu söyleyebiliriz. Sendikalar aksi bir davranışın ileride kamu işvereni ile söz konusu olacak pazarlık sürecini olumsuz etkileyeceğinden endişe etmektedirler. Diğer bir kısım işçi sendikaları ve konfederasyonlar ideolojik pozisyonları ve milliyetçi kaygıları nedeniyle uluslararası insan hakları mekanizmalarına başvurma noktasında çekinceli davranmaktadır. Bu tavır süreç içinde aynı şekil ve yoğunlukta devam etmemekte, dönüşüm ve kırılmalar söz konusu olmaktadır. Ancak bu değişim ve kırılmalar uzun dönemli öngörüler ve stratejik kararlar ekseninde olmayıp büyük çoğunlukla sendika ve konfederasyonlardaki yönetim değişikliklerinin belirleyiciliğinde, dalgalanmalar şeklinde gerçekleşmektedir⁵¹.

Sonuç

Küresel neo-liberal hegemonyaya karşı yürütülen mücadelede insan haklarından hem söylemsel olarak, hem de ulusal ve uluslararası alandaki kurumsal koruma mekanizmaları işletilmek yoluyla stratejik olarak faydalanılması mümkündür. Toplumsal muhalefetin çeşitli alanlarında, kadın hareketi, çevre hareketi ve son dönemde yoğunlaşan biçimde köylü hareketi bunu başarılı bir şekilde yapmakta⁵², insan hakları söylemi halen ve güncel olarak “Global Güney”in⁵³ direnişinde temel teşkil etmektedir.

Karşı-hegemonya mücadelesinde Gramsci’nin kavramsallaştırmasıyla yeni bir hukuki “sağduyu”yu yerleştirmek için Boaventura de Sousa Santos,

⁵¹ Kristal-İş eğitim uzmanı Aziz Çelik’le görüşme, 7 Mayıs 2009.

⁵² Bkz. Alan E. Boyle (Editor), Michael R. Anderson (Eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford University Press, 1998; Elisabeht Friedman, “Women’s Human Rights: The Emergence of a Movement”, in *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, J. S. Peters - Andrea Wolper (Eds), Routledge, 1994, ss.18-35; Rebecca J. Cook, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, No. 2 (May, 1993), ss. 230-261; A-A. Desmarais, Peasants Speak: “The Via Campesina: Consolidating an International Peasant and Farm Movement”, *Journal of Peasant Studies*, Vol.29, No:2 January 2002 , ss. 91 - 124

⁵³ Boaventura de Sousa Santos tarafından oluşturulan “Global Güney” kavramı informal sektörde çalışanlar başta olmak üzere emekçiler, göçmenler, marjinalize edilmiş toplulukların mensupları, yerli toplulukları kapsar. Buradaki “güney” kavramı coğrafi bir belirleme amacı olmaksızın ekonomik, etnik, ırka veya cinsiyete dayalı her çeşit tahakküm şeklini ifade eder ve sanayileşmiş devletlerin ülkelerinde yaşayan “iç Güney” i (*inner South*) de kapsar. (Bkz, B. de Sousa Santos – César A. Rodriguez-Garavito, “Law, Politics, and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization”, in *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, B. de Sousa Santos – César A. Rodriguez-Garavito (Eds.), Cambridge University Press, 2005, ss. 2 ve 14.)

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

hukuka aşağıdan yukarıya bir bakışla “subaltern kozmopolitizm” olarak adlandırdığı yeni bir yaklaşımı önermektedir. “Subaltern kozmopolitizm” yukarıdan aşağıya kozmopolit modellerden dışlanan ezilmişlerin ihtiyaçlarını karşılayacak yeni bir model ve neo-liberal küreselleşmeye karşı mücadele ve direnişi kapsayan ve besleyen hukuki bir çerçeve, hukuk temelli bir strateji olarak tanımlanmaktadır. Bu yaklaşımda insan hakları merkezi bir öneme sahiptir, hak temelli bir politik mobilizasyon öngörülür. Ancak diğer kozmopolit modellerden farklı olarak bireysel hakların yanı sıra ve bunların ötesinde kolektif haklar ve dayanışma hakları temel teşkil eder. Ayrıca subaltern kozmopolitizm, hukuku ve hakları politik mücadele içinde direniş stratejileri olarak kurgular, onları siyasileştirir. İnsan hakları söylemi ayrıca hegemonya karşıtı uluslararası hukukun geliştirilmesi ve güçlendirilmesi için de temel teşkil etmektedir⁵⁴.

Küreselleşmenin en önemli sonuçlarından biri emekçilerin korumasız ve savunmasız bir konuma sürüklenmesi, örgütlenmiş işgücünün siyasi etkisinin ve ekonomik pazarlık gücünün giderek azalmasıdır⁵⁵. Çalışma süreleri ve kazançlar istikrarsız hale gelmekte, işçilerin ulusal sınırların ötesinde birbiri yerine kolayca ikame edilebilir olması pazarlık güçlerini büyük ölçüde azaltmaktadır⁵⁶. Küreselleşme genel olarak sendikalaşan orta vasıflı ve vasıfsız işçilerin ücretlerini ve istihdam beklentilerini düşürmektedir. Sonuç olarak sermaye hareketliliği sendikaları zayıflatmakta, işverenleri ise güçlendirmekte, ayrıca iş ve sanayi ilişkileri sistemlerinin deregulasyonuna ivme kazandırmaktadır⁵⁷.

Çalışan hakları bu şekilde gerilerken, insan hakları söylemi diğer yandan uluslararası mali kurumlar tarafından yükseltilmektedir. Özellikle özel mülkiyet ve fikri mülkiyet hakları ve sermayenin özgürlükleri temelinde hegemonik insan hakları söylemi uluslararası sermayenin yatırımları güvenceye alacak, imtiyazlarını koruyacak güvenli ve istikrarlı bir hukuki düzenin tesisi için bu

⁵⁴ Bkz. Balakrishnan Rajagopal, “Counter-hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy”, *Third World Quarterly*, Vol.27, No:5, 2006, s.769-775.

⁵⁵ Alpaslan Işıklı, *Yeni Ortaçağ*, İmge Kitabevi, 2. Baskı, 2009, ss. 141-144.

⁵⁶ Dani Rodrik, “Has Globalization Gone Too Far?”, in David Held – Anthony McGrew (Edited by), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Polity, 2nd Edition, 2003, ss.379-380)

⁵⁷ (Duane Swank, “The Effect of Globalization on Taxation, Institutions, and Control of the Macroeconomy”, in David Held – Anthony McGrew (Edited by), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Polity, 2nd Edition, 2003, s.410)

kurumların az gelişmiş ülkelere uyguladıkları politikaların bileşenlerinden biri haline gelmektedir⁵⁸.

Emek hareketinin bu noktada insan hakları söylemi ve uluslararası insan hakları mekanizmalarını kullanması politik ve hukuki olarak hegemonya karşıtı özellik taşımaktadır. Zira işçi sınıfının itici gücüyle kazanılmış ekonomik ve sosyal hakları neo-liberal küreselleşme sürecinde yaşanan deregulasyon ve güvencesizleştirmeye karşı muhafaza etmek, yaşanan hızlı yitim sürecine karşı direnmek açısından insan hakları söylem ve araçları önemlidir.

Türkiye’de son yıllarda emek hareketi tarafından uluslararası insan hakları sözleşmelerine bu anlamda atıflar çoğalmakta, uluslararası insan hakları metinleri söylem bazında da olsa bir direniş aracı olarak giderek daha fazla kullanılmaktadır. Ancak ihlal vakaları üzerinden bu sözleşmelere ilişkin uluslararası koruma ve kontrol mekanizmaları çalıştırılmamakta, bu yönde başvuru yapılmamaktadır.

Davaların genelde sosyal hareketler ve özelde sendikalar tarafından bir mücadele aracı, stratejisi olarak kullanılması, mücadelenin politik içeriğine sekte vurduğu ve mücadele üzerinde parçalayıcı etkisi olduğu yönünde eleştiriler almaktadır. Oysa önemli sorun alanlarında temsil edici vakalar seçilip bunlar üzerinden uluslararası merciler önünde dava yürütülmesi stratejik olarak gayet anlamlıdır. Davaya ayrılacak ekonomik kaynaklar ve zaman açısından her bir ihlal için olmasa da bu çeşit “test vakalar” için başvuru yapılması ve uluslararası mekanizmaların çalıştırılması düşünülebilir. Bu durumda kazanılan davalar da sadece tekil ihlal vakası açısından bir başarı değil, emek hareketi açısından stratejik bir kazanım teşkil edecektir.

Türkiye’de çalışan hak ihlallerinin yaygın olarak sürmesinin sebebi, pek çok noktada ulusal mevzuatın bu ihlalleri önlememesi veya ihlal halinde yeterli giderim sağlamıyor olmasıdır. Bu durum dikkate alındığında, aslında emek örgütlerinin uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarına başvurusu, bunları işletmesi noktasal olarak söz konusu vakadaki hak ihlalini önlemenin yanı sıra ve ondan öte, orta ve uzun vadede Türkiye’de bir mevzuat değişikliği tetikleme ve zorlama potansiyeli nedeniyle de önemlidir.

⁵⁸ Yasemin Özdek, “Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kısılcığında İnsan Hakları”, in Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Yasemin Özdek (Editör), TODAIE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2002, s.34.

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

“Aşağıdan yukarıya küreselleşme”⁵⁹ diye adlandırılan hareket içinde yer alan muhalif toplumsal hareketler, hukuku hem direniş stratejisi, hem de genel rızayı sorgulamak, bozmak, onu alternatif küresel barış ve demokrasi imkânları için yeniden oluşturmak ve sağlamlaştırmak için karşı-hegemonya anlamında etkin bir teknik olarak kullanmaktadır. Söz konusu olan yoksulluk, eşitsizlik ve adaletsizliğe karşı giderek artan “kamusal öfke”yi bir politik mobilizasyon ve buradan hareketle küresel anlamda hukuku sorgulama, zorlama ve yeni norm yaratma yönünde bir imkân olarak kullanma stratejisidir⁶⁰.

Bu bağlamda Türkiye’deki emek örgütleri açısından, mevcut uluslararası insan hakları sözleşmeleri içinde koruma altına alınmış hakların ihlali halinde uluslararası koruma ve takip mekanizmalarını işletmek, bu usuller içinde bireysel şikâyetler üzerine çalışan komite, komisyon ve mahkemeleri karşı-hegemonya mücadelesinde politik bir alan olarak kullanmak mümkün ve anlamlıdır.

Bunun ötesinde denetim mekanizmalarının kullanımı, uluslararası ve bölgesel mahkemeler önündeki davaların artmasıyla, mahkemeler önüne getirilen vakalar sadece bireysel bir uyumsuzluğun çözülmesi veya hak ihlalinin giderilmesi açısından değil, çalışan hakları alanında kavramların yeniden kurgulanması, içeriklerinin yeniden şekillendirilmesi, Gramsci’nin terminolojisiyle söyleyecek olursak hegemonyaya temel sağlayan “sağduyu”nun gündelik yaşamsal pratikler içinde dönüştürülmesi açısından önemlidir.

Daha önce de vurgulandığı gibi hegemonya dinamik ve ilişkiseldir. Değişen koşullarda yenilenmesi, savunulması ve değişikliğe uğratılması gerekir. Bu anlamda karşı-hegemonya da yeni sosyal ve ekonomik koşullar arka planında yürütülen dinamik bir siyasal ve hukuki yeniden anlamlandırmanın ürünü olacaktır. Bu noktada emek hareketinin insan hakları söylem ve uluslararası mekanizmalarından yararlanması, kazanılmış hakların muhafazası ve yerine getirilmesinin ötesinde küreselleşme gerçeğinde emekçiyi koruyacak

⁵⁹ Kavramın ilk kullanımlarından biri ve içeriği ile ilgili bilgi için bkz. Richard Falk, “Resisting ‘Globalization-from-above’ Through ‘Globalization-from-below’”, *New Political Economy*, Vol.2, No:1, 1997. “Aşağıdan yukarıya küreselleşme” açısından hukukun ve özellikle uluslararası hukukun yeri ve rolü için bkz. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, B. de Sousa Santos – César A. Rodríguez-Garavito (Eds.), Cambridge University Press, 2005.

⁶⁰ Andreas Fisher-Lescano, “Global Constitutional Struggles: Human Rights Between Colère Publique and Colère Politique”, in *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Wolfgang Kaleck – Michael Ratner – Tobias Singelstein – Peter Weiss (Eds), Springer, 2007, ss.27-28.

yeni direniş formları, hukuki yaklaşımlar ve hukuki yapıların inşası açısından da temel teşkil edecektir.

KAYNAKÇA

1. Perry Anderson, *Gramsci: Hegemonya, Doğu-Batı Sorunu ve Strateji*, Salyangoz Yayınları, 2007
2. Antonio Gramsci, *Hapishane Defterleri*, Belge Yayınları, 5.Bası, 2007
3. Norberto Bobbio, “Gramsci ve Sivil Toplum Kavramı”, in *Sivil Toplum ve Devlet: Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar*, John Keane (Der.), Ayrıntı, 1993
4. Terry Eagleton, *İdeoloji*, Ayrıntı, 2. Basım, 2005.
5. Serpil Sancar, *İdeolojinin Serüveni: Yanlış Bilinç ve Hegemonyadan Söyleme*, İmge Kitabevi, 2.Baskı, 2008.
6. Bkz. Gülnur Acar-Savran, *Sivil Toplum ve Ötesi: Rousseau, Hegel, Marx*, Belge Yayınları, 2003.
7. Yasemin Özdek, “Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskaçında İnsan Hakları”, in *Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları*, Yasemin Özdek (Editör), TODAIE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2002, ss.1-44.
8. Alpaslan Işıklı, *İş Hukuku*, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1999.
9. Alpaslan Işıklı, *Yeni Ortaçağ*, İmge Kitabevi, 2. Baskı, 2009.
10. David Held – Anthony McGrew (Edited by), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Polity, 2nd Edition, 2003.
11. Neil Stammer, “Social Movements and the Social Construction of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol.21.
12. Alan Hunt, “Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies”, *Journal of Law and Society*, Vol.17, No:3, Autumn 1990.
13. Mohammed Bedjaoui, “The Right to Development”, in *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui (General Editor), Unesco Publication, Paris, 1991.
14. Ayşen Ustubiç, *Export-Processing Zones and Gendering the Resis-*

İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya

tance: “Women’s Strike” in Antalya Free Zone in Turkey, LSE, Gender Institute, New Working Paper Series, Issue 24, March 2009.

15. William Milberg - Matthew Amengual, *Economic development and working conditions in export processing zones: A survey of trends*, International Labour Office, Geneva, 2008.

16. John Gerard Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 4, 2007, ss. 819-840.

17. Petrol-İş, *Novamed Grevi: Küresel Sermayeye Karşı Küresel Kadın Dayanışması*, Mart 2008.

18. John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5, 7 April 2008.

19. M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş 6.Bası, Legal Yayıncılık, 2007.

20. Mesut Gülmez, “İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAIE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000.

21. Mesut Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, *Çalışma ve Toplum*, 2005/1, ss. 41-56.

22. Mesut Gülmez, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sözleşmelerini Onay Politikası: 1990 sonrası”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAIE, Cilt: 21-22, 1999-2000.

23. Alan E. Boyle (Editor), Michael R. Anderson (Eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford University Press, 1998.

24. İlyas Doğan, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Yeni İnsan Yayınevi, 2008.

25. Elisabeht Friedman, “Women’s Human Rights: The Emergence of a Movement”, in *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, J. S. Peters - Andrea Wolper (Eds), Routledge, 1994, ss.18-35.

26. Rebecca J. Cook, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, No. 2 (May, 1993), ss. 230-261.

27. A-A. Desmarais, Peasents Speak: “The Via Campesina: Consolidating an International Peasant and Farm Movement”, *Journal of Peasant Studies*, Vol.29, No:2 January 2002 , ss. 91–124

28. B. de Sousa Santos – César A. Rodriguez-Garavito (Eds.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, 2005.

29. Balakrishnan Rajagopal, “Counter-hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy”, *Third World Quarterly*, Vol.27, No:5, 2006, ss.769-775.

30. Richard Falk, “Resisting ‘Globalization-from-above’ Through ‘Globalization-from-below’”, *New Political Economy*, Vol.2, No:1, 1997.

31. Andreas Fisher-Lescano, “Global Constitutional Struggles: Human Rights Between Colère Publique and Colère Politique”, in *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Wolfgang Kaleck – Michael Ratner – Tobias Singelstein – Peter Weiss (Eds), Springer, 2007.

32. Petrol-İş Kadın Sekreteri Necla Akgökçe ile görüşme, 20 Nisan 2009.

33. Petrol-İş Hukuk Danışmanı Serpil Aksakal’la görüşme 20 Nisan 2009.

34. Deri-İş Örgütlenme Uzmanı Nuran Gülenç ile görüşme, 26 Eylül 2009.

35. Kristal-İş Eğitim Uzmanı Aziz Çelik’le görüşme, 7 Mayıs 2009.

36. Türkiye Deri-İş Sendikası’nın 19.08.2008, 16.11.2008, 26.12.2008, 26.03.2009, 01.04.2009, 16.06.2009, 20.6.2009 ve 26.08.2009 tarihli basın açıklamaları.

TAKDİR YETKİSİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDA KULLANIMI VE YARGISAL DENETİMİ

Kadir KORKMAZ*

ÖZET

Yürüttüğü hizmetler nedeniyle idareye tanınmış olan bir takım yasal ayrıcalık ve üstünlükler, keyfi bir idari yönetimi amaçlamamakta, idari hizmetlerin çeşitliliğine bağlı olarak, idareye belirli sınırlar içinde hareket etme özgürlüğü tanıyarak, hizmetin en etkin biçimde yapılması, kamu yararının en üst düzeyde gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.

İdareye yasalarla tanınan bu ayrıcalık ve üstünlükler, yine aynı yasalar tarafından, hukuka uygun olup olmamaları açısından denetlemeye tabi tutulmak zorundadırlar.

Bir yandan bireysel hak ve özgürlüklerin korunması diğer yandan kamu hizmetinin yürütülmesi gerekliliği, her iki amaç arasında dengeli bir uyumun sağlanması zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler : Disiplin suçu, yargı yolu, idari işlem, takdir yetkisi

ABSTRACT

Some legal privileges and dominancy which were given to the governing authorities for the services that must be conducted, don't mean an unlawful governance, but according to the varieties of the governmental services it aims achieveing the public benefit at the highest level and the services be conducted in the best way by letting the government to act in the predetermined borders.

The privileges and dominancy that was given to the government by laws must undergo to the check of convenance to the law by the same laws.

The necessity of both protection of the individual human rights and freedoms and conducting the public services makes clear that a balanced harmony must take place between the two needs mentioned.

Key Words : Discipline crime, judicial assurance, administrative proceeding, sole discretion

* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

I. GİRİŞ

Kamu hizmetlerini yürütmekle yetkili ve yükümlü olan idareye kamu kudretinden kaynaklanan bir takım üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Bu üstünlük ve ayrıcalıklarla donanmış ve kamu hizmetini yürütmek için bir takım kararlar almak ve işlemler yapmak durumunda olan idare, özel hukuk ilişki ve işlemleri dışında, kamu tüzel kişiliğine sahip olma ve mevzuat tarafından açıkça yetkilendirilmesine bağlı olarak, kamu kudretinden yararlanarak bir takım idari işlemler yapmaktadır¹.

Kamu hizmetlerinde meydana gelen nitelik ve nicelik artışına paralel olarak, bu hizmetleri yürütmek için gerekli organizasyon, personel, eylem ve işlemlerin artışı sonucu, büyüyen ve yayılan bu etkinliğin kontrol altına alınması ve denetlenmesi her geçen gün daha büyük önem arz etmektedir.

Kamu hizmetini yürütmek için kurulan organizasyonlar doğal olarak, bir miktar personelin bir araya gelmesini ve bu personelin kurumsal kimlik altında belirli bir düzen içinde kamu hizmetlerini yürütmesi sonucunu doğuracaktır. Kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında kamu çalışanlarının, gösterdikleri başarı ya da başarısızlıkla kamu hizmetlerinin aksamada veya kurumsal kimliğe uygun olmayan hal ve hareketlerinin varlığı halinde, bir takım yaptırımlara uğraması kaçınılmazdır.

Yönetim pozisyonunda yer alan kişilerce yönetilenlere karşı uygulanan yaptırım nitelikli disiplin kurallarının denetlenebilir olması ya da denetim ölçüsünün ne düzeyde olduğu, genel olarak, yönetimin hukuksallığının bir göstergesidir.

II. TAKDİR YETKİSİNİN ANLAM, KAPSAM VE AMACI

İdari işlemlerin, yasal olarak yetkilendirilmiş kişilerce, yasal esaslar dahilinde yapılabilme yeteneği olarak tanımlanabilecek *yetki*, kamu düzenine ilişkin olup, kişilere değil, işgal edilmiş pozisyonlara tanınmış bir haktır².

İdareye tanınan yetkiler bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere iki grupta toplanır. İdarenin belli bir şey yapması ya da belli bir davranışta bulunması kesin bir biçimde emredilmiş ise, bu durumda “bağlı yetki”den söz edilir.

¹ ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 343, 344.

² ATAY, *İdare...*, s. 372.

Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi

İdareye belli bir davranışta bulunurken ya da belli bir görevi yerine getirirken az ya da çok bir hareket serbestisi tanınmış ise “takdir yetkisi”nden söz edilir. Takdir yetkisinde, idarenin elinde birden çok çözüm yolu vardır³. Yani, bu durumda idarenin takdir yetkisine sahip olduğundan bahsedebilmek için; ortaya çıkan bir olay karşısında idarenin nasıl bir yol izleyeceğinin mevzuatta ayrıntılı olarak gösterilmemiş olması, sorunun çözümünde kanunen birden fazla yolun bulunması ve işlemi yapabilecek idarenin bu çözümlerden dilediğini seçme hakkına sahip olması gerekir⁴.

İdarenin kamu hizmetlerini nasıl yerine getireceğini, alacağı kararların içeriğini yasalarla önceden saptama olanağı yoktur. İdareye belli konularda takdir yetkisi tanımak, görevlerinin niteliği yönünden zorunludur. Yasa koyucu, idarenin görev ve yetkilerini belirlerken idareyi, bazı yetkileri kullanıp kullanmamada, bu yetkilerin kullanılmasının gereklerini saptamada az ya da çok serbest bırakabilir. Bu gibi durumlarda takdir yetkisinden söz edilir. İdare kendisine tanınan bu yetkiyi, yasaların gösterdiği sınırlar içinde ve kamu yararı için kullanmak zorundadır⁵.

İdareye belli konularda takdir yetkisinin tanınması, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdare takdir yetkisini kullanırken; yasanın koyduğu sınırlar içinde kalmalı, eşitlik ilkesine önem vermeli, kamu yararını gözetmeli, hizmetin gereklerini göz önüne almalı, gerekçe göstermeli ve eğer yasalar özel koşullar öngörmüş ise bunlara da uymalıdır⁶.

Kural olarak, idari işlemin yetki, şekil, usul ve amaç unsurlarında takdir yetkisinin olamayacağı genel kabul görmektedir. Her şeyden önce yetki unsuru, kamu düzenine ilişkin olduğu ve mevzuatta açıkça öngörüldüğü için, takdir yetkisine konu olmaz. Şekil ve usul esaslarının öngörüldüğü durumlarda, hukuki güvenliğin ön görülmesine ve yönetilenlerin hak ve hürriyetleriyle ilgili olmasına bağlı olarak, takdir yetkisi yine söz konusu değildir. İdari işlemin tek ve yegane maksadının kamu yararını gerçekleştirmek olması durumu da maksat unsurunda takdir yetkisinin kullanılamayacağını⁷ açıkça ortaya koyar.

³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 332, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetimsel Yargı, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 240, ATAY, İdare..., s. 399, 400.

⁴ ATAY, İdare..., s. 403.

⁵ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim..., s. 332, ATAY, İdare..., s. 399, 400, ALPAR, Erol, Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları No: 52, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 19, 20, 54, GÖZÜBÜYÜK, Yönetimsel..., s. 240.

⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim..., s. 333, GÖZÜBÜYÜK, Yönetimsel..., s. 240, ATAY, İdare..., s. 402, 403.

⁷ ATAY, İdare..., s. 403, 404, ALPAR, a.g.e., s. 28, GÖZÜBÜYÜK, Yönetimsel..., s. 241.

Kadir KORKMAZ

Eğer idari işlemin sebebi mevzuat tarafından açıkça belirlenmiş ise, bu durumda da idarenin takdir yetkisi olamayacağı açıktır. Örneğin, DMK 125. maddede yazılı olan suçlar işlendiğinde karşılığında belirlenen cezaların verilmesi takdir yetkisinin dışında kalan bir durumdur. Ancak, bazı durumlarda işlemin sebep unsuru açıkça belirtilmemişse ya da sebep olarak kullanılan ifade belirsiz ya da geniş anlam içeriyorsa, idarenin takdir yetkisinden söz edilebilir⁸.

AK Bakanlar Komitesi 1980 tarihli bir tavsiye kararında takdir yetkisinin uygulama alanı bakımından idari işlemi; gerçek ve tüzel kişilerin hak, özgürlük ve çıkarları üzerinde doğrudan etkide bulunabilecek, kamu gücüne dayalı, bireysel nitelikte her karar ve tedbir biçiminde, takdir yetkisini ise, herhangi bir idari kararın alınışında, çeşitli hukuksal çözümler arasından idareye elverişli görünen birinin seçimi⁹ olarak tanımlamıştır.

Aynı tavsiye kararında, idarenin; takdir yetkisiyle kendisine tanınan amaç dışında bir amaç gütmemesi, nesnellik ve yansızlık içinde olaya uygun verileri göz önünde tutması gerekliliğine ek olarak, yasa önünde eşitlik ilkesi gereği, hiçbir ayrımcı uygulama yapmaması, kişilerin hak, özgürlük ve çıkarları ile izlenen amaç arasındaki dengeyi koruması ve her olayın özelliklerini göz önünde tutarak, konulmuş bulunan uygulama ilkeleriyle tutarlı hareket etmesi¹⁰ tavsiye edilmiştir.

Yine aynı kararda, idarenin; takdir yetkisinin kullanımı konusunda kabul ettiği ölçülere aykırı olarak bireysel hak ve çıkarları zedeler nitelikte bir işlem yaptığı takdirde ilgiliye gerekçesini bildirmesi ve takdir yetkisine giren işlemlerin yargısal yönden ya da bağımsız bir organ tarafından denetime açık olması¹¹ zorunluluğu belirtilmiştir.

III. DİSİPLİN HUKUKUNDA TAKDİR YETKİSİ VE UYGULANMA USUL VE ESASLARI

Memur ve kamu görevlilerinin çalıştıkları kurum içinde statülerinden kaynaklanan görev ve yükümlülüklerine uymaları ve çalışma ortamını bozmamalarının sağlanması ve devletin saygınlığının korunması Disiplin Hukukunun

⁸ ATAY, İdare., s. 404, GÖZÜBÜYÜK, Yönetmel., s. 242.

⁹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim., s. 335.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim., s. 335.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim., s. 335.

Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi

amacıdır¹². Disiplin cezaları ile korunmak istenen hukuki değer, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak kamusal çalışma düzeninin korunmasıdır¹³.

İdari cezalar, idari düzenin sağlanmasına yönelik olarak, idari düzene aykırı davranışlar için uygulanan cezalardır. İdari cezalar, önceden yayınlanmış bir hukuk kuralına dayalı olup bir yasal dayanağa sahiptirler. İdari cezalar, ceza hukukunca düzenlenen cezalardan ayrı olup idari kararlarla verilirler¹⁴.

Memurlara ilişkin disiplin işleri, genel olarak, DMK ile düzenlenmiştir. Disiplin suçları DMK'nun 125. maddesinde sayma yolu ile belirtilmiştir. Aynı maddede disiplin cezaları da ağırlık derecelerine göre; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olarak sıralanmıştır.

Disiplin cezasını gerektirecek davranışlar ve bu davranışlara uygulanacak disiplin cezalarının önceden belirlenmiş olmaları ilkesi uyarınca DMK'nun 125. maddesi, devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektirecek fiil ve halleri sayma yoluyla belirtmiştir.

DMK 126. maddeye göre; memurlara verilebilecek cezalardan uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amirler tarafından, devlet memurluğundan çıkarma cezası ise; amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararıyla olur.

İdarenin teşkilat yapısı ve faaliyetleri çok çeşitli ve değişken nitelik arz etmesi ve disiplin cezası gerektirecek tüm fiil ve durumların yasadaki belirlenmesinin çok güç ve hatta imkansız olmasına bağlı olarak 657 sayılı DMK, yer yer genel suç tanımlarına yer vermiş ve bu surette idareye suçun tanımlanması konusunda takdir yetkisi tanımış ve 125. maddede idareye genişletici yorum yetkisi tanımak suretiyle, yasadaki tanımlar arasında yer almayan "benzer" fiil ve durumların da disiplin suçu kapsamına alınmasına olanak sağlamıştır¹⁵.

¹² ATAY, İdare..., s. 758.

¹³ LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara 2003, s. 8, TAŞKIN, Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 125.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim..., s. 338.

¹⁵ LİVANELİOĞLU, a.g.e., s. 26, 27.

Kadir KORKMAZ

Bu hüküm, idarenin yeni bir hukuk kuralı yaratması anlamına gelmeyip, yasa koyucunun gerçek iradesine uygun olarak, disiplin suçu oluşturacak nitelikte olduğu halde kanunda tam olarak ifade edilemeyen ancak kanunda ifade edilenlerle benzer nitelik ve ağırlıkta olan fiillerin de cezalandırılmasını amaçlamakta olup Danıştay'ın düşüncesi de bu yoldadır¹⁶. Bu durumda idareye, disiplin suçunun tanımlanması konusunda, kısmi bir takdir yetkisi verilmiş olmaktadır. Ancak, bu durum da kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁷.

Disiplin suçlarında soruşturma yapılıp yapılmaması konusunda Danıştay'ın birbiriyle çelişkili kararları mevcuttur. Danıştay bazı kararlarında soruşturma yapılmadan ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde karar vermesine rağmen bazı kararlarında da, savunma alınmış olmasının soruşturmanın yapılmış olduğu anlamına geleceği ve verilen cezanın hukuka uygun olduğu yönünde kararlar vermiştir¹⁸.

Burada asıl önemli olan, işlenen disiplin suçunun kanıtlanabilir olmasıdır. Her koşulda soruşturma gerekliliği öngörmek hem pratik hem de uygun olmayabilir. Soruşturma yapılıp yapılmayacağına ya da savunma alındıktan sonra ne derece ileriye gidileceği konusunda disiplin amirine takdir yetkisi tanımak, yargı yolu açık olduğu sürece, en doğru çözüm yolu olarak görülmektedir¹⁹.

DMK 137-145. maddelerinde düzenlenen görevden uzaklaştırma; hakkında disiplin soruşturması yürütülen memurun “kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde” 3 ayı geçirmeyecek biçimde görevinden uzaklaştırılabileceğini öngörmekte ve bu konuda amire takdir yetkisi vermektedir. Ayrıca, hakkında soruşturma yürütülen devlet memurunun soruşturmaya konu olan fiillerinin, hizmetlerine devama engel olmadığı hallerde, görevden uzaklaştırma tedbirinin her zaman kaldırılabileceğini belirtmektedir. Burada, gerek “kamu hizmetinin gerektirdiği haller” in ve gerekse “hizmete devama engel olmayan hallerin” neler olduğunun yasada tam olarak açıklanmamış olması amirin her iki konuda da takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

¹⁶ LİVANELİOĞLU, a.g.e., s. 28.

¹⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, GÜHFD, C. 7, Sy. 1-2, Yıl Haziran-Aralık 2003, s. 249, 250.

¹⁸ LİVANELİOĞLU, a.g.e., s. 68, TAŞKIN, a.g.e., s 270.

¹⁹ Benzer doğrultuda düşünce için bkz. TAŞKIN, a.g.e., s.270.

Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi

Disiplin amiri ya da disiplin kurulları, DMK 125. madde uyarınca, disiplin cezasının türünün belirlenmesinde fiilin ağırlığı ve durumun niteliğine göre, bahse konu suça verilecek cezanın bir alt derecesindeki cezayı vermek konusunda takdir yetkisine sahiptirler. Burada, disiplin suçu işleyen kamu görevlisinin hizmet safahatı, sicil durumu, amirinin kanaati ve olayın oluş biçimine göre bir değerlendirme yapılmak durumundadır²⁰. Burada yasa idareye takdir yetkisi vermekte ancak, bu takdir yetkisini belirli koşullara bağlamaktadır. Bu durumda, takdir yetkisinin gereği gibi kullanılıp kullanılmadığı ve gerekçesi yargı denetimine tabi olacaktır²¹. Memurun iyi halli olması durumunda, işlediği disiplin suçu konusunda amire bir alt derecede cezayı uygulamada takdir hakkı tanıyan yasal düzenleme tekerrür durumunda, “bir derece ağır ceza verilir” diyerek, takdir hakkı tanımamaktadır.

IV. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİNİN ESASLARI

Anayasanın 125/4 ve İYUK’ nun 2/2. maddelerinde açıkça öngörüldüğü biçimde, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda, yargı denetiminin yapılamayacağı kabul görmekle birlikte, takdir yetkisine dayalı işlemin amaç unsurunda bir sakatlık olup olmadığı yargı denetimine dahildir²².

Disiplin hukukunda, DMK’nun 135. maddesi uyarınca; disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir. Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.

DMK’nun 135. maddesindeki bu düzenleme Anayasamızın 129. maddesindeki düzenlemeyle uyumludur. Anayasamızın 129. maddesinde yer alan “Uyarı ve kınama cezaları dışındaki disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapatılamaz.” hükmü “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.” hükmündeki 125. maddesinin istisnasını oluşturur. Ayrıca, burada “uyarma ve kınama cezaları dışındaki” ifadesi, bu cezalara karşı yargı yolunun kapalı olduğunu değil, idarenin takdirine bağlı olarak yargı yolunun kapatılabileceğini öngörmektedir. Doğal olarak da bu düzenleme yasa ile yapılmak durumunda. Bu durumda, disiplinle ilgili herhangi bir yasa ya da yönetmelikte “uyarı ve kınama cezaları için yargı yoluna başvurulamaz” türü bir ifade ya da “uyarı

²⁰ ATAY, İdare..., s. 762, 766, LİVANELİOĞLU, a.g.e., s. 51, TAŞKIN, a.g.e., s. 162.

²¹ LİVANELİOĞLU, a.g.e., s. 52, TAŞKIN, a.g.e., s. 162.

²² ATAY, İdare..., s. 405.

ve kınama cezaları için hiyerarşik itiraz yolu dışında başka bir itiraz ya da yargı yolu kullanılamaz” ifadesi yoksa, ya da hiçbir belirleme yapılmamışsa, uyarı ve kınama cezaları için de yargı yoluna gidilebilir. Çünkü, Anayasanın 129. maddesi, uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu değil, kapatılabileceğini buyurmaktadır. Bu kuralın konulup konmaması da idareye tanınan bir takdir yetkisidir.

Ancak, Anayasanın 129. maddesine uygun olarak DMK’nun 135. maddesiyle getirilen “uyarı ve kınama” cezalarının yargı denetimi dışında tutulması yönündeki düzenleme; bazı yazarlar tarafından Anayasamızın hukuk devleti ilkesi ve 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle²³, diğer bazı yazarlar tarafından ise, keyfiliğe ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına yol açabileceği gerekçesiyle²⁴, eleştirilmektedir.

Aslında, uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı kuralına karşı getirilen eleştirilerin pek de haklı olduğu kanısında değiliz. Her şeyden önce, bu cezaların verilmesinin öngörüldüğü suçlar, mesleğine girerken namus ve şerefi üzerine yemin etmiş bir kamu görevlisi için, hiç de basite alınacak suçlar değildir. Ayrıca, söz konusu cezalar memurun fiziksel ya da maddi varlığına yönelik bir yaptırım içermeyip sadece manevi ya da sosyal bir yaptırım gibi değerlendirilebilirler. Yani burada, önemli görülebilecek suçlara karşı basit kabul edilebilecek cezalar öngörülmektedir. Ek olarak, memurluğun belirli bir statü olması ve zorunlu bir seçim olmamasına bağlı olarak, belirli olumsuzlukların doğabileceği öngörüsünde bulunabilmek, her kamu görevlisinden beklenmesi gereken bir olgunluktur. Tabii ki, yönetsel yargı yerlerinin iş yükünde meydana gelecek değişimi burada belirtmeyi gereksiz buluyoruz. Ayrıca, bu cezalara karşı itiraz yolunun açık olması ve örneğin yetki gaspı, şekil eksikliği vb., durumlarda yargı yoluna gidilebilmesi, bu eleştirilerin etkisini hafifletmektedir. Her şeye rağmen, disiplin amirleri tarafından tek başına verilen cezaların bir kurul tarafından verilmesi yönünde yapılacak bir düzenlemenin hukuki güvenlik açısından daha yerinde bir uygulama olabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Aslında, uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilememesi hakkındaki eleştiriler, bu cezalara karşı “itiraz” yolunun açık olması karşısında kanaatimizce etkisini de yitirmektedir. Çünkü; yargı organının yaptığı hukuka uygunluk denetiminin karşısında itiraz makamı olan amir ya da disiplin kuru-

²³ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim..., s. 241, AKYILMAZ, a.g.m., s. 257.

²⁴ TAŞKIN, a.g.e., s. 177.

Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi

lu, yargı denetiminden farklı olarak; işlemin hukuka ve mevzuata uygunluğunun dışında, idari işlemin yerindeliliğini, hal ve koşullara uygunluğunu denetleyebilir, idari işlemi; değiştirebilir, düzeltebilir, geri alabilir ya da tamamen kaldırabilir²⁵. Doğal olarak, böyle bir argümanı geçerli görmemek, idari mekanizmanın baştan aşağı olumsuzluklar ve yasa dışılıklarla dolu olduğunu öngörmek anlamını da içinde barındırır ki, bu da kabul edilemez bir öngörüdür.

İdarenin takdir yetkisi, belirli sınırlar içinde kullanılması gereken bir yetki olup yargı denetimine tabidir. Yargı denetimi, idari takdir yetkisinin; yasaların öngördüğü sınırlar içinde kalıp kalmadığı, hukuka aykırı bir tutum ve davranışı içerip içermediği ve kamu yararı için kullanılmış olup olmadığı yönünden, kısıtlı bir biçimde yapılır²⁶. Bu kısıtlı denetimin gerekçesi Anayasamızın 125. maddesinde yer alan, yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğunu ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak bir karar verilemeyeceği hükmünde yer alır.

İdarenin takdir yetkisini, keyfi işlem yapabilme ya da davranışta bulunabilme aracı olarak görmeyip, işlem tesis etme sürecinde gerekli inceleme ve araştırmaları yapıp olumlu bir kanıya ulaşıldığında, kanısını somut olarak destekleyen olgularla birlikte kullandığı ve bu yetkiyi kullanırken, hukukun evrensel ilkelerine ve anayasal ilke olan eşitlik ilkesine uygun davrandığı kabulü altında idari yargı, takdir yetkisini, “sadece işlemin amaç unsuru bakımından, kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygunluk açısından denetleyecektir²⁷”.

Kendisine takdir yetkisi tanınan durumlarda yönetim, çeşitli çözüm yollarından hangisini seçerse seçsin, hukuka uygun davranmış olacağından, seçilen bu çözüm yolunun uygun olup olmadığını denetlemek, yargının “yerindelik” denetimi yapması sonucunu doğuracağından ve hukuka aykırı olacağından, yargının denetimi, yönetimin takdir yetkisinin sınırlarını aşp aşmadığı ile ilgili olmak zorundadır²⁸.

Yönetimin, takdir yetkisinin sınırlarını aşp aşmadığı ya da yetkisini hukuka uygun biçimde kullanıp kullanmadığının saptanabilmesi için yargı organının; idari işlemin yetki ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp ya-

²⁵ ALPAR, a.g.e., s. 38.

²⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim..., s. 334.

²⁷ ATAY, İdare..., s. 406.

²⁸ ALPAR, a.g.e., s. 36, 37.

pılmadığı, yetki veren yasa hükmüne aykırılık olup olmadığı, eşitlik ilkesine uyulup uyulmadığı, yetki saptırmasının olup olmadığı, gerekçe gösterilip gösterilmediği, gösterilen gerekçenin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı ya da gerekçede gösterilen olayların nitelendirilmelerinin yanlış yapılıp yapılmadığını araştırması gerekmektedir²⁹. Bir diğer ifadeyle, disiplin kararlarının yargısal denetimi yapılırken; memurun işlediği eylemin maddi olarak meydana gelip gelmediği, söz konusu eylemin disiplin suçu teşkil edip etmediği, eylemin suçlanan memur tarafından işlenip işlenmediği, memurun eylem anında cezai ehliyetinin olup olmadığı, uygulanan disiplin cezasının suça uygunluğu, cezanın adalet, insaf ve ölçülülük ilkelerine göre kabul edilebilirliği ve sonuç olarak yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olup olmadığı³⁰ araştırılmalıdır.

V. SONUÇ

İdarenin kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yürüttüğü kamu hizmetleri ve bu hizmeti yerine getirebilmesi için yapması gereken eylem ve işlemlerle yürütmesi gereken kurumsal faaliyetlerin, kamu hizmetlerinde oluşan artış, yenilik ve değişikliklere bağlı olarak, önceden tümüyle öngörülebilir olanağının bulunmaması nedeniyle, idareye, yasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla, takdir yetkisinin tanınması yaşamsal bir zorunluluktur.

Gerek idari hizmetlerin sağlıklı bir biçimde yürütülmesi gerekse kamusal hizmetleri yürüten kurum ve kuruluşların saygınlığı açısından, hizmetleri yürüten kamu personelinin, toplumun üyesi olmanın dışında, belirli bir kurumun üyesi olmak ve belirli bir kamusal hizmeti yürütüyor olmaları nedeniyle, uymaları gereken kurumsal kuralların ihlali durumunda bir takım yaptırımlara uğramaları da son derece doğaldır.

Kamu hizmetinin yürütülmesi maksadıyla idareye tanınan takdir yetkisinin, kamu personelinin işlediği disiplin suç ve cezalarında da, bir dereceye kadar, uygulanması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, idareye tanınan bu takdir yetkisinin, denetim altında bulundurulmadığı sürece, idareyi keyfiliğe sürükleyerek kişi hak ve özgürlüklerine zarar verebileceği tabiidir.

İdare üzerinde, idari mekanizma dışındaki bir organ tarafından uygulanan denetim yollarından en önemlisi olan yargısal denetimin, son derece etkili

²⁹ ALPAR, a.g.e., s. 37, 38.

³⁰ TAŞKIN, a.g.e., s. 367.

Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi

olmasına karşılık, son derece yavaş işlemesi ve kamu personeline sağladığı güven ve yarara karşılık idarenin işlerini ve kamu hizmetlerini yavaşlatması, kişisel yararla kamu yararı arasında bir denge oluşturulmasının zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Yine de idare eden, idare edilen ve denetim yapanların birer birey ve insan olmalarından hareket ederek, ne tür kurallar getirilirse getirilsin, insan kalitesinin yükseltilemediği sürece, sorunların süreceğini ön-görmenin yanlış bir çıkarım olmayacağı kanısındayız.

Kadir KORKMAZ

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar**, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, GÜHFD, C. 7, Sy. 1-2, Yıl Haziran-Aralık 2003.
- ALPAR, Erol**, Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları No: 52, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- ATAY, Ender Ethem**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetimsel Yargı, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- LİVANELİOĞLU, Ömer Asım**, Memur Disiplin Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara 2003.
- TAŞKIN, Ahmet**, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRKİYE: BAZI RAKAMLAR VE GERÇEKLER

Yrd.Doç.Dr.Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

Özet

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzaya açılmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmeyi önemli kılan yer verdiği ve koruduğu insan hakları değil, Strasbourg’ta kurduğu koruma sistemidir. Koruma sisteminin amiral gemisi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) 1959 yılında kurulmuş ve kabul edilen çeşitli protokollerle birçok değişikliğe uğrayarak çok daha etkin bir hâle gelmiştir.

AİHM 1959-2009 yılları arasında toplam 12198 davayı karara bağladı. Bu kararların en büyük kısmı Türkiye ile ilgilidir. AİHM 1959 ve 2009 yılları arasında Türkiye ile ilgili toplam 2295 davayı karara bağladı. Bu davaların 2017’sinde Türkiye’nin Sözleşmenin en az bir maddesini ihlâl ettiğini, 46’sında herhangi bir ihlâlin olmadığını tespit etmiştir. 232 karar ise dostane çözüm ve diğer konulara ilişkindir.

Türkiye aleyhine verilmiş ihlâl kararları incelendiğinde, bu kararların büyük bir çoğunluğunun yargıyla ilgili olduğu görülür. Örneğin, ihlâl kararlarının yaklaşık üçte biri AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*” ile ilgilidir. Geri kalan ihlâl kararlarının çoğunun kaynağı yine yargıdır. Oysa demokratik bir toplumda yargının temel rolü insan haklarını korumak olmalıdır; ihlâl etmek değil. Bu çelişki mutlaka ortadan kaldırılmalıdır. Yapılması gereken şey bütüncül bir anlayışla uzun zamandır tartışılan Yargı Reformunu biran önce hayata geçirmektir.

Anahtar Kelimeler : AİHM, AİHM Raporları, İnsan Hakları ve Türkiye, Adil Yargılanma Hakkı, Yargı Reformu

(THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND TURKEY:SOME FACTS AND FIGURES)

Abstract

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(The European Convention on Human Rights) was opened for signature

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

in Rome on 4 November 1950 and entered into force in 3 September 1953. The Convention's importance lies not only in the scope of the human rights that it protects, but also in the system of protection established in Strasbourg. The European Court of Human Rights (ECHR) is the flagship of this protection system was set up in 1959. The structure and method of working of the ECHR has been changed by various protocols and it has become more effective.

Between 1959 and 2009, the ECHR adjudicated total 12198 cases. The highest number of judgments concerned Turkey. The ECHR adjudicated total 2295 concerned Turkey. 2017 of them judgments finding at least one violation, 46 of them judgments finding no violation, 232 of them related to friendly settlements judgment and other judgments.

When the data depending on violation judgments are analyzed, it is realized that the vast majority of these violation judgments is related to judiciary. For example; approximately one-third of these violation judgments is related to *“right to a fair trial”* which is taken under guarantee of the 6. article of the European Convention on Human Rights. The source of the most of the other violation judgments are judiciary. Whereas in a democratic society, the main role of the judiciary must be to protect human rights; not violate of them. For abolish this contradiction, judicial reform, which has being discussed for a long time, should be realized as soon as possible.

Key Words : ECHR, Reports of ECHR, Human Rights and Turkey, the Right to a Fair Trial, Judicial Reform

I.Giriş

İnsan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunmasında yeni bir dönem başlatan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, öngördüğü denetim mekanizması ile insan hakları alanında dünyada mevcut sözleşmelerin en gelişmiş ve etkili olanıdır¹. Çünkü Sözleşme öngördüğü denetim mekanizması ile bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı İnsan Hakları Mahkemesine başvurma olanağı vermiştir. Sözleşmenin öngördüğü denetim mekanizmasının en önemli ayağını teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kurulduğu tarihten bugüne kabul edilen Ek Protokollerle birçok değişikliğe uğrayarak çok daha etkin bir hâle gelmiştir.

¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A.-GÖZÜBÜYÜK, Şeref A.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.10.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

Her geçen gün çok daha fazla ilgi gören, hatta gördüğü bu ilgi nedeniyle aşırı yavaşlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli tarihlerde çeşitli vesilelerle yayımladığı raporlarla faaliyetlerine ilişkin bilgiler vermektedir. 2009 yılında 50. yılını kutlayan Mahkeme, bu vesilesiyle de bir rapor yayımlamıştır. “*50 Years of Activity*”² isimli bu Rapor diğer birçok devlet gibi Türkiye hakkında da çarpıcı bilgiler ve istatistiki veriler içermektedir. Söz konusu Raporda yer alan bilgi ve istatistiki veriler, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inşa sürecini anlamamızı kolaylaştırmakta, hem de bu Mahkeme nezdinde Türkiye’nin “*insan hakları karnesi*” hakkında çok net bilgilere ulaşmamıza ve kendimizle yüzleşmemize yardımcı olmaktadır. Bu yüzleşme yapılmadan sorunun kaynağının anlaşılması ve Türkiye’nin “*insan hakları karnesi*”nin düzeltilebilmesi mümkün değildir. Bu yüzleşmenin yapılmasına ve sorunun kaynağının ortaya konulmasına yardımcı olacağını düşündüğümüz bu çalışmada, yaklaşık elli yıllık bir geçmişe dayanan Türkiye-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilişkileri rakamlarla ortaya konulmuş ve sorunun kaynağına dikkat çekilmiştir.

II. İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal Düzeyden Uluslararası Düzeye Geçiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İnşa Süreci

İkinci Dünya Savaşı öncesinde, devletlerin kendi vatandaşlarına kötü davranması, onların temel hak ve özgürlüklerini ihlâl etmesi, ulusal egemenliği ilgilendiren bir iç hukuk sorunu olarak görülüyordu. Bu dönemde uluslararası hukukun öznesi sadece “*devletler*” olduğundan, bireylerin haklarının ihlâl edilmesi durumunda uluslararası kuruluşların ya da başka bir devletin devreye girmesi söz konusu değildi. Bir başka ifadeyle, insan hakları, “*ulus devleti*” ilgilendiren ve ulusal yargı yetkisine giren bir iç hukuk sorunuydu³. Ancak Marksist, Faşist ve Nasyonal-Sosyalist yönetim biçimlerin ve İkinci Dünya Savaşının neden olduğu şiddet, yıkım ve insan hakları ihlalleri, insan haklarının ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de tanınması ve korunması gerektiği düşüncesinin doğmasına yol açmıştır⁴.

² “*50 Years of Activity, The European Court of Human Rights Some Facts and Figures*” isimli Raporun İngilizce metni için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ACD46A0F-615A-48B9-89D6-8480AFCC29FD/0/FactsAnd Figures_EN.pdf>(24.02.2010).

³ **GÜLMEZ, Mesut:** Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s.20, 21; **UYGUN, Oktay:** “*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:20, Ankara, 2003, s.259; **ÜNAL, Şeref:** Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.266; **DONNELLY, Jack:** Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çeviren: Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s.241-244.

⁴ **GEMALMAZ, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Gi-

İkinci Dünya Savaşı sırasında, 1 Ocak 1942 tarihinde Washington'da, 26 devlet tarafından imzalanan⁵ Birleşmiş Milletler Bildirisinde(Declaration by United Nations)⁶, insan haklarının korunması, barış ve güvenliğin sağlanması için yeni bir uluslararası güvenlik sisteminin kurulması gereğine işaret edilmiştir⁷. Yapılan bir dizi uluslararası toplantıdan sonra, 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanan⁸ Birleşmiş Milletler Şartının(The Charter of the United Nations) "**Giriş**" kısmında, örgütün en önemli amaçlarından birinin insan haklarının korunması olduğu belirtilerek⁹ bu sistemin temeli atılmıştır¹⁰. Bu amaç doğrultusunda 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(The Universal Declaration of Human Rights)¹¹ ilân edilmiştir.

riş, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s.221; **KILINÇ, Bahadır**: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.29; **YILDIZ, Mustafa**: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1998, s.5,6; **DOĞAN, İlyas**: Devletler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 278.

⁵ Birleşmiş Milletler Bildirisini 1 Ocak 1942 tarihinde imzalayan 26 ülke şunlardır: ABD, Sovyetler Birliği, Çin, İngiltere, Avustralya, Kanada, Hindistan, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Kosta Rika, Küba, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nikaragua, Panama, Belçika, Çekoslovakya, Yunanistan, Lüksembourg, Hollanda, Norveç, Polonya, Yugoslavya. Bkz. <<http://www.un.org/en/aboutun/charter/history/declaration.shtml>>(27.02.2010).

⁶ Bildirinin Türkçe metni için bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih**: a.g.e., s.223-224. "*Birleşmiş Milletler*" ifadesi, ilk defa dönemin ABD başkanı Roosevelt tarafından teklif edilmiş ve yine ilk defa 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisinde kullanılmıştır. **GÜNDÜZ, Aslan**: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1994, s.19.

⁷ **ÇAĞIRAN, Mehmet Emin**: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Platin, Ankara, 2006, s. 62; **KILINÇ, Bahadır**: a.g.e., s.29.

⁸ Birleşmiş Milletler Şartı, Şartın 110. maddesine uygun olarak 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Antlaşmayı 15 Ağustos 1945 tarihinde kabul edilen 4801 sayılı Kanun ile onaylamıştır. "*Sanfransisko'da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün onanması hakkında kanun*" için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 24.08.1945, Sayı: 6092.

⁹ "*Biz Birleşmiş Milletler Halkları; bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek nesilleri korumaya, temel insan haklarına, kişinin onur ve saygınlığına, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilân etmeye... ve bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcamaya karar verdik.*" Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Türkçe metni için bkz. **GÜNDÜZ, Aslan**: a.g.e., s.25-45; Resmî Gazete, Tarih: 24.08.1945, Sayı: 6092. İngilizce metni için bkz. <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>(01.03.2010)

¹⁰ Birleşmiş Milletler Sisteminde insan haklarının korunması için bkz. **GÜLMEZ, Mesut**: a.g.e.; **KILINÇ, Bahadır**: a.g.e., s. 37-67.

¹¹ Beyannamenin Türkçe metni için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 27.05.1949, sayı:7217; **ÇEÇEN, Anıl**: İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2000, s.339-347; **GÜNDÜZ, Aslan**: a.g.e., s.181-185; **GEMALMAZ, Mehmet Semih**: a.g.e., s. 229-233. İngilizce metni için bkz. <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>(01.03.2010).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

İnsan hakları konusunda Birleşmiş Milletler çatısı altında yaşanan bu gelişmeler daha sonra bölgesel düzeydeki gelişmeleri de tetiklemiştir¹². Bu anlamda bizi yakından ilgilendiren en önemli gelişme, 5 Mayıs 1949 tarihinde imzaya açılan ve 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsünün(The Statute of the Council of Europe)¹³ kabul edilmesi ve Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmesidir¹⁴. Avrupa Konseyi tarafından, “*Avrupa Konseyi Tacı'nın mücevheri*” olarak nitelendirilen¹⁵ ve kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) olarak da adlandırılan bu Sözleşme, öngördüğü denetim mekanizması ile benzerlerinden ayrılmaktadır¹⁶.

Başlangıçta Sözleşmenin denetim mekanizması; Avrupa Konseyinin kuruluşundan beri var olan Bakanlar Komitesi¹⁷, 1954 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu(Komisyon)¹⁸ ve 1959 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Divanından(Divan)¹⁹ oluşmaktaydı. Ancak Sözleşmenin öngördüğü

¹² Birleşmiş Milletler tarafından ilân edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisinden çok kısa bir süre sonra imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hem bu Bildiride ilân edilen insan hak ve özgürlüklerinin bir kısmını uluslararası düzeyde güvenceye alan ilk sözleşmedir, hem de Amerika ve Afrika kıtalarında benzerleri görülecek olan bölgesel koruma sistemlerinin öncüsüdür. **ÖZDEK, Yasemin:** Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayın No: 20, Ankara, 2004, s.27.

¹³ Avrupa Konseyi Statüsü, Avrupa Konseyinin kurucu belgesidir. İlk olarak Belçika, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksembourg, Hollanda, Norveç, İsveç ve İngiltere tarafından imzalanmıştır. Bugün itibarıyla Avrupa Konseyinin 47 üyesi bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Statüsünün Türkçe metni için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 17.12.1949, sayı: 7382; **GÜNDÜZ, Aslan:** a.g.e., s. 520-528. İngilizce metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/001.htm>> (03.03.2010).

¹⁴ Günümüze kadar birçok değişikliğe uğramış olan Sözleşmenin ilk resmî çevirisi için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662.

¹⁵ Avrupa Konseyi internet sitesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için “This Convention has been referred to as ‘the jewel in the crown’ of the Council of Europe” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. <<http://www.humanrights.coe.int/intro/eng/GENERAL/ECHR.HTM>>(22.03.2010).

¹⁶ **SUNAY, Reyhan:** Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.161-162.

¹⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Konseyin karar alma organıdır ve tüm üye ülkelerin Dışişleri Bakanlarından oluşmaktadır. Bkz. Avrupa konseyi Statüsü m.14.

¹⁸ Komisyona üye seçimi ilk olarak 18.05.1954 tarihinde yapılmıştır. Komisyonun ilk toplantısı da 12.07.1954 tarihinde olmuştur. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A.-GÖZÜBÜYÜK, Şeref A.:** a.g.e., s.25.

¹⁹ Divana ilk üye seçimi 21.01.1959 tarihinde yapılmıştır. Divan ilk kararını ise 14.11.1960

denetim mekanizması şimdiye kadar kabul edilen Ek Protokollerle²⁰ daha etkin bir hâle getirilmiştir.

2. Ek Protokolle Divana, Sözleşme ve Protokollerin yorumlanması ile ilgili meseleler üzerinde istişarî mütalaa verme yetkisi tanınmış; 3. Ek Protokolle Komisyonun çalışma usulü yeniden düzenlenmiş; 5. Ek Protokolle Komisyon ve Divan üyelerinin yarısının her üç yılda bir yenilenmesi prensibi kabul edilmiş; 8. Ek Protokolle Divanın çalışma prosedürünü iyileştirmek ve hızlandırmak amacıyla her biri en az yedi üyeden oluşan dairelerin kurulabileceği, Komisyon üyelerinin yüksek ahlâki karaktere ve görevinin gerektirdiği niteliklere haiz uluslararası hukuk alanında tanınmış kişilerden olması gerektiği, Komisyon ve Divan üyelerinin bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları ya da mevkilerinin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev kabul edemeyecekleri, Komisyonun mevcut ve oy kullanan üyelerin çoğunluğu ile karar alacağı, kendisine sunulan her davayı Divanın dokuz yargıçtan oluşan bir daire hâlinde inceleyeceği hükme bağlanmış; 9. Ek Protokolle Komisyona başvuran bireylere, gayri resmî örgütlere ve birey gruplarına da Divana başvurma hakkı tanınmış; 10. Ek Protokolle Bakanlar Komitesine basit çoğunlukla karar alma yetkisi verilmiştir. 1990 yıllarından sonra Sözleşmeye taraf devlet sayısının artması üzerine, denetim mekanizmasının etkinliğini arttırmak amacıyla hazırlanan ve 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren²¹ 11. Ek Protokolle denetim mekanizması esaslı bir şekilde değiştirilmiştir²². Sözleşmenin 18. maddesinden sonraki tüm maddeleri değiştiren ve bireysel başvuru hakkının²³ ve Mahkemenin yargı yetkisinin tanınmasını zorunlu hâle getiren bu Protokolle, Komisyon ve Divan birleştirilerek, sürekli görev yapan Avrupa İnsan Hakları

tarihinde vermiştir. Bkz. “*50 Years of Activity...*”, s.3. İlk karar için bkz. *Lawless v. Ireland*, Başvuru No: 332/57. Kararın İngilizce metni için bkz. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=lawless&sessionid=52459350&skin=hudoc-en>> (21.03.2010).

²⁰ Şimdiye kadar toplam 14. Ek Protokol kabul edilmiştir. Bu Protokollerin bir kısmı ile yeni haklar ve özgürlükler tanınmış, bir kısmı ile ise yapısal değişikliklere gidilmiş ve denetim mekanizması daha etkin bir hâle getirilmiştir. Bkz. **KILINÇ, Bahadır**: a.g.e., s.137-141.

²¹ 1985 yılında başlayan reform tartışmaları ancak, 11.07.1994 tarihinde sonuçlanmış ve Sözleşmeye taraf devletlerin onayına sunulmuştur. Protokolün, son devletin onay tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştü. Son devlet olarak İtalya Protokolü 01.10.1997 tarihinde onayladığından, Protokol 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKTAR, Oğuz**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 85-86.

²² **KILINÇ, Bahadır**: a.g.e., s.138-139.

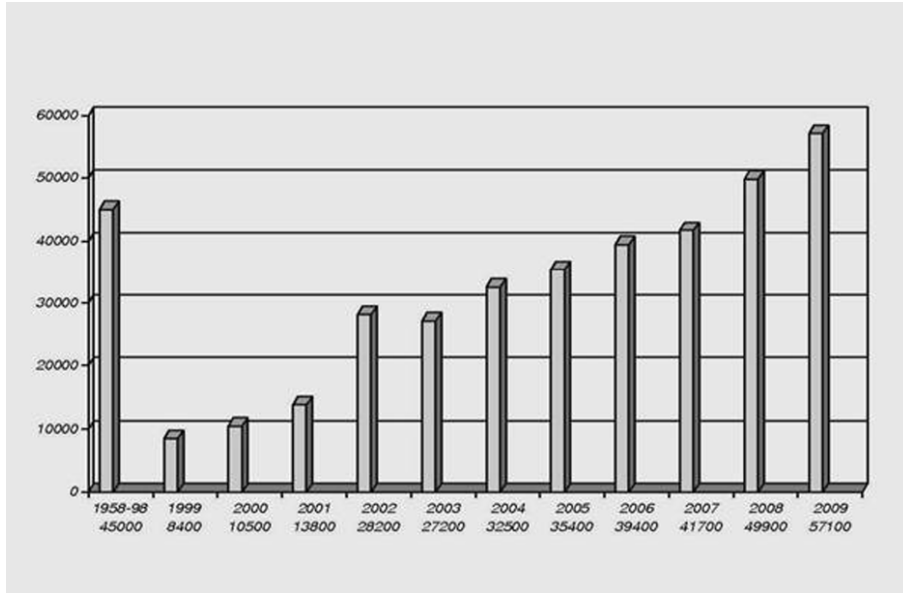
²³ Bireysel başvuru için bkz. **ANAYURT, Ömer**: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

Mahkemesinin(European Court of Human Rights) inşa süreci tamamlanarak bugünkü hâline kavuşturulmuştur²⁴.

11. Ek Protokol; denetim sisteminin yapısını kolaylaştırmak, dava ve karar sürelerini kısaltmak, iş yükünü azaltmak, Bakanlar Komitesinin yargısal rolünü ortadan kaldırarak sistemi tamamen yargısal bir sürece çevirmek amacıyla kabul edilmiştir. Bunlardan iş yükünü azaltmak ve dava sürelerini kısaltmak dışındaki amaçlara ulaşıldığı söylenebilir²⁵. Ancak iş yükü ve dava sürelerinin uzunluğu, 11. Ek Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra da büyük bir sorun olarak varlığını sürdürmüştür. Bunun en önemli nedeni başvuru sayısında yaşanan olağanüstü artıştır.

Başvuru Sayısının Yıllara Göre Dağılımı²⁶



Toplam Başvuru Sayısı: 389.100

²⁴ Ek Protokollerle getirilen değişiklikler için bkz. TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKTAR, Oğuz: a.g.e., s.69-75.

²⁵ KILINÇ, Bahadır: a.g.e., s.178.

²⁶ Grafik için bkz. "50 Years of Activity...", s.4.

Bu grafikte de görüldüğü üzere 90'lı yılların sonundan itibaren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine(AİHM) başvuru sayısı, 2003 yılı hariç her yıl katlanarak artmıştır. Bunda Sovyet Bloğunun çöküşüyle birlikte, bağımsızlıklarına kavuşan eski “demirperde” ülkelerinin Avrupa Konseyine üye olmasının büyük etkisi vardır²⁷. Demokrasiye geçiş sancıları yaşayan bu ülkelerin vatandaşları haklarını uluslararası bir platformda arayabileceklerini öğrenmişler ve yoğun şekilde başvuru yapmaya başlamışlardır. Elbette başvuru sayısının artışında Türkiye'nin de ciddi katkıları olmuştur²⁸.

11. Protokolün getirdiği yeniliklere rağmen, AİHM Gemisi²⁹ yoğun başvurular, personel ve mekân ihtiyaçlarının tam olarak karşılanmamış olması gibi nedenlerle batmak üzeredir. AİHM artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile güvence altına alınan “makul sürede yargılanma” hakkını kendisi ihlâl eder duruma gelmiştir. Bir başka ifadeyle AİHM “makul süreyi” bile “makul sürede” yargılayamamaktadır³⁰.

Son zamanlarda verilen kararların başvuru tarihleri de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği son 10 kararın yer aldığı aşağıdaki tablo bu konuda yeterince fikir vermektedir³¹.

²⁷ ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Su Yayınları, İstanbul 2003, s. 8.

²⁸ KARAKIŞ, Şefik: “AİHM Gemisi Batıyor mu?”, Güncel Hukuk, Mart 2010/3-75, s.28. Sözleşmeyi ihlâl ettiği iddiasıyla AİHM'ye aleyhine en fazla başvuru yapılan üçüncü ülke Türkiye'dir. 31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine toplam 31.873 başvuru yapılmıştır. Bu sayı toplam başvuru sayısının %7,79'una tekabül etmektedir. Bkz. “50 Years of Activity...”, s.14.

²⁹ Richard Rogers ve Claude Bucher tarafından tasarlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi binası, kenarında bulunduğu nehre ve tasarımına atfen bir gemiye benzetilmektedir. KARAKIŞ, Şefik: a.g.m. s.28.

³⁰ KARAKIŞ, Şefik: a.g.m., s.28.

³¹ Tarafımızdan oluşturulan bu tabloda yer alan kararların başvuru ve karar tarihleri için bkz. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>> (30.03.2010).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

Dava	Başvuru Numarası	Karar Tarihi
AYHAN ISIK v. TURKEY	33102/04	30.03.2010
SEREFİ AND OTHERS v. TURKEY (No. 2)	14015/05	30.03.2010
GURBET ER v. TURKEY	9459/05	30.03.2010
OYAL v. TURKEY	4864/05	23.03.2010
HAKAN DUMAN v. TURKEY	28439/03	23.03.2010
DONDU ERDOĞAN v. TURKEY	32505/02	23.03.2010
MERTER AND OTHERS v. TURKEY	2249/03	23.03.2010
OZGUR UYANIK v. TURKEY	11068/04	23.03.2010
ORHAN CACAN v. TURKEY	26437/04	23.03.2010
S.S.GOLLER BOLGESI KONUT YAPI KOOP. v. TURKEY	35802/02	23.03.2010

Bu tabloda da görüldüğü üzere AİHM kabul edilebilir bulunan bir başvuru son yıllarda ortalama 5 ile 8 yıl arasında karara bağlamaktadır.

Bu sorunları çözmek amacıyla Steering Committee for Human Rights(CDDH) adlı komite aracılığı ile çalışmalar başlatılmış ve yaklaşık 3 yıllık bir çalışmadan sonra hazırlanan 14. Ek Protokol, 13.05.2004 tarihinde imzaya açılmıştır³². Sözleşmeye taraf tüm devletler tarafından imzalanan ve onaylanan 14. Ek Protokol³³ 01.06.2010 tarihinde yürürlüğe girecektir³⁴.

Etkili bir filtre yöntemi uygulayarak ve yargılama yöntemlerini basitleştirerek, AİHM'nin altında ezildiği bu iş yükünü azaltmak isteyen 14. Ek Protokol bu amacı gerçekleştirmek için çeşitli yenilikler getirmiştir³⁵. Buna göre; yargıçların görev süresi dokuz yıla çıkarılmış, tek yargıçlı yeni bir düzen ku-

³² REISS, Jennifer W.: "Protocol no. 14 Echr and Russian Non-Ratification: The Current State of Affairs", Harvard Human Rights Journal, Volume:22, 2009, s.298-299.

³³ 14 Numaralı Protokolün Türkçe metni için bkz. <<http://www.todaie.gov.tr/ihadm/avrupa/protokol14.pdf>> (19.04.2010). İngilizce metni için bkz.<<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>> (19.04.2010).

³⁴ Türkiye tarafından 06.10.2004 tarihinde imzalanan ve 01.06.2006 tarihinde kabul edilen 5512 sayılı Kanun ile uygun bulunan(bkz. Resmî Gazete, Tarih: 06.06.2006, Sayı: 26190) 14 Numaralı Protokolü en son imzalayan ve onaylayan ülke Rusya'dır. AİHM'nin resmî internet sitesine göre Rusya bu Protokolü 04.05.2006 tarihinde imzalamış ve 18.02.2010 tarihinde onaylamıştır. Sözleşmeye taraf ülkelerin İmza ve onay tarihleri için Bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=7&DF=&CL=ENG>>(19.04.2010)

³⁵ 14. Ek Protokol ve getirdiği yenilikler için bkz. REISS, Jennifer W.: a.g.m.; ALTIPARMAK, Kerem: 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 60-107; BİLİR, Faruk: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2006, Cilt:55, Sayı:1, s.135-156.

ru olarak üç yargıçtan oluşan komitelerin bazı yetkileri bunlara aktarılmış, dairelerin bazı yetkileri komitelere verilmiş, Sözleşmenin 35. maddesine “**Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması**”³⁶ fıkrası eklenerek kabul edilebilirlik için yeni bir şart daha getirilmiş ve kararların infazı sürecini daha etkili ve hızlı hâle getiren çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

14. Ek Protokolün getirdiği yeniliklerin batmak üzere olan AİHM Gemisini kurtarıp kurtarmayacağını zaman gösterecektir. Ancak başvuru sayısındaki artışın aynı hızda devam etmesi durumunda bu Protokolün de çare olamayacağı ve başka çarelerin aranacağı açıktır.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi -Türkiye İlişkileri

A) Türkiye'nin Sözleşmeye Taraf Olması

Avrupa Konseyine 13.04.1950 tarihinde katılmış kabul edilen³⁷ Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini 04.11.1950 tarihinde çekince koyarak imzalamış ve 10.03.1954 tarihinde onaylamıştır³⁸. Onay belgesinin 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletilmesi ile Sözleşme, Türkiye açısından da yürürlüğe girmiştir³⁹. Böylece Türkiye, kendi yetki alanı için-

³⁶ 14. Ek Protokol madde 12 için bkz. <<http://www.todaie.gov.tr/ihadm/avrupa/protokol14.pdf>>(19.04.2010).

³⁷ Avrupa Konseyi Statüsünün 4. maddesine göre, “Üçüncü madde hükümlerine uymaya ehliyetli olduğuna ve bu hususa istekli bulunduğu kanaat getirilen her Avrupa Devleti, Avrupa Konseyi üyesi olmaya Bakanlar Komitesi tarafından davet edilebilir. Bu suretle davet edilen her Devlet, iş bu Statüye katıldığına dair bir belgeyi Umumi Kâtibe tevdi eylemekle üye sıfatını iktisap eder.” **GÜNDÜZ, Aslan:** a.g.e., s.521. Türkiye, bu maddeye uygun olarak kendisine yapılan davet üzerine 08.08.1949 tarihinde Avrupa Konseyine katılma kararını Konsey Genel sekreterliğine iletmış ve bu katılma kararını 12.12.1949 tarih ve 5456 sayılı “Avrupa Konseyinin kurulması hakkında imzalanmış olan Statünün onanmasına dair Kanun” ile onaylamıştır. Türkiye onay belgesini, Avrupa Konseyi Genel sekreterliğine 13.04.1950 tarihinde iletmıştır. Avrupa Konseyi Statüsünün 4 ve 42/c maddeleri uyarınca Türkiye, Avrupa Konseyine bu tarihte katılmış sayılmaktadır. **GEMALMAZ, Mehmet Semih:** a.g.e., s.259.

³⁸ Türkiye Sözleşmeyi, 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun” ile onaylamıştır. Onay Kanununun 3. maddesine, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlâl etmez.” ihtirazı kaydı konulmuştur. Bkz. Resmî Gazetede, Tarih: 19.03.1954, Sayı:8662.

³⁹ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** a.g.e., s.18.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

de bulunan herkese, bu Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri tanıyacağı taahhüdünde bulunmuştur⁴⁰.

B) Sözleşmenin Türk Hukukundaki Değeri

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki değeri konusunda, gerek 1961⁴¹, gerekse 1982 Anayasası⁴² iki temel kural koymuştur. Bunlardan birincisi **“uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir”**, ikincisi **“uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”**⁴³ İkinci kural uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzeyindeki değeri konusunda tartışmalara yol açmıştır⁴⁴. Nitekim, bazı yazarlar bu kuralın uluslararası antlaşmaları yasaların üstüne çıkardığını⁴⁵, bazıları ise bu kuralın uluslararası antlaşmaların yasalara eşdeğer olduğu görüşünü etkilemediğini⁴⁶ ileri sürmüştür. Bu tartışmalar, 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla⁴⁷ 1982 Anayasasının 90. maddesine eklenen cümleyle, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar açısından sona erdirilmiştir.

Anayasanın 90. maddesine eklenen, **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluk-**

⁴⁰ Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin “*insan haklarına saygı yükümlülüğü*” başlığını taşıyan birinci maddesine göre, “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşmenin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır.*”

⁴¹ 1961 Anayasasının 65. maddesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*”

⁴² 1982 Anayasasının 90. maddesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*”

⁴³ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** a.g.e., s.19.

⁴⁴ Bu tartışmalar için bkz. **GÖZLER, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 449-454.

⁴⁵ Bkz. **AKİPEK, Ömer İlhan:** Devletler Hukuku, Birinci Kitap (Başlangıç), İkinci Bası, Başnur Matbaası, Ankara, 1965, s. 28-29; **AKAD, Mehmet, (VURAL) DİNÇKOL, Bihterin:** Genel kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s.222.

⁴⁶ Bkz. **PAZARCI, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk Dersleri, I.Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan kitabevi, 1994, s.33; **MERAY, Seha L.:** Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:237, Ankara, 1968, s.132.

⁴⁷ Resmî Gazete, Tarih: 22.05.2004, Sayı: 25469.

larda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır.” cümle, yasalar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi ihdas etmiştir. Bu değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde yasalardan daha üstün bir konuma yükseltilmiş ve iç hukukumuzun doğrudan bir parçası hâline gelmiştir⁴⁸. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de Türk normlar hiyerarşisinde yasaların üstünde yer almaktadır ve iç hukukumuzun doğrudan bir parçasıdır.

Anayasanın 90. maddesine eklenen bu cümlede yer alan *“kanunlar”* kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Bu kavramın kanun hükmünde kararname-leri, tüzük, yönetmelik ve idarenin diğer düzenleyici işlemlerini de kapsadığı açıktır⁴⁹. Aksi bir anlayış normlar hiyerarşisine ve söz konusu düzenlemenin amacına aykırı düşer⁵⁰.

C) Başlangıçtan Günümüze Türkiye'nin Sözleşmenin Denetleme Organları ile İlişkisi

1. Bireysel Başvuru Hakkının Tanınmasından Önce

Türkiye'nin Sözleşmenin Denetleme Organları ile ilk önemli karşılaşması, Kıbrıs Rum Yönetiminin Kıbrıs Devleti adına, Türkiye'yi Komisyona şikayet etmesi ile olmuştur. Kıbrıs Rum Yönetimi biri 19.09.1974⁵¹, diğeri 21.03.1975⁵² tarihinde olmak üzere iki başvuruda bulunmuş ve Türkiye'nin Sözleşmenin bazı hükümlerini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Her iki başvuruyu birleştirip kabul eden Komisyon, Türkiye'nin Sözleşmeyi çiğnediği sonucuna vardığı raporunu 13.07.1976 tarihinde Bakanlar Komitesine sunmuştur. Bakanlar Komitesi ise, uzun zamandan beri Kıbrıs'ta insan haklarının çiğnendiğini ancak taraflar arasında yapılacak görüşmelerle sorunun çözülmesi

⁴⁸ **GÖZLER, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 350; **TUNÇ, Hasan- BİLİR, Faruk- YAVUZ, Bülent:** Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009, s. 146; **SABUNCU, Yavuz:** Anayasaya Giriş, Yenilenmiş 13. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2007, s.73.

⁴⁹ **ALİFENDİOĞLU, Yılmaz:** “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması(Anayasa, md.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s.130.

⁵⁰ **GÜLMEZ, Mesut:** “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması(Anayasa, md.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s.69.

⁵¹ Başvuru No: 6780/74

⁵² Başvuru No: 6950/75

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

gerektiğini belirterek 20.01.1979 tarihinde dosyanın işlemde kaldırımına karar vermiştir. 06.09.1977 tarihinde yine Kıbrıs Rum Yönetimi tarafından yapılan bir başka başvuru da benzer şekilde sonuçlandırılmıştır. Böylece Bakanlar Komitesi, Komisyon Raporunu onaylama yoluna gitmeden⁵³, siyasî bir başvuruyu, siyasî bir yöntemle çözüme kavuşturarak sonuçlandırmıştır⁵⁴.

Kıbrıs Rum Yönetiminin başvurularını, 1980-1982 “askeri yönetim” döneminde ortaya çıkan uygulamalara ilişkin olarak Fransa⁵⁵, Norveç⁵⁶, Danimarka⁵⁷, İsveç⁵⁸ ve Hollanda’nın⁵⁹ başvuruları izledi. Kabul edilebilir bulunan bu başvurular 07.12.1985 tarihinde “dostane çözüm” yoluyla sonuçlandı⁶⁰. 22.11.1994 tarihinde yine Kıbrıs Rum Yönetiminin yapmış olduğu başvuru⁶¹ ise 10.05.2001 tarihinde Türkiye’nin “mahkûmiyeti” ile sonuçlandı⁶². Böylece Türkiye, devletlerarası bir başvuruda ilk kez bir yargı kararıyla mahkûm edilmiştir⁶³.

Türkiye aleyhine yapılan bir başka devlet başvurusunda şikayetçi taraf Danimarka’ydı. Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınanlara işkence ya-

⁵³ 11. Ek Protokolün henüz yürürlükte olmadığı bu dönemde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine yazılı olarak yapılan bireysel ve devlet başvuruları öncelikle kabul edilebilirlik açısından incelenirdi. Eğer başvuru kabul edilebilir bulunursa, Komisyon bir taraftan dosyayı esastan incelerken diğer taraftan tarafları dostane çözüme davet ederdi. Dostane çözüme ulaşılmadıysa, Komisyon Sözleşmenin herhangi bir hükmünün ihlâl edilip edilmediğine ilişkin raporunu Bakanlar komitesine ve ilgili devlete gönderirdi. Komisyon Raporunun Bakanlar Komitesine geldiği tarihten itibaren üç ay içinde Komisyonun ya da ilgili devletin, Komisyon Raporunun Divana götürülmesini istemedikleri takdirde, Sözleşmenin ihlâl edilip edilmediğine Bakanlar Komitesi karar vermektedir. Bkz. **MADRA, Ömer:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:458, Ankara, 1981.

⁵⁴ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** a.g.e., s.22-23. Kıbrıs başvuruları hakkında geniş bilgi için bkz. **NECATİGİL, Zaim M.:** Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kısacasında Türkiye: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi’nde Kıbrıs Rum Yönetimi ve Kıbrıslı Rumlar tarafından Türkiye aleyhine getirilen davalar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006; **ÖZDEK, Yasemin:** a.g.e., 106-115.

⁵⁵ Başvuru No: 9940/82.

⁵⁶ Başvuru No: 9941/82.

⁵⁷ Başvuru No: 9942/82.

⁵⁸ Başvuru No: 9943/82.

⁵⁹ Başvuru No: 9944/82.

⁶⁰ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** a.g.e., s.23.

⁶¹ Case of Cyprus v. Turkey, Başvuru No: 25781/94.

⁶² Kararın İngilizce metni için bkz. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=25781/94&sessionid=51794540&skin=hudoc-en>> (16.03.2010).

⁶³ **ÖZDEK, Yasemin:** a.g.e., s.112.

pıldığı iddiasıyla 07.01.1997 tarihinde yapılan başvuru⁶⁴ 05.04.2000 tarihinde yine “*dostane çözüm*” yoluyla sonuçlandırılmıştır⁶⁵.

2. Bireysel Başvuru Hakkının Tanınmasından Sonra

Türkiye Sözleşmeye taraf olduğu tarihten yaklaşık otuz üç yıl sonra 28.01.1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını tanıyarak⁶⁶, Türkiye'nin yetki alanında bulunan herkesin, Sözleşmede güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiası ile Türkiye'yi Komisyona şikayet edebilmesi yolunu açmıştır. Bireysel başvuru hakkının tanınmasından yaklaşık üç yıl sonra 22.01.1990 tarihinde Türkiye, Divanın zorunlu yargı yetkisini de tanıyarak⁶⁷ Sözleşmenin tam olarak işler hâle gelmesi önündeki son engeli de kaldırmıştır⁶⁸.

Bireysel başvuru hakkının tanınması AİHM'ye ilginin her geçen gün daha da artmasına ve Türkiye'nin AİHM'ye en çok şikayet edilen devletlerden biri olmasına yol açmıştır. 2009 yılı itibariyle 50 yılını dolduran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu vesileyle hazırladığı “*50 Years of Activity*” isimli Raporu bu durumu çok net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu Rapora göre;

* *Türkiye, aleyhine en fazla başvuru yapılan (Applications allocated to a decision body)*⁶⁹ üçüncü devlet konumundadır. Türkiye, Rusya ve

⁶⁴ Case of Denmark v. Turkey, Başvuru No: 34382/97.

⁶⁵ Dostane çözüme ilişkin kararın İngilizce metni için bkz. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=34382/97&sessionid=51794540&skin=hudoc-en>>(16.03.2010).

⁶⁶ 11. Ek Protokol yürürlüğe girmeden önce bireysel başvuru hakkı, devletlerin isteğine bağlı “*seçimlik*” bir haktı. 11. Ek Protokol yürürlüğe girdikten sonra bu hak Sözleşmenin zorunlu bir ögesi olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu nedenle 11. Ek Protokolün onaylanması ile bireysel başvuru hakkı herhangi bir süre kısıtlanmasına bağlı olmaksızın tanınmış olmaktadır. **ÖZDEK, Yasemin:** a.g.e., s.79. Türkiye bireysel başvuru hakkını tanıırken, Sözleşmenin ilgili maddesince Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine verdiği bildirimini Resmî Gazete’de Dışişleri Bakanlığının bir tebliği olarak yayımlamıştır. Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 21.04.1987, Sayı: 19438.

⁶⁷ 11. Ek Protokol yürürlüğe girmeden önce Divanın zorunlu yargı yetkisi de bireysel başvuru hakkı gibi “*seçimlik*” bir yetkiydi. 11. Ek Protokol yürürlüğe girmesiyle Divanın yargı yetkisi “*seçimlik*” bir yetki olmaktan çıkartılmış ve “*zorunlu*” hâle getirilmiştir. **ÖZDEK, Yasemin:** a.g.e., s.82. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Divanının Yargı Yetkisini tanınmasına ilişkin beyanı için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 27.09.1989, Sayı: 20295.

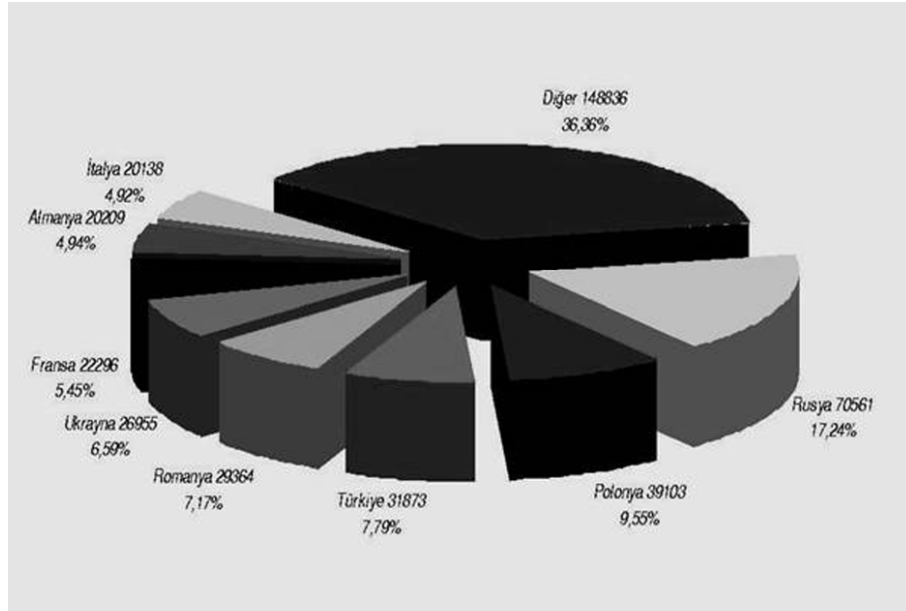
⁶⁸ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** a.g.e., s.23-24; **KILINÇ, Bahadır:** a.g.e., s.192.

⁶⁹ Bu istatistikler hazırlanırken, Avrupa İnsan hakları Mahkemesine yapılan tüm başvurular değil, sadece bir karar organına sunulan başvurular esas alınmıştır. Bu nedenle Söz konusu Raporda “*applications*” değil “*applications allocated to a decision body*” ifadesi kullanılır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

Polonya'dan sonra aleyhine en fazla başvuru yapılan üçüncü devlet konumundadır. 31 Aralık 2009 itibariyle Türkiye aleyhine yapılan toplam başvuru **31.873**'tür. Bu başvuruların **3.178**'i kırk yılda (1959-1999 yılları arasında), **28.695**'i ise son on yılda yapılmıştır⁷⁰. Bu da AİHM'ye bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla başlayan ilginin son yıllarda daha da arttığını göstermektedir.

31 Aralık 2009 Tarihi İtibariyle Başvuru Sayısının (Applications Allocated to a Decision Body/Judicial Formation) Devletlere Göre Dağılımı⁷¹



Toplam Başvuru Sayısı: 389.197

Sadece başvuru sayısı esas alınarak yapılacak bir değerlendirmeye, devletlerin **“insan hakları karnesini”** oluşturmak gerçekçi değildir. Eğer gerçekçi bir **“insan hakları karnesi”** oluşturulacaksa, tespit edilmesi gereken en önem

mıştır. Çünkü zorunlu şekil şartlarını taşımayan bazı başvurular kaydedilmemekte ve Mahkeme tarafından incelenmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 46 ve 47. maddeleri bu durumu açıkça belirtmektedir.

⁷⁰ Son on yılda Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan toplam başvuru sayısının yıllara göre dağılımı şöyledir: 2000'de 734, 2001'de 1.058, 2002'de 3.861, 2003'de 3.546, 2004'de 3.670, 2005'de 2.488, 2006'da 2.328, 2007'de 2.830, 2008'de 3.706, 2009'da 4.474. Bkz. **“50 Years of Activity...”**, s.14.

⁷¹ Grafik için bkz. **“50 Years of Activity...”**, s.14.

hususlardan biri, insan hakları ihlâlli iddialarının sayısı değil, yoğunluğu olmalıdır. Bunun tespit edilmesi için devletlerin nüfusu mutlaka dikkate alınmalıdır. Nüfusu yaklaşık 30.000 olan San Marino ile, nüfusu yaklaşık 72.000.000 olan Türkiye'nin, sadece başvuru sayısı esas alınarak değerlendirilmesi, gerçekçi sonuçlar elde etmemizi engeller. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hazırladığı çeşitli raporlarda başvuru sayısı ile nüfus arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Bu raporlar⁷² esas alınarak tarafımızdan hazırlanan 2008 ve 2009 yıllarında ait sıralama aşağıdadır:

Başvuru Sayısı/Nüfus İlişisine Göre Yapılan Sıralama

	2008		2009	
Sıra	Oran	Devlet	Oran	Devlet
1	0.09	Spain	0.11	Denmark
2	0.11	Ireland	0.14	Ireland
3	0.12	Andorra	0.14	Portugal
4	0.13	Denmark	0.14	Spain
5	0.14	Portugal	0.16	Norway
6	0.16	Belgium	0.18	Germany
7	0.17	Norway	0.18	United Kingdom
8	0.19	Germany	0.24	Belgium
9	0.20	United Kingdom	0.25	France
10	0.22	Iceland	0.30	Netherlands
11	0.23	Netherlands	0.31	Albania
12	0.24	Albania	0.31	Iceland
13	0.29	Malta	0.34	Malta
14	0.31	Italy	0.40	Armenia

⁷² Bu Raporlara Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin resmî internet sitesinden ulaşılabilir. Başvuru sayısı ve nüfus arasındaki ilişki için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C25277F5-BCAE-4401-BC9B-F58D015E4D54/0/Annual_Report_2009_versionProv.pdf>(17.02.2010).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

15	0.33	Armenia	0.40	Azerbaijan
16	0.34	Switzerland	0.40	Sweden
17	0.35	Sweden	0.45	Hungary
18	0.37	Greece	0.46	Greece
19	0.39	Azerbaijan	0.49	Austria
20	0.42	Hungary	0.59	Luxembourg
21	0.43	France	0.59	Turkey
22	0.45	Austria	0.60	Italy
23	0.52	Finland	0.61	Switzerland
24	0.53	Turkey	0.63	San Marino
25	0.69	Czech Republic	0.69	Andora
26	0.71	Russia	0.69	Czech Republic
27	0.72	Luxembourg	0.74	Cyprus
28	0.76	Lithuania	0.78	Lithuania
29	0.83	Cyprus	0.92	Finland
30	0.90	Slovakia	0.97	Russia
31	1.03	Ukraine	1.03	Ukraine
32	1.09	Latvia	1.05	Slovakia
33	1.15	Poland	1.31	Poland
34	1.16	Bulgaria	1.44	Latvia
35	1.26	Estonia	1.52	Estonia
36	1.30	San Marino	1.57	Bulgaria
37	1.37	Croatia	1.60	Serbia
38	1.45	Serbia	1.65	Bosnia and Herzegovina
39	1.56	Monaco	1.70	Croatia
40	1.93	The former Yugoslav Republic of Macedonia	2.39	The former Yugoslav Republic of Macedonia

41	2.26	Liechtenstein	2.45	Romania
42	2.43	Romania	2.73	Monaco
43	2.49	Montenegro	2.91	Slovenia
44	2.53	Bosnia and Herzegovina	3.70	Moldova
45	3.21	Moldova	3.92	Liechtenstein
46	4.04	Georgia	4.30	Montenegro
47	6.68	Slovenia	5.03	Georgia

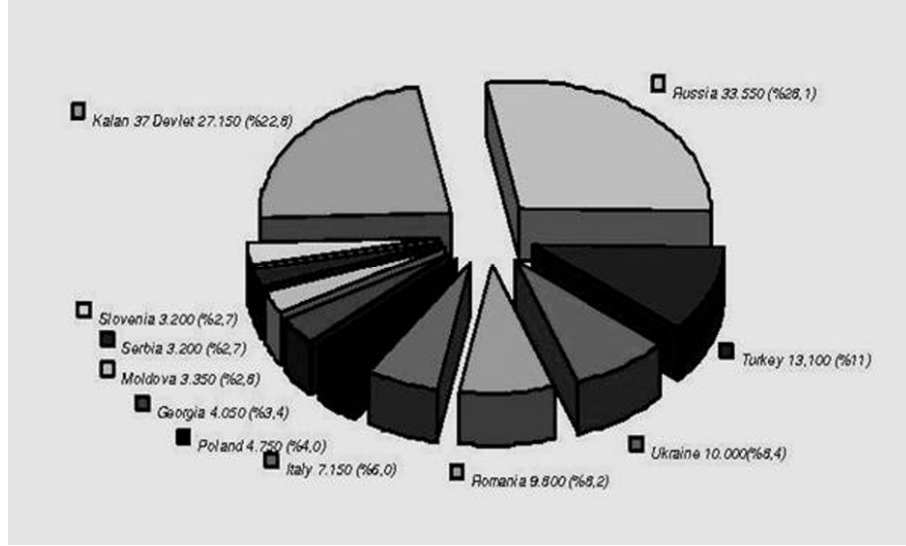
Görüldüğü üzere, insan hakları ihlâli iddialarının yoğunluğu açısından, 47 ülkenin bulunduğu listede, Türkiye 2008’de 24 ve 2009’da 21. sıradadır. Bu sıralamada Türkiye’nin altında bulunan ülkelerin çoğunun eski “*demirperde*” ülkelerinin olması dikkat çekicidir.

* *Türkiye derdest dava(pending cases allocated to a judicial formation)*⁷³ sayısı bakımından ikinci sıradadır. AİHM’ne yapılan başvuruların büyük bir kısmı ya filtre fonksiyonu gören “*kabul edilebilirlik*” incelemesine takılmakta, ya da çeşitli nedenlerle kayıttan silinmektedir. Nitekim Türkiye aleyhine yapılan 31.873 başvurunun, 16.106’sı ya kabul edilmez bulunmuş ya da çeşitli nedenlerle kayıttan silinmiştir⁷⁴. Aleyhine yapılan başvuru sayısı itibarıyla 47 devlet arasında “*üçüncü*” sırada olan Türkiye, derdest dava sayısı bakımından “*ikinci*” sıradadır. Bunun nedeni Polonya aleyhine yapılan başvuruların Türkiye’ye göre daha büyük bir kısmının kabul edilebilirlik incelemesine takılması ya da çeşitli nedenlerle kayıttan silinmesidir.

⁷³ Burada derdest dava ile kastedilen, tek hâkim düzeni, Komite, Daire ve Büyük Daire önünde olan ve herhangi bir hüküm(judgment) ya da karar(decision) ile sonuçlandırılmamış başvurulardır. Söz konusu Raporda kullanılan “*istatistiki terimler*” için bkz.< <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2BCF2E0C-0883-412C-A89C-3C8641E61F2A/0/Glossaryofstatistical-terms.pdf>> (24.02.2010).

⁷⁴ Kabul edilemez bulunan ya da kayıttan silinen başvuruların yıllara göre dağılımı şöyledir: 1959-99 yılları arasında 691, 2000’de 394, 2001’de 385, 2002’de 1.638, 2003’de 1.635, 2004’de 1.817, 2005’de 1.366, 2006’da 3.167, 2007’de 1.573, 2008’de 1.475, 2009’da 1.965. Bkz. “*50 Years of Activity...*”, s.15.

31 Aralık 2009 Tarihi İtibariyle Derdest Davaların(Pending Cases Allocated to a Judicial Formation) Ülkelere Göre Dağılımı



Toplam Derdest Başvuru: 119,300

Yukarıdaki grafikte görüldüğü üzere, 31 Aralık 2009 tarihi itibariyle derdest davaların ülkelere göre dağılımında 47 devlet arasında Türkiye 2007⁷⁵ ve 2008⁷⁶ yıllarında olduğu gibi yine 2. sırada yer almaktadır.

* *Türkiye, hakkında en fazla karar(judgment)⁷⁷ verilen devlettir.* AİHM Türkiye hakkında 2009 yılı sonu itibariyle toplam **2.295** karar(judgment) vermiştir. Türkiye 47 devlet arasında hakkında en fazla karar(judgment) verilen devlettir⁷⁸. Bu kararların **2.017**'sinde Sözleşmenin en az bir hükmünün ihlâl edildiği, **46**'sında ise herhangi bir ihlâl in olmadığı tespit edilmiştir. Geriye

⁷⁵ Bkz. AİHM 2007 Raporu, s. 136. <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/59F27500-FD1B-4FC5-8F3F-F289B4A03008/0/Annual_Report_2007.pdf>(17.02.2010)

⁷⁶ Bkz. AİHM 2008 Raporu, s. 129 <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/D5B2847D-640D-4A09-A70A-7A1BE66563BB/0/ANNUAL_REPORT_2008.pdf>(17.02.2010)

⁷⁷ Bilindiği gibi AİHM; kayıttan silme, kabul edilmezlik, geçici tedbir, dostane çözüm, ihlâl, tavzih, karar düzeltme gibi çok çeşitli kararlar vermektedir. Bunların bir kısmı için "decision" bir kısmı için ise "judgment" kavramını kullanmaktadır. Burada kullanılan "karar" kavramı ile kastedilen "hüküm" şeklinde verilen ve yukarıda hangi konulara ilişkin olduğu belirtilen kararlardır.

⁷⁸ Türkiye'yi 2.021 kararla İtalya, 862 kararla Rusya ve 773 kararla Fransa takip etmektedir. Bkz. "50 Years of Activity...", s.5.

kalan 232 karar(judgment) ise dostane çözüm ve geçici tedbir gibi konulara ilişkindir⁷⁹.

Türkiye aleyhine verilen bu kararların(judgments), Sözleşmenin hangi maddelerine ilişkin olduğunu gösteren tablo aşağıdadır⁸⁰:

Adil yargılanma hakkı(m.6)	1014
Mülkiyet hakkı(m.P1-1)	544
Özgürlük ve güvenlik hakkı(m.5)	436
İşkence yasağı(m.3)	273
Etkili başvuru hakkı(m.13)	209
Yaşam hakkı (m.2)	205
İfade özgürlüğü(m.10)	182
Özel hayata ve aile hayatına saygı(m.8)	69
Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü(m.11)	39
Sözleşmenin diğer maddeleri	29
Serbest seçim hakkı (m.P1-3)	5
Kanunsuz ceza olmaz ilkesi(m.7)	4
Eğitim hakkı (m.P1-2)	4
Ayrımcılık yasağı(m.14)	3
Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü(m.9)	1
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı(m.4)	-
Evlenme hakkı(m.12)	-
Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı(m.P7-4)	-
TOPLAM	3017

Bu tabloda da açıkça görüldüğü üzere Türkiye; “*kölelik ve zorla çalıştırma yasağı*”, “*evlenme hakkı*” ve “*aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*” hariç Sözleşmenin güvence altına aldığı hemen hemen tüm temel hak ve özgürlükleri ihlâl ettiği gerekçesiyle mahkûm olmuştur.

⁷⁹ Bkz. “50 Years of Activity...”, s.17.

⁸⁰ AIHM'nin karara bağladığı birçok davada birden fazla ihlâl tespit etmiştir. Bu nedenle ihlâl sayısı karar sayısından daha fazladır.

SONUÇ

İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve esnasında yaşanan şiddet, yıkım ve insan hakları ihlallerinin tekrar yaşanmaması ve sorunların barışçı yollardan çözülebilmesi için dünya çapında etkili bir örgütün oluşturulması düşüncesi, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütlerin kurulması ile gerçeğe dönüşmüştür. Bireye haklarının ihlâl edilmesi durumunda uluslararası hukukun kapılarının açan ve onu uluslararası hukukun öznesi hâline getiren bu gelişmeler, “ulus devlet”lerin bağımsız davranma ve egemenlik yetkileri açısından bir kırılmaya yol açmıştır⁸¹. Bu yeni dönemde insan hakları, “ulus devlet”lerin bir iç sorunu olmaktan çıkmış⁸²; başka devletleri, uluslararası örgütleri ve uluslararası hukuku ilgilendiren bir konu hâline gelmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan bu gelişmeler sonucunda, bir uluslararası insan hakları hukuku doğmuştur. Bu hukuk dalının gelişmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü denetim mekanizmasının en önemli ayağını teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çok büyük bir rolü vardır. İlk yıllarda tutucu ve çekingen bir tutum takınmış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yapılan çeşitli değişikliklerle bugün çok daha etkin bir niteliğe ve popüleriteye kavuşmuştur⁸³. Ancak bu etkinlik ve popülerite başka sorunları da beraberinde getirmiştir.

2009 yılı itibariyle 50 yılını dolduran ve günümüze kadar birçok yapısal değişikliğe uğrayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yoğun başvurular, personel ve mekân ihtiyaçlarının tam olarak karşılanmamış olması gibi nedenlerle kilitlenme noktasına gelmiştir. Bu sorunları çözmek amacıyla kabul edilen ve 01.06.2010 tarihinde yürürlüğe girecek olan 14. Ek Protokolün faydalı olup olmayacağını zaman gösterecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yoğun iş yükü altında ezilmesinde eski “demirperde” ülkeleri kadar Türkiye’nin de payı vardır. Nitekim Mahkeme tarafından hazırlanan raporlar hem bu durumu çok net bir şekilde ortaya koymaktadır, hem de Türkiye’nin “insan hakları karnesi” konusunda çok çarpıcı gerçekler içermektedir.

Bu raporlara göre aleyhine en fazla başvuru yapılan üçüncü devlet olan Türkiye; derdest dosya sayısı bakımından ikinci, ihlâl sayısı bakımından bi-

⁸¹ DOĞAN, İlyas: a.g.e., s.279.

⁸² SUNAY, Reyhan: a.g.e., s.162.

⁸³ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 329-334.

rinci sıradadır. Türkiye'ye yakışmayan bu karnenin düzeltilebilmesi için, sorunun kaynağına inilmeli ve bu konuda köklü tedbirler alınmalıdır.

Türkiye aleyhine verilen ihlâl kararlarının büyük bir çoğunluğu; çok uzun süren yargılamalar, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmaması, uluslararası hukukunun genel ilkelerine aykırı kamulaştırma işlemleri, tutuklulukta makul sürenin aşılmış olması, güvenlik güçleri tarafından işlendiği iddia edilen adam öldürme ve evlerin yıkılması eylemleri, gözaltında işkence, kötü muamele ve kaybolma iddiaları ve ifade özgürlüğünü demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak kısıtlanması ile ilgilidir.

Bu ihlâller yakından incelendiğinde çoğunun arkasında ya yargının yapısal sorunları, ya doğrudan bir yargı kararı, ya da Sözleşme tarafından garanti altına alınmış herhangi bir temel hak ve özgürlüğe yönelik saldırıyı hukuka uygun gören bir yargı kararı vardır. Şöyle ki:

* Türkiye aleyhine verilen ihlâl kararlarının yaklaşık üçte biri AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*" ile ilgilidir. Adil yargılanma hakkının gerekleriyle ilgili temel ilkelere, suçsuzluk karinesine ve sanığın hak ve güvencelerine ilişkin hükümlere yer veren bu madde Türkiye tarafından 1014 kez ihlâl edilmiştir. Yakın zamanlara kadar bu maddeden Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısı ve işleyişi nedeniyle mahkûm edilen Türkiye, son zamanlarda daha çok iş yoğunluğu⁸⁴ ve yargının yapısal sorunlarına bağlı olarak çok uzun süren yargılamalar nedeniyle mahkûm edilmektedir.

* Yine bir muhakeme tedbiri olan tutuklulukta makul sürenin aşılması, ifade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak kısıtlanması⁸⁵ gibi mahkeme kararlarına dayanan ihlâller de azımsanmayacak

⁸⁴ Yargıtay tarafından hazırlanan "*2009 Yılı Faaliyet Raporu*" iş yoğunluğu ile ilgili çok çarpıcı rakamlar içermektedir. Buna göre 2009 yılında Yargıtay Başkanlığına gelen ve çıkan dosya sayıları şöyledir: Hukuk Daireleri Gelen Dosya-Çıkan Dosya:363962-333042, Ceza Daireleri Gelen Dosya-Çıkan Dosya:279463-224171, Başsavcılık Gelen Dosya-Çıkan Dosya: 300001-231380. Bu rakamlar önceki yıllardan devreden dosyalarla birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay'ın 1.000.000'a yakın dosyayla boğuştuğu görülür. Yargıtay'ın mevcut yapısıyla bu dosyaları "*adil yargılanma hakkı*"nı ihlâl etmeden karara bağlaması mümkün değildir. "*2009 Yılı Faaliyet Raporu*" için bkz. <<http://www.yargitay.gov.tr/dmdocuments/2009FaaliyetRaporu.pdf>> (25.04.2010).

⁸⁵ Yargının bu tutumunun arkasında, Anayasal düzeni oluşturan değerleri mutlaklaştırması ve düzeni "*kapalı bir sistem*" olarak görmesi yatmaktadır. **SANCAR, Mithat:** Temel Hakların Yorumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995, s. 251. Bu durumun ortaya çıkmasında yargının tarafsız ve bağımsız olmaması kadar, insan hakları konusundaki evrensel değerleri benimsemeyen yargı mensuplarının da etkisi vardır. Demokratik Kitle Partisi hakkında açılan kapatma davasında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sözlü savunmasında, Anayasa Mahkemesinin "*...birtakım güçlere ve*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

sayıdadır.

* Güvenlik güçleri tarafından işlendiği iddia edilen adam öldürme, ev yakma, gözaltındakilere işkence ve kötü muamele gibi eylemler karşısında etkili soruşturma ve kovuşturma yapılmaması ya da yapılamaması⁸⁶ nedeniyle Türkiye'nin mahkûm edilmesi de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanamaması ile yakından ilgilidir⁸⁷. Çünkü yargının bağımsız ve tarafsız olduğu bir hukuk devletinde bu tür eylemler suçtur ve bu tür eylemlere karışanlar etkili bir soruşturma ve kovuşturma ile saptanır ve cezalandırılır. Eğer bu tür eylemlere karışanlar yargıdan ve cezadan kurtuluyorsa, yargı ya bağımsız değildir, ya da görevini ihmâl etmektedir.

AİHM tarafından hazırlanan ve bu çalışmaya esas teşkil eden raporlar, Türkiye'nin mahkûmiyet kararlarının çoğunun kaynağının yargı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerini koruması gereken yargının, Türkiye'de tam tersi bir işlev görerek, insan hak ve özgürlüklerini en fazla ihlâl eden organ durumuna düşmesi dikkat çekilmesi gereken bir husustur. Yargının işlevine ilişkin bu çelişkinin giderilmesi için, anayasal, yasal ve idari düzenlemeler biran önce yapılmalı, gerekli idarî tedbirler alınmalıdır.

Son dönemlerde “*Yargı Reformu*” adı altında yapılan Anayasa değişikliğinin⁸⁸, Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının değiştirilmesi ile sınırlı tutulması, bu amaca tek başına hizmet et-

mahkemelere karar beğendirmek zorunda olmadığını” ifade etmesi bu konuda verilebilecek ilginç örneklerden biridir. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?t=manage_karar&ef=show&action=karar&id=2166&content=> (22.04.2010).

⁸⁶ Gözaltında işkence ve kötü muamele görme iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların büyük bir bölümü “*etkin bir soruşturma*” yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin AİHM kararları hakkında geniş bilgi için bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih**: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006; **DOĞAN, İlyas- KAYA, Mehmet**: İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 122; **ANAYURT, Ömer**: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009, s.213-281.

⁸⁷ Türkiye'de, yargı organlarının bazen kamu makam ve görevlilerini korumak gibi amaçlarla hareket ettiği olmuştur. Bu durum, ulusal yargı makamlarına duyulan güvenin azalmasına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargısında, belli konularda iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığı yönünde bir yargının ortaya çıkmasına yol açmıştır. **ALGAN, Bülent**: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.121-122.

⁸⁸ 336 oyla kabul edilen 5982 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” Anayasasının 175. maddesi gereği “*halkoyu*”na sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayımlanmıştır Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 13.05.2010, Sayı:27580.

Yrd. Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

mekten uzaktır. Elbette birçok diğer görev ve yetkilerinin yanında kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme ve siyasî partileri kapatma gibi çok önemli görev ve yetkilere sahip olan Anayasa Mahkemesinin ve hâkim ve savcılar üzerinde çok önemli yetkilere sahip olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun demokratik hukuk devleti standartlarına uygun bir yapıya ve işleve kavuşturulması önemlidir ve Yargı Reformunun bir ayağını teşkil etmektedir. Ancak Yargı Reformu yapılırken sadece Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesi ile yetinilmemeli; hukuk öğretimini, hâkim ve savcılar ve diğer adliye çalışanlarının eğitimini, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı önündeki engellerin kaldırılmasını, yargının daha hızlı çalışabilmesini, adliye binalarının durumunun iyileştirilmesini de sağlayacak bütüncül bir anlayış benimsenmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKAD, Mehmet, (VURAL) DİNÇKOL, Bihterin:** Genel kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2000.
- AKİPEK, Ömer İlhan:** Devletler Hukuku, Birinci Kitap (Başlangıç), İkinci Bası, Başnur Matbaası, Ankara, 1965.
- ALGAN, Bülent:** Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ALTIPARMAK, Kerem:** 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.
- ANAYURT, Ömer:** Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin:** Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Platin, Ankara, 2006.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Su Yayınları, İstanbul 2003.
- ÇEÇEN, Anıl:** İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2000.
- DOĞAN, İlyas:** Devletler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- DOĞAN, İlyas- KAYA, Mehmet:** İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- DONNELLY, Jack:** Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çeviren: Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.

Yrd. Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A.-GÖZÜBÜYÜK, Şeref A.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.

GÜLMEZ, Mesut: Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1994.

KILINÇ, Bahadır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

MADRA, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:458, Ankara, 1981.

MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:237, Ankara, 1968.

NECATİGİL, Zaim M.: Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kısacasında Türkiye: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nde Kıbrıs Rum Yönetimi ve Kıbrıslı Rumlar tarafından Türkiye aleyhine getirilen davalar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

ÖZDEK, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayın No: 20, Ankara, 2004.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, I.Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 1994.

SABUNCU, Yavuz: Anayasaya Giriş, Yenilenmiş 13. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2007.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

SANCAR, Mithat: Temel Hakların Yorumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995.

SUNAY, Reyhan: Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKTAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

TUNÇ, Hasan- BİLİR, Faruk- YAVUZ, Bülent: Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009.

ÜNAL, Şeref: Uluslararası Hukuk , Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

YILDIZ, Mustafa: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1998.

Makaleler

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s.125-141.

ANAYURT, Ömer: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009, s.213-281.

BİLİR, Faruk: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2006, Cilt:55, Sayı:1, s.135-156.

GÜLMEZ, Mesut: “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s.38-82.

Yrd. Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

KARAKIŞ, Şefik: “*AİHM Gemisi Batıyor mu?*”, *Güncel Hukuk*, Mart 2010/3-75, s. 28-31.

REISS, Jennifer W.: “Protocol no. 14 Echr and Russian Non-Ratification: The Current State of Affairs”, *Harvard Human Rights Journal*, Volume:22, 2009, s.293-317.

UYGUN, Oktay: “*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı:20, Ankara, 2003, s.250-284.

İnternet Kaynakları

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2166&content=>

< <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=34382/97&sessionid=51794540&skin=hudoc-en>>

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=25781/94&sessionid=51794540&skin=hudoc-en>>

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=lawless&sessionid=52459350&skin=hudoc-en>>

<<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=7&DF=&CL=ENG>>

<<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/001.htm>>

<<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>>

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/59F27500-FD1B-4FC5-8F3F-F289B4A03008/0/Annual_Report_2007.pdf>

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ACD46A0F-615A-48B9-89D6-8480AFCC29FD/0/FactsAnd Figures_EN.pdf>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler

<<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2BCF2E0C-0883-412C-A89C-3C8641E61F2A/0/Glossaryofstatisticalterms.pdf>>

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C25277F5-BCAE-4401-BC9B-F58D015E4D54/0/Annual_Report_2009_versionProv.pdf>

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5B2847D-640D-4A09-A70A-7A1BE66563BB/0/ANNUAL_REPORT_2008.pdf>

<<http://www.humanrights.coe.int/intro/eng/GENERAL/ECHR.HTM>>

<<http://www.todaie.gov.tr/ihadm/avrupa/protokol14.pdf>>

<<http://www.todaie.gov.tr/ihadm/avrupa/protokol14.pdf>>

<<http://www.un.org/en/aboutun/charter/history/declaration.shtml>>

<<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>

<<http://www.yargitay.gov.tr/dmdocuments/2009FaaliyetRaporu.pdf>>

BOŞ

ÇOĞULCU DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE İNSAN HAKLARI

Yrd.Doç.Dr. Bülent YAVUZ*

ÖZET

Demokrasi uygulaması, çoğunluk diktatörlüğü haline dönüşebilir. Bu ihtimal ilk olarak güçlü azınlıklar tarafından fark edilen bir olgudur. Çoğunluğun yönetiminin demokrasi uygulamasında en uygun alternatif olduğu düşüncesi, demokrasinin dışlayıcı niteliğini gün yüzüne çıkarmıştır. Bu tehlike sebebiyle çoğulcu demokrasi kavramı üretilmiştir. Günümüzün ideal demokrasi anlayışı özgürlükçü ve çoğulcu bir demokrasidir.

İdeal demokrasi uygulamasında, çoğunluğun yönetme hakkı ile yönetilenlerin hak ve hürriyetleri arasında dengenin sağlanması gerekmektedir. Denilebilir ki ideal demokrasi “çoğunluğun sınırlı egemenliği”dir. Bu da ancak hukuk devletinde mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler : Demokrasi, Çoğulcu Demokrasi, İnsan Hakları

PLURALISTIC DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The exercise of democracy may mutate to majoritarian dictatorship. This possibility was first discovered by powerful minorities. The belief that majoritarian management is the most suitable alternative at democracy approach has introduced democracies exclusive characteristic. Because of this risk, pluralistic democracy was created. It can be said that, Today's ideal democracy concept is liberal and pluralistic democracy .

In an ideal democracy, the balance between right to administer and human rights and freedoms should be provided. It can be said that an ideal democracy is “limited sovereignty of majority “. This is possible just in the rule of law.

Key Words : Democracy, pluralistic democracy, Human Rights.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi.

Giriş

Demokrasi kavramı, günümüzün en sık kullanılan ve çok çeşitli anlamlar yüklenilen bir kavramdır. Belki de bu sebeple ne olduğu noktasında en çok tereddüt edilen ve karmaşa yaşanan bir kavramdır. Demokrasi kavramının tarihi gelişim süreci içinde doğrudan-yarı doğrudan-temsili demokrasi, çoğunlukçu-çoğulcu demokrasi, Marksist demokrasi, Liberal Demokrasi, Siber Demokrasi, Militan Demokrasi, Delegasyoncu Demokrasi, Westminster Modeli Demokrasi, Müzakereci Demokrasi, Katılımcı Demokrasi gibi birçok türünün ve farklı açılardan birçok tasnifinin ortaya çıktığını görmekteyiz¹. Bu farklılıklar bir zenginlik olarak görülebilse de aynı zamanda büyük bir karmaşaya da sebep olmaktadır.

Demokrasi uygulamasının çoğunluğun sultanı haline dönüşme ihtimali, ilk olarak güçlü azınlıklar tarafından fark edilen bir olgudur. Çoğunluğun yönetimi anlayışının demokrasi uygulamasında en uygun alternatif olduğu düşüncesiyle birlikte demokrasinin dışlayıcı niteliği gün yüzüne çıkmıştır. Bu tehlike sebebiyle çoğulcu demokrasi kavramı üretilmiştir. Günümüzün ideal demokrasi anlayışının artık bireyin özgürlüklerini koruyan, özgürlükçü, çoğulcu bir demokrasi anlayışı olduğu² söylenebilir.

Çoğulcu, özgürlükçü ve bireyci anlayışın hakim anlayış olması sebebiyle, günümüzde demokrasi kavramının dikkat çeken bir diğer yönü de insan hakları kavramı ile birlikte kullanılıyor olmasıdır. “Demokrasi ve insan hakları” kavramı, politik söylemlerin vazgeçilmez ikiz kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeplerle, “demokrasi” ile “insan hakları” kavramları arasındaki ilişkinin daha anlaşılabilir bir yöntemle ortaya konulması ihtiyacı kendisini hissettirmiştir.

¹ Demokrasi türleri ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz.; Arend LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler, Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oйдаşmacı Yönetim Örüntüleri*, Çev. Ergun ÖZBUDUN-Ersin ONULDURAN, Yetkin Yayınları, Ankara; Hasan TUNÇ, “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, *GÜHF Dergisi*, Prof.Dr. Attila ÖZER’e Armağan, S.12, C.1-2, Ankara 2008.

² Mehmet TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı* 8, Ankara, 1991, s.405.

I. Genel Olarak Demokrasi Kavramı

Demokrasi, Abraham Lincoln'ün meşhur tarifi ile "halkın, halk tarafından ve yine halk için yönetimi"dir³. Dahl'a göre demokrasi, "Kollektif ve bağlayıcı kararlar almanın benzersiz bir yöntemi"⁴dir. Sadece Abraham Lincoln'ün tanımı ile bile demokrasiye ulaşılabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir: öncelikle yönetimin halk eliyle yürütüldüğü bir sistem aklı gelmektedir. Yani ister doğrudan olsun, isterse temsili olsun, devlet yönetiminde halkın söz sahibi olması, devlet yönetimi ile ilgili kararların verilmesinde halkın belirleyici olması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. İkinci olarak, "halk için yönetim" ifadesinden, devlet anlayışının "insan haklarına dayanan bir devlet anlayışı" olması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Yani devletin örgütlenmesinden, yasaların yapılmasına kadar insan haklarını temel alan bir anlayışın hakim olması gerekmektedir. Böylece bütün ulusal politikaların belirlenmesinde de insan hakları eksenli hareket edilmesi zorunlu olmaktadır. Bu durumda demokrasinin işlemesi için vatandaşların da devletin varlık sebebinin vatandaşların temel haklarını eşitçe korumak olduğu bilincine sahip olması gerekir⁵. "Böylece demokrasi, kamunun yönetimine ilişkin kararların, ilgili bütün yurttaşların -ama devletin, bütün yurttaşların temel haklarını eşitlikle korumak için var olduğu bilincinde olan yurttaşların- katılımıyla alındığı yönetim şeklidir."⁶ Bu anlamda bir demokrasinin işleyebilmesi için, "toplum sözleşmesi" kuramının -en azından- devletin kuruluş gayesinin insan hakları olduğu fikri üzerine gerçekleşmesi gerekir. Yani bu konuda toplumda oy birliği sağlanmış olmalıdır⁷.

Milattan önce 4. ve 5. yüzyıllarda Atina'da yaşanan doğrudan demokrasi uygulamasının günümüz şartlarında uygulanma imkanının kalmadığı bilinen bir gerçektir. Zaten eski Yunan uygulamasının bile tam manasıyla doğrudan demokrasi teorisine uygun bir uygulama olmadığı birçok yazar tarafından ifade edilmektedir. Eski Yunan uygulamasında hem yönetime katılımın sınır-

³ Giovanni SARTORI, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU-Mehmet TURHAN), Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s.8.; Giovanni SARTORI, *Demokrasi Kuramı*, Çev.: Deniz Baykal, Siyasi ilimler Türk Derneği, Yayın No:23, Ankara, s.18.

⁴ Robert DAHL, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çeviren Levent Köker, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993, sh. 6.

⁵ İonna KUÇURADİ, *Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları*, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı, s.24.

⁶ KUÇURADİ, s.25.

⁷ KUÇURADİ, s.25.

landırılmış olması, hem de o dönemde bile bizzat halk tarafından yönetim anlayışıyla tezat oluşturan liderlik kurumunun varlığını devam ettirmesi, seçilmiş veya atanmış görevlilerle işlerin yürütülüyor olması⁸ bu görüşü doğrulamaktadır.

Günümüz demokrasileri, bir fiili zorunluluktan dolayı temsili demokrasiler şeklinde işlemektedir. Zaten Duverger de bu gerçeği, demokrasinin “en basit ve gerçekçi tanımının yöneticilerin dürüst ve serbest seçimler yoluyla, yönetilenler tarafından seçildiği rejim⁹” olduğunu ileri sürerek ifade etmiştir. Bu uygulamada Millet, sahip olduğu egemenliği seçimlerle belirlenmiş temsilcileri eliyle kullanmaktadır. Artık günümüzde demokrasi denildiği zaman akla gelen şey temsili demokrasidir¹⁰.

II. Genel Olarak İnsan Hakları ve Demokrasi ile İlişkisi

İbrahim KAPLAN, demokrasi ile insan hakları arasındaki ilişki ile ilgili olarak şöyle bir formül ortaya koymuştur: “Demokrasi latince “demos” yani “halk” ile “kratos” yani hakimiyet-iktidar” köklerinden meydana gelmiş bir kelimedir. Bu anlamıyla “halkın kendi kendini idare etmesi”ni ifade eder. Formülle ifade etmek gerekirse, Demokrasi = Toplumun kendi kendisini idare etmesi; Toplumun kendi kendini idare etmesi = toplumun oybirliği ile hareket etmesi = ferdin kendi kendini idare etmesi = FERDİN HURRIYETİ. Bu durumda Demokrasi =HÜRRIYET”tir¹¹.

İonna KUÇURADI’ye göre günümüzde demokrasi, çok partili siyasi hayat ve seçimlerle özdeşleştirilmekte ve sadece bu unsura indirgenmektedir. Bunun bir sonucu olarak da –özellikle gelişmekte olan ülkelerde- “her şey yapılabilir” anlayışı içinde, daha fazla oy alabilmek için, onları destekleyen seçmen kitlelerini hoşnut edecek vaatlerde bulunmaktadır. Ancak, bu vaatler, insan haklarını ihlal eder nitelikte olabilmektedir. İşte bu anlayıştaki bir demokrasinin insan haklarını koruyucu bir fonksiyon üstlenmediği, bazen de

⁸ Giovanni SARTORI, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev.Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU-Mehmet TURHAN, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.303.; Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 2001, s.201.

⁹ Sami SEZEN, *Seçim ve Demokrasi*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s.37.

¹⁰ Arend LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler, Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri*, Çev. Ergun ÖZBUDUN-Ersin ONULDURAN, Yetkin Yayınları, Ankara, s.11.

¹¹ İbrahim KAPLAN, “Demokrasi-Hukuk-Otorite”, *AÜSBF Dergisi*, C.49., S.1., Ankara, 1994, s.268.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

insan haklarını tehdit eder bir niteliğe büründüğü gözlenmektedir¹². Bu demokrasi anlayışı ve bu türden demokrasi uygulaması, “demokrasinin ne olduğu”, “insan haklarını da güvence altına alan demokrasinin ne gibi niteliklere sahip olması gerektiği” sorularını yeniden gündeme taşımaktadır¹³.

Günümüzde insan haklarının güvence altında olması ve korunması gereği üzerinde bir konsensüsün olduğu söylenebilir. Ancak, insan haklarının korunmasının devletin ana gayesi olduğu anlayışında bir konsensüsün olduğunu söylemek güçtür. Özellikle nelerin demokratik karar alma mekanizmalarına konu olabileceği, nelerin olamayacağı konusunda bir açıklığın olduğunu söylemek zordur. Bir başka deyişle, demokrasi çoğunluğun kural koyma ve yönetme hakkına sahip olması anlamına geldiğine göre, acaba çoğunluk her konuda karar alabilme imkanına sahip olmalı mıdır? Eğer gerçek anlamda bir demokrasi uygulaması isteniyorsa, insan hakları alanındaki güvencelerin -demokrasi araçlarıyla da olsa- kaldırılabilmesinin mümkün olmaması gerekir¹⁴.

Leslie LIPSON’a göre demokrasi, “vatandaşları için mümkün olduğunca fazla hürriyet ve eşitliği birleştiren bir yönetim şekli¹⁵”dir. Liberal demokrasi açısından hürriyet, bireyin sahip olduğu hürriyettir. Dolayısıyla liberal demokrasi anlayışında bireye ait hürriyet ile demokrasi arasında önemli bir bağ vardır. Hürriyet ve eşitliği birbirinden ayırmak da mümkün değildir. Giovanni SARTORI’ye göre eşitlik hürriyet için gereklidir ama yeterli değildir. Diğer bir deyişle eşitlik hürriyetin bir unsurudur ama tek başına hür olmayı sağlamaz. Bireyler diktatörlükte de eşit olabilirler ama hür olduklarını söylemek mümkün değildir. Hatta SARTORI’ye göre hürriyet için eşitliğe gerek bile olmayabilir¹⁶. Demokraside özgürlük herkesin yönetime serbestçe katılımını sağlarken, eşitlik de insanların her türlü farklılığına rağmen, insan onurunun korunması gereğinden dolayı, eşit bir şekilde bu yönetime katılabilmesi anlamına gelmektedir¹⁷. Bu iki unsur demokrasi için olmazsa olmaz şartlar olarak ifade edilmektedir.

¹² KUÇURADİ, s.22.

¹³ KUÇURADİ, s.23.

¹⁴ KUÇURADİ, s.25.

¹⁵ Leslie LIPSON, “Demokrasinin Felsefesi”, Çev. Mustafa ERDOĞAN, Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, 1993, s.17.

¹⁶ SARTORI (1996), s.391-392.

¹⁷ Carl COHEN, Democracy, University of Georgia Press, North Carolina, 1971, s.251. ; TURHAN, (1991) s.411’den naklen.

Temel hak ve hürriyetlerin, demokratik sürecin ayrılmaz parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü ifade hürriyeti, seçme ve seçilme, siyasi parti kurma ve partiye üye olma, kısaca siyasi faaliyette bulunma hürriyeti, demokrasi uygulamasını gerçekleştirebilmek için zorunludur¹⁸.

III. Çoğunlukçu-Çoğulcu Demokrasi Ayrımı ve İnsan Hakları

Demokrasi uygulamasında, çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi ayrımı, “halkın kendi kendini yönetmesi”nin karar alma sürecindeki uygulamasında karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi, günümüzde doğrudan demokrasi uygulaması fiilen mümkün olmadığı için temsili demokrasi uygulaması görülmektedir. Toplum hayatını etkileyecek kararların alınmasında vatandaşların fikrine göre hareket edilmesi demokrasinin bir gereğidir. Bu durumda yönetim fonksiyonunu kim üstlenecektir? Çelişen tercihler söz konusu ise kim tercihte bulunacaktır? Halkın temsilcileri, karar alırken oy birliği ile mi yoksa oy çokluğu ile mi karar alacaklar? Bu soruların cevabı demokrasi ve insan hakları ilişkisi açısından büyük öneme sahiptir.

Karar alma sürecinde temsilcilerin oy birliğini her konuda aramak, demokrasi ideali için en uygun yöntem olsa da, böyle bir tercih pratikte karar alma sürecini işlemez hale getirecektir. Ayrıca her karar alma sürecinde oybirliği şartını aramak, her vatandaşa ya da her temsilciye veto hakkı tanınması anlamına gelecektir¹⁹. Bu durumda karar alma sürecinde oy çokluğuna razı olmak gerekecektir. Şunu açıkça ifade etmek gerekir ki, uygulamada karşımıza çıkabilecek alternatif hiçbir karar alma yöntemi, oy çokluğu ile karar alınmasından daha demokratik bir netice vermez²⁰. Çünkü oy çokluğu ile karar alınmasının, pratiği mümkün olan alternatif karar alma yöntemi olsa olsa azınlığın karar alması yöntemidir.

Demokratik bir devlette vatandaşlar ve onların seçtikleri temsilciler dışında hiçbir makam ya da merci, hürriyet ile düzen ve otorite arasındaki dengeyi belirlemesi noktasında yetkili değildir. Böyle bir konuda karar verme yetkisinin de mecburen çoğunluğa ait olduğunu kabul etmek gerekir. Siyasi iktidarda istikrarı sağlama gereği²¹ ve yönetilebilirliği sağlama zorunluluğu, çoğunluk prensibine razı olmayı gerektirir. Bu durumda denilebilir ki demok-

¹⁸ TURHAN, (1991), s.412.

¹⁹ Mehmet TURHAN. “Çoğunluk İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, 1988..s. 71

²⁰ DAHL, (1993), s.179.

²¹ KAPLAN, s.270.

Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

ratik devlette vatandaşlar veya temsilcileri tek başına değil, ancak çoğunluğu sağlayabildiği takdirde hukuk düzeninde uygulanacak kuralları koyabilirler²².

Çoğunlukçu görüşe göre demokrasinin en basit tanımı “halkın çoğunluk tarafından yönetilmesi”dir. Buna göre çoğunluk yönetecek, azınlık ise muhalefet edecektir. Ancak bu görüşe dışlayıcı olması sebebiyle itiraz edilmekte ve demokrasinin ruhuna aykırı bulunmaktadır. Çünkü böyle bir anlayışta azınlıkta kalan kesimin karar mekanizmasına katılması mümkün değildir. Azınlığın muhalefet etmekten başka fonksiyonu olmamaktadır²³.

Bu arada “çoğunlukçu demokrasi” ile “çoğunluğun yönetimi” kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. “çoğunluğun yönetimi”, kanunların yapılması ve kamusal alanda kararların alınmasında halkın ya da temsilcilerin çoğunluğunun zorunlu ve yeterli olması²⁴ olarak tanımlanmaktadır. Oysa “çoğunlukçu demokrasi” bundan farklı bir anlam taşımaktadır. “Çoğunlukçu demokrasi”, çoğunluğun mutlak ve sınırsız üstünlüğünü, yanılmazlığını ve doğruluğunu²⁵ ortaya koyan bir kavramdır. “Çoğunlukçu demokrasi” anlayışı, çoğunluğun iradesiyle ortaya çıkan, toplumun ortak iyiliğine yönelen, milli irade veya genel irade teorisinin ortaya koyduğu bir demokrasi anlayışıdır. Bu teoriye göre halkın ortak iyiliğine yönelen çoğunluk iradesinin toplumun ortak çıkarı ile çatışması düşünülemez. Bu durumda çoğunluk iradesi karşısında azınlık haklarının korunmasının da bir anlamı olmayacak, hatta bu azınlık hakları zararlı sayılacaktır²⁶. “Genel irade” teorisinin mimarı olan Rousseau, millete ya da halka ait olan egemenliği mutlaklaştırmış ve bu egemenliğin temel haklarla sınırlandırılması fikrinden özellikle uzak durmuştur²⁷. Çoğunlukçu demokrasi anlayışı aynı zamanda devlet organları arasında meclisin üstünlüğünü, dolayısıyla da meclisteki çoğunluğun üstünlüğünü gerektirmektedir. Dolayısıyla çoğunlukçu demokrasi anlayışında kuvvetler ayrılığı ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve anayasa yargısına yer yoktur.

Demokrasinin otoriterizme yol açma ihtimali düşünüldüğü zaman, Rousseau'nun demokrasi kadar iç savaş ve karışıklığa yol açan başka bir re-

²² KAPLAN, s.270.

²³ LIJPHART, s.25.

²⁴ DAHL, (1993), s.169.

²⁵ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Çoğunlukçu Demokrasi, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, AÜHF Dergisi, C.52, S.4., 2003, s.74.

²⁶ HAKYEMEZ, s.75.

²⁷ HAKYEMEZ, s.81.

Jim olmadığı yönündeki fikrinin haklılık payının olduğunu kabul etmek gerekir. Demokrasinin çoğunluğun sınırsız yönetme hakkı olduğu anlayışı benimsendiği zaman, çoğunluğun iradesini sınırsız bir şekilde azınlığa zorla kabul ettirmesini de kabul etmek gerekecektir. Ancak bu durumda demokrasi ile ulaşılmak istenen amaçtan uzaklaşmış olacaktır. Çoğunluğun sınırsız iktidarı demokrasiyi de ortadan kaldırabilir. Çünkü, demokrasinin işleyişinde çoğunluk ve azınlığın zaman içinde yer değiştirebilmesi gerekir. Oysa, çoğunluğa sınırsız iktidar verildiği takdirde, her zaman iktidarda kalmayı sağlayabilmek için demokrasi sürecini durdurabilme iktidarı da verilmiş olacaktır. Çoğunlukçu demokrasi anlayışında muhalefet engellenebilir, kösteklenebilir veya ezilebilir. Bu durumda da “çoğunluğun zorbalığı²⁸”ndan bahsedilir. Şu halde çoğunluğun sınırlandırılması, demokrasinin işlemesi için zorunludur²⁹. Çoğunluğun desteği ile toplumu yönetenlerin, elde ettikleri yönetme yetkisini toplum aleyhine kullanmalarının, demokrasi adına korunması mümkün değildir. Demokrasi, salt çoğunluğun iktidarını sağlamaktan ziyade çoğunluk ile azınlığın uzlaşmasını sağlayan bir sistemdir. Demokrasi, azınlığın haklarını güvence altında tutan ve çoğunluğun iktidarını dizginleyen bir sistemdir³⁰.

Demokrasinin hedeflerine ulaşma adına cevap bulması gereken sorulardan biri de şudur: Uzunca bir süre bir partinin iktidarda kalması, azınlıkta kalan kesimin bu süre boyunca çoğunluğun yönetimine katılmak zorunda kalması halinde, demokrasinin halkın yönetimi olma idealine ulaşıldığından bahsedilebilir mi? Lijphart’a göre ilk bakışta bir partinin iktidardan dışlanmış olması, demokrasi idealine aykırı görülebilir. Ona göre bu durumda da iktidar ve muhalefete destek veren seçmen kitlelerinin türdeş olmaları ve iktidardan uzak kalan partinin seçmenlerinin menfaat ve tercihleri iktidar tarafından karşılandığı takdirde “halkın yönetimi” ve “halk için yönetim” yani demokrasi idealinin gerçekleştiğinden bahsedilebilir. Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki, seçmen kitleleri türdeş olmayan toplumlar için, azınlıktaki kesimin uzun süre iktidardan uzak kalması halinde, demokrasi idealinin gerçekleştiğinden bahsedilemez. Böyle toplumlarda hem partiler tarafından sunulan politikalar uyumlu değildir, hem de seçmenlerin tercih ve beklentileri arasında ciddi farklar mevcuttur³¹. Dolayısıyla azınlıkta kalan kesimin beklenti ve taleplerinin

²⁸ SARTORI, (1996), s.145.

²⁹ SARTORI, (1996), s. 26.

³⁰ Karl D. BRACHER, Demokrasinin Ahlakı Üzerine Düşünceler, (Çev. Hüseyin BAĞCI), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, s.78.

³¹ Arend LIJPHART, Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in 36 Countries. New Haven: Yale University Press,1999, s.32.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

yönetim tarafından karşılanması da pek gerçekleşmeyecektir. Çoğunluğu elinde bulunduran iktidar, azınlık ile uzlaşma çabasına girişmediği, girişse bile başarılı olamadığı takdirde, azınlıkta kalan muhalefetin dışlanmışlık psikolojisi içinde şiddet içerikli protestolara ya da başkaldırı yoluna³² müracaat etmesi, sistem dışı birtakım yöntemlere başvurması muhtemeldir.

Çoğunluğun yönetimi ile işletilen demokrasinin sağlıklı işleyebilmesi ve demokrasi idealini gerçekleştirebilmesi, bir başka ihtimalle de mümkündür. Bunun sağlanabilmesi için iktidarın düzenli bir şekilde el değiştirebildiği ve muhalefetin de seçim sonuçlarını adil ve kabul edilebilir bulduğu bir toplum yapısının olması³³ gerekir. Böylece, bir dönem için iktidardan uzak kalan, iktidarda talepleri dile getirilmeyen ve temsil edilmeyen görüşler, sonraki dönem ya da dönemlerde iktidara taşınacağı için toplumda denge sağlanmış olacaktır.

Bu arada belirtmek gerekir ki, çoğulcu bir demokraside iktidarın düzenli olarak el değiştireceğinin garantisi yoktur. Dolayısıyla, azınlıkta kalan kesim, güçlerinin sınırlandırıldığını, hatta varlıklarının tehlike altında olduğunu düşünebilmektedirler³⁴. Bu da “çoğunluğun diktası”, “sivil dikta”, “çoğunluğun zorbalığı” kavramlarının üretilmesine sebep olmaktadır. Böyle bir demokrasi anlayışında demokrasi adına zulüm işlenmiş olmaktadır. Bu da demokrasi kavramı ile ulaşılmak istenen bir netice değildir. Ayrıca, çoğunluğun diktatörlüğünün tek kişinin diktatörlüğünden farklı olduğunu iddia etmek de mümkün değildir³⁵.

Çoğulcu demokrasinin “Milli Egemenlik” anlayışının ürünü, çoğulcu demokrasinin de “Halk egemenliği” anlayışının ürünü olduğu ifade edilir. Esasında bilinenin tersine, “Milli Egemenlik” anlayışının “Halk Egemenliği” anlayışından farklı olarak çoğulcu demokrasi anlayışını beraberinde getirdiğini söylemek de mümkündür. Çünkü, “Milli Egemenlik” anlayışında halkın, temsilci ya da vekiline emir verme yetkisi olmadığından, parlamentoda çoğunluğa sahip kesime oy veren seçmenlerin, temsilcilerine vereceği emir ve talimatlarla azınlık üzerinde “çoğunluk tahakkümü” kurması mümkün olmayacaktır. Oysa “Halk Egemenliği” anlayışında halk (yani seçmen) temsilcisi ya da vekiline emir ve talimat verme imkanına sahip olduğu için, parlamentoda çoğunluğa sahip partiye oy veren seçmenlerin temsilcilerine vereceği emir

³² Nur ULUŞAHİN, “Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği”, Anayasa Yargısı 24, Ankara, 2007, s. 623.

³³ LIJPHART, Çağdaş Demokrasiler, s.25.

³⁴ ULUŞAHİN, s.623.

³⁵ KAPLAN, s.268.

ve talimatlarla azınlık üzerinde “çoğunluk tahakkümü” kurması mümkün olabilecektir. Ayrıca “Millet” adına hareket etmek, “Halk” adına hareket etmekten daha büyük sorumluluk gerektirir. “Milli Egemenlik” anlayışında “Millet” kavramı, geçmişte yaşamış ve gelecekte yaşayacak fertleri kapsadığı için, çok daha geniş bir kesimi düşünmeyi gerektirecektir. Oysa “Halk Egemenliği” anlayışında “halk” sadece halihazırda yaşayan fertleri kapsadığı için, sadece bu fertleri ve dolayısıyla halkın çoğunluğunu tatmin ettiği takdirde amacına ulaşmış olacaktır.

Çoğulcu demokrasi anlayışı, çoğunluk yönetiminin çoğunlukçu demokrasi anlayışına kayma tehlikesini önleme kaygısından hareketle üretilmiş bir kavramdır. Çoğulcu demokrasi anlayışında da çoğunluğun yönetme hakkı bulunmaktadır. Ancak, azınlıkta kalan kesimin hakları da son derece önemlidir. Çoğulcu demokraside parlamentonun ve parlamentodaki çoğunluğun üstünlüğü kabul edilebilir ama sınırsız yetkilerinin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yukarıda da bahsedildiği gibi, çoğunluğun yönetimi, demokrasinin işlerliği için gereklidir ancak yeterli değildir. Demokrasi adına diğer unsurların da varlığı gerekmektedir³⁶. Günümüz demokrasilerinde artık çoğunluğun yönetme hakkının yanında temel hak ve hürriyetlerin güvence altında olması, anayasanın üstünlüğü, anayasaya uygunluk denetimi ve kuvvetler ayrılığının olması da aranan şartlardandır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesi yaşanan acı tecrübelerle birlikte, Dünya genelinde bu unsurların da kabul edilmesiyle, çoğunlukçu demokrasi anlayışı yerini çoğulcu demokrasi anlayışına yavaş yavaş terk etmeye başlamıştır. Artık, çoğunluğun bazen yanılabilceği, adalete hizmet etmeyeceği, hatta bilinçli olarak antidemokratik emelleri gerçekleştirebileceği anlaşılmıştır³⁷.

İdeal demokrasi uygulamasında, çoğunluğun yönetme hakkı ve yönetenlerin otoritesi ile yönetilenlerin hak ve hürriyetlerinin dengelenmesi gerekmektedir. Denilebilir ki ideal demokrasi “çoğunluğun sınırlı egemenliği³⁸”dir. Bu da ancak hukuk devletinde mümkün olacaktır. Hukuk devletinde devlet olma iradesi ile hürriyetçi, çoğulcu demokrasi arasında denge kurulmaktadır. Hukuk devletinde siyasal karar alma mekanizmasına katılacak olan temsilci ve yöneticiler, demokratik hukuk devletini korumak ve devamını sağlamakla yükümlüdürler³⁹.

³⁶ TURHAN, s.73; HAKYEMEZ, s.76.

³⁷ HAKYEMEZ, s.89-90.

³⁸ SARTORI, (1996), s. 34.

³⁹ KAPLAN, s.268-269.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

Çoğulcu demokrasi anlayışı ile ilgili çalışmalarda genellikle iktidar ile muhalefet arasındaki ilişki, diğer bir ifade ile çoğunluk ile güçlü azınlık arasındaki ilişki üzerinde durulmaktadır. Oysa, güçlü olmayan azınlığın durumu ile pek ilgilenilmez. Güçlü azınlık, kendileri ile ilgili önemli konuları gündeme taşırken kendileri için önemli olmayan konuları pek gündemine almazlar. Bu durumda güçlü olmayan azınlıkların haklarının korunması ve bu alandaki taleplerinin gündeme getirilmesi açısından bir eksikliğin olduğunu kabul etmek gerekir. Bu eksikliği giderme adına sivil toplum kuruluşlarının faaliyetinde bulunması, bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu kuruluşların faaliyetleri, çoğunlukçu demokrasi anlayışındaki çoğunluk sultasının engellenmesi adına önemli bir katkı sağladığı gibi, siyasi parti şeklinde örgütlenememiş küçük azınlıkların taleplerinin gündeme getirilmesine de aracılık edebilir⁴⁰.

IV. Liberal Demokrasi-Çoğulcu Demokrasi-İnsan Hakları İlişkisi

Liberalizmin asıl ele aldığı konunun bireysel özgürlükler olduğu bilinen bir gerçektir. Bireysel özgürlüklerin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, devlet iktidarının bu özgürlükleri sınırlayıp sınırlamadığı meselesi, liberalizm açısından asıl önemli olan konudur⁴¹. Diğer bir deyişle, kanunların nasıl yapıldığının, yönetimin nasıl iş başına geldiğinin liberalizm açısından çok da önemi yoktur. Yönetim nasıl iş başına gelirse gelsin, kanunlar nasıl yapılsa yapılsın, önemli olan o yönetimin ve çıkardığı kanunların bireysel özgürlükler açısından tehlike oluşturup oluşturmadığıdır. Oysa demokrasi, egemenliğin kime ait olduğu, yönetime kimin, nasıl geleceği ile ilgilidir⁴².

Ulus-Devlet anlayışının kokusunun sindiği, bireyci olmaktan ziyade Cumhuriyetçi olan klasik liberal demokrasinin kişilere eşit haklar tanıırken kolektif hakları reddettiği⁴³ ileri sürülür. Bu yaklaşımıyla Cumhuriyetçi liberal demokrasinin toplumdaki hakim grubun diğer gruplara kendi dilini, kültürünü, kimliğini dayattığı eleştirisiyle karşı karşıya kaldığı⁴⁴ ifade edilmek-

⁴⁰ İlhan TEKELİ, "Tek ve Çok Kademeli Demokrasi Kuramlarının Ontolojik Kabul-leri Üzerine", *Doğu Batı-Düşünce Dergisi*-S. 28, Ağustos-Eylül-Ekim 2004, s.197 vd.

⁴¹ Atilla YAYLA, *Liberalizm*, Ankara, 1992, s.13.

⁴² Ruhdan YUMER, "Hayek'çi Liberalizmin Temel İlkeleri", *Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar*, s.110.; Murat NİŞANCI, "Liberal Demokrasi ile Popülist Demokrasi Arasındaki Gerginliğin Ekonomik Nedenleri", *AÜEHFD*, C.V, S.1-4 (2001), s.582-583.

⁴³ Sammy SMOOHA, "Types of Democracy and Modes of Conflict Management in Ethnically Divided Societies," *Nations and Nationalism*, Vol. 8, No. 4, 2002, s. 423-424.; ULUŞAHİN, s.622.

⁴⁴ ULUŞAHİN, s.617.

tedir. Böyle bir demokrasi anlayışının çoğulcu değil çoğunlukçu demokrasi anlayışını ortaya çıkardığı söylenebilir. Bu da aslında liberal demokrasinin bir çelişkisi olarak görülebilir. Çünkü, bu anlayışta bir yandan bireyin haklarının korunması istenirken, diğer yandan çoğunlukçu demokrasi anlayışı ile azınlıkta kalan kesimin haklarının ihmal edilmesi kabul edilmektedir.

Hayek, Demokrasi ve liberalizmin birbirinden farklı yönlerinin olduğunu ileri sürmektedir. Şöyle ki, demokrasi, kanunların nasıl yapılacağı ile ilgili iken, liberalizm bu kanunların içeriği ile ilgilendir. Demokraside çoğunluğun iradesi doğru kabul edilirken, liberalizmde iradenin çoğunluğun iradesi olması yeterli değildir. Liberalizm açısından çoğunluğun iradesi olsa bile bu iradenin evrensel hukuk normlarına uygunluğu önemlidir. Demokrasi kimin yöneteceği ile ilgilendirken, liberalizm yöneten kim olursa olsun, ne kadar sınırlandırıldığı önemlidir⁴⁵. Bu durumda çoğunluğun yönetme hakkını tanımakla birlikte, azınlıkta kalan kesimlerin haklarının da korunabilmesini gerekli gören liberal demokrasinin aslında çoğulcu demokrasi anlayışını benimsediğini söylemek mümkündür. Bir başka ifade ile liberal demokrasi, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği, bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu kısaca hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu çoğulcu bir sistemi ifade etmektedir⁴⁶. Hatta Hayek, “Devlet iktidarını sınırlandırıcı özellik göstermeyen” hakları insan hakları olarak bile görmez⁴⁷. Liberal batılı demokrasilerde, temsili demokrasi uygulamasıyla birlikte bireyin devletin bütün faaliyetlerine özgür ve eşit katılımı gereklidir⁴⁸.

⁴⁵ Friedrich A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Routledge and Keagan Paul, London, 1960, 103. vd.

⁴⁶ Hasan TUNÇ, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara 1999, s.190.; Fuat KEYMAN, “Nasıl Bir Liberal Demokrasi?”, *Diyalog*, S.1, 1996/1, s.98.; Nihat BULUT, “Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi”, *AÜEHF Dergisi*, C.VII, S.1-2, Haziran 2003, s.66; Zühtü ARSLAN, “İki Anayasa, İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesinin 43. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 2005, Ankara. s.366.; Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Yayınevi, Ankara 2001, s.241 vd.; Levent KÖKER, *Demokrasi Üzerine Yazılar*, Ankara 1992, s.29.; Coşkun Can AKTAN, “Demokrasi, Liberalizm ve Sınırlı Devlet”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yıl 5, S.25., Ocak-Şubat 1999, s.142.

⁴⁷ Friedrich A. HAYEK, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı*, (Çev. Mustafa ERDOĞAN), Türkiye İş Bankası Yayını, İstanbul, 1995, s.145.

⁴⁸ Ulrich CARPEN, “Human Rights in the Constitutions of Western World: Some Interpretational Trends”, *Comparative Constitutional Law*, Der. Mahindra P. Sing, Lucknow: Eastern Book Co.1989, s.376. TURHAN, (1993), s.411’den naklen.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

“Liberal Demokrasi”, günümüzde, batılı toplumsal-siyasal örgütlenme tarzının, kurumsallaşmış niteliklerini ifade eden terim olarak kullanılmaktadır. Ancak, bu tanımdan, “Liberal Demokrasi”nin sadece demokrasinin kurumlarını ve hükümet kurma yöntemlerini izah eden bir tariften ibaret olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Liberal demokrasi kavramının ifade ettiği daha derin ve geniş bir anlam vardır. Bu anlam, mükemmel toplumsal-siyasal yönetimin ne olduğu sorusuna verdiği cevaptır. Bu cevap: Fransız devrimine ve onun başlangıç noktası olan aydınlanma çağı filozoflarının ideallerine kadar uzanan demokrasi hareketinin, insan hak ve hürriyetlerinin varlığını esas alan, bireysel eşitlik ve özgürlüğü tesis etme gayreti içinde, toplumsal-siyasal kurumsallaşmanın gereğini ifade eden bir anlayışı ortaya koyar. Liberal demokrasi yerine “özgürlükçü demokrasi”, “çoğulcu demokrasi” terimleri de kullanılmaktadır. Türk Anayasal sisteminin tercihinin de “liberal demokrasi”den yana olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, 1982 Anayasası’nın daha Başlangıç kısmında “hürriyetçi demokrasi”den bahsedilmektedir. Ayrıca Anayasa’nın siyasal çoğunluğu sınırlandıran birçok kuruma yer verdiği görülmektedir. Bu düzenleme tarzının da nedeni açıktır: “çoğunluğa karşı güvensizlik”⁴⁹.

Robert Dahl, liberal demokrasinin varlığı için “asgari usulü şartlar” adını verdiği şartlarını şu şekilde saymıştır⁵⁰;

- Devlet politikası ve hükümet kararları üzerindeki kontrol yetkisi, anayasal olarak, seçimle iş başına gelmiş görevlilere ait olmalıdır.
- Her vatandaşa –kanunla belirlenmiş objektif şartlara sahip olmak kaydıyla- seçimlerde oy kullanma hakkı verilmelidir.
- Seçimler özgür ve adil olmalıdır. Yöneticiler, düzenli aralıklarla yapılan, adil bir biçimde yürütülen, her türlü baskı ve iradeyi sakatlayıcı etkiden arındırılmış seçimlerle iş başına gelmelidir.
- Kanunla belirlenmiş objektif şartları taşımak kaydıyla, seçimle gelinecek makamlar açısından herkese imkan tanınmalıdır.
- Vatandaşlar cezalandırılma tehdidi altında olmaksızın, geniş anlamıyla siyasal meseleler hakkında, görevlilerin, yönetimin, rejimin, sosyal ekonomik düzenin ve yürürlükte bulunan ideolojinin eleştirisi de dahil olmak üzere, kendi düşüncelerini ifade etme hakkına sahip olmalıdır.

⁴⁹ ARSLAN, s.367.

⁵⁰ Robert A.DAHL, Polyarchy, Participation and Opposition, New Haven, Yale University Press, 1971, s 1-5.

- Vatandaşlar, alternatif bilgi kaynaklarına ulaşma hakkına sahip olmalıdır.
- Vatandaşların temel hakları güvence altında olmalı ve çeşitli ideallerini gerçekleştirebilmek için, -şiddet içermemek kaydıyla- siyasal partiler ve çıkar grupları da dahil, özerk kuruluşlar ve örgütler oluşturma imkânına sahip olmalıdır.

Son üç şartın insan haklarıyla doğrudan ilgili olan şartlar olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Hem ifade hürriyeti hem de siyasi faaliyette bulunma hürriyeti, en temel insan hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaten liberal demokrasinin şartlarından biri olarak sayılan temel hakların güvence altında olması şartı, temel hakları bütünüyle kapsayıcı niteliktedir.

V. Katılma Hakları ile Demokrasi İlişkisi

Doktrinde, insanların sahip oldukları hakların düzenlendikleri alana göre, kamu hakları ve özel haklar olarak ikiye ayrılarak ele alındığı⁵¹ görülmektedir. İnsan hakları denildiğinde ilk akla gelen de kamu hakları olmaktadır. Kamu haklarını, Jellinek'in klasik tasnifine göre, "negatif statü hakları", "pozitif statü hakları", "aktif statü hakları" şeklinde tasnif etmek⁵² mümkün olduğu gibi, "bireysel haklar" ve "kollektif haklar" olarak da tasnif etmek⁵³ mümkündür.

"Aktif statü hakları" kavramı, vatandaşın devlet yönetimine katılımı için kullanılan kavramdır. Yani siyasal katılma haklarını karşılamaktadır. Siyasal katılma iktidarın halk iradesine dayandırılması fikrinden doğan bir kavramdır⁵⁴. Demokrasi de en yalın haliyle halkın yönetimi, halkın iktidarı, halkın yönetime katılması olduğuna göre, siyasi haklar yani siyasal katılma hakları, demokrasi uygulamasını hayata geçiren haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Demokratik bir rejimde vatandaşlar, hür ve eşit bir şekilde yönetime katılma hakkına sahiptir. Siyasal katılma, demokratik rejimlerde çeşitli yollarla gerçekleşmektedir: Vatandaşlar, seçimlerde ve referandumlarda oy kullanmanın yanı sıra bir siyasi partiye girerek, diğer sivil toplum kuruluşlarına girerek, çeşitli miting ve yürüyüşlere katılarak da bu haklarını kullanabilirler.

⁵¹ Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2008, s.282-283.

⁵² Bülent ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.38.; Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.77.; GÖZLER, s.284-285.

⁵³ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Kollektif Özgürlükler*, DÜHFY., Diyarbakır, 1989, s.6.; KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, AFA Yayınevi, İstanbul, 1993, s197 vd.

⁵⁴ Münci KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1989., s.130.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

Siyasal katılma seçimlerde oy kullanmada olduğu gibi, bireyin tek başına iktidarın kararlarını etkilemeye yönelik yaptığı eylemlerle⁵⁵ bireysel olarak gerçekleştirilebileceği gibi, siyasi parti, dernek, meslek örgütü gibi örgütler vasıtasıyla kollektif olarak da gerçekleştirilebilir. Bu noktada “kollektif hak” kavramı ortaya çıkmaktadır. Sadece toplu hareketle ve bir toplulukla kullanılabilen, topluluk olmaksızın kullanılması mümkün olmayan haklar “kollektif haklar”dır⁵⁶. J. Donnelly’e göre bireyler hem tek tek hem de bir topluluk üyesi sıfatıyla insan haklarına sahiptir. Topluluk üyesi sıfatıyla sahip olunan haklar da aslında topluluğun değil, topluluk üyesi olan bireylerin haklarıdır⁵⁷. Toplulukların da hakları olabilir. Ancak bu haklara insan hakları demek mümkün değildir⁵⁸. Ancak, diğer taraftan Gemalmaz ve Kaboğlu, kollektif hakların öznesinin bir grup, topluluk ya da halk olabileceğini⁵⁹ ifade etmektedir. Kollektif hakların öznesi ister birey isterse topluluk olsun, her halükarda doğrudan ya da dolaylı olarak insan haklarına dayanmaktadır. Bu yönüyle de demokrasi ile insan hakları ilişkisinin yoğun olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Demokrasi uygulaması, siyasi katılma ve kollektif hakların kullanılması alanında en aktif fonksiyon siyasi partiler tarafından icra edilmektedir. Siyasi partilerin gelişimi ile demokrasinin gelişiminin paralel olduğu görülmektedir⁶⁰. Siyasi partiler modern devletlerde demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi parti, bir program etrafında toplanmış, siyasi iktidarı elde etmek ya da paylaşmak amacını güden, sürekli bir örgüte sahip kuruluştur. İktidarı elde etme yada paylaşma amacı, siyasi partiyi diğer sosyal gruplardan ayıran en önemli özelliğidir⁶¹. Duverger’e göre “Partisiz bir rejim, doğum, servet ya da mevki bakımından seçilmiş yönetici elitlerin sürekliliğini sağlar. Halktan bir adamın yönetici bir oligarşiye girebilmesi için büyük bir çaba göstermesi, burjuva eğitiminin basamaklarını tırmanarak, doğduğu sınıfla temasını kes-

⁵⁵ Ersin KALAYCIOĞLU, Karşılaştırmalı Siyasal Katılma, İÜSBF Yayınları, İstanbul, 1993, s.189.

⁵⁶ KABOĞLU, (1989), s.34.

⁵⁷ Jack DONNELLY, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Çev. Mustafa Erdogan-Levent Korkut, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1995), s.30-31.

⁵⁸ DONNELLY, s.153-159.

⁵⁹ Mehmet Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001., s.470.; KABOĞLU, (1989), s.56-64.

⁶⁰ Maurice DUVERGER, Siyasi Partiler, (Çev.Ergun ÖZBUDUN), Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974.

⁶¹ KAPANİ, s.160.

mesi gerekir. Partisiz bir rejim tutucu bir rejim olmak zorundadır. Böyle bir rejimde, ya oy hakkı mülkiyete dayanır ya da halka kendi içinden gelmeyen liderler empoze etmek suretiyle genel oyun felce uğratılmasına çalışılır. Bu sistem demokrasiye partiler rejiminden daha uzaktır.”⁶²

Siyaset sahnesinin ve siyasi katılmanın baş aktörleri şüphesiz siyasi partilerdir. Ancak siyasi partiler bu alanda yalnız değildir. Yardımcı oyuncu olarak baskı grupları ya da menfaat grupları da önemli roller üstlenmiştir. “Baskı Grupları, ortak menfaatler veya idealler etrafında birleşen ve bunları gerçekleştirmek için siyasi iktidar üzerinde etki yapmaya çalışan örgütlenmiş gruplardır.”⁶³ Baskı grubunda siyasi iktidarı “etkileme” amacı ayırt edici özelliktir. Baskı grubu ya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak siyasal kararları etkilemeye çalışır. Baskı grubu ya doğrudan taleplerini dile getirir ya da dolaylı olarak, kamuoyunu etkilemeye çalışır.⁶⁴

Vatandaşların tek başlarına siyasi iktidarı etkilemeleri son derece zordur. Oysa toplu olarak yürüttükleri birtakım eylemlerle, çok daha etkili bir biçimde siyasi iktidarı etkileyebilmeleri mümkündür. Bu da ancak baskı grupları ile mümkün olacaktır. Halkın yönetimi mümkün olduğunca yoğun bir şekilde etkileyebilmesi, demokrasi idealinin gerçekleştirilebilmesi için önemlidir. Bu fonksiyonu ile günümüz demokrasisinde kolektif hakların işletilme aracı olarak baskı gruplarının önemi kendisini hissettirmektedir.

SONUÇ

Çoğulcu, özgürlükçü bireyci anlayışın hakim anlayış olması sebebiyle, günümüzde demokrasi kavramının dikkat çeken bir diğer yönü de insan hakları kavramı ile birlikte kullanılıyor olmasıdır. Günümüzde insan haklarının güvence altında olması ve korunması gereği üzerinde bir konsensüsün olduğu söylenebilir. Ancak, insan haklarının korunmasının devlet ana gayesi olduğu anlayışında bir konsensüsün olduğunu söylemek güçtür. Özellikle nelerin demokratik karar alma mekanizmalarına konu olabileceği, nelerin olamayacağı konusunda bir açıklığın olduğunu söylemek zordur. Eğer gerçek anlamda bir demokrasi uygulaması isteniyorsa, insan hakları alanındaki güvencelerin -demokrasi araçlarıyla da olsa- kaldırılabilmesinin mümkün olmaması gerekir.

⁶² DUVERGER, s.85.

⁶³ KAPANİ, s.193.

⁶⁴ KAPANİ, s.193-194.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

Demokraside özgürlük herkesin yönetime serbestçe katılımını sağlarken, eşitlik de insanların her türlü farklılığına rağmen, insan onurunun korunması gereğinden dolayı, eşit bir şekilde bu yönetime katılabilmesi anlamına gelmektedir. Bu iki unsur demokrasi için olmazsa olmaz şartlar olarak ifade edilmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin, demokratik sürecin ayrılmaz parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü ifade hürriyeti, seçme ve seçilme, siyasi parti kurma ve partiye üye olma, kısaca siyasi faaliyette bulunma hürriyeti, demokrasi uygulamasını gerçekleştirebilmek için zorunludur. Karar alma sürecinde temsilcilerin oy birliğini her konuda aramak, demokrasi ideali için en uygun yöntem olsa da, böyle bir tercih pratikte karar alma sürecini işlemez hale getirecektir.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışında muhalefet engellenebilir, kösteklenebilir veya ezilebilir. Bu durumda da “çoğunluğun zorbalığı”ndan bahsedilir. Şu halde çoğunluğun sınırlandırılması, demokrasinin işlemesi için zorunludur. Çoğunluğun desteği ile toplumu yönetenlerin, elde ettikleri yönetme yetkisini toplum aleyhine kullanmalarının, demokrasi adına korunması mümkün değildir. Demokrasi, salt çoğunluğun iktidarını sağlamaktan ziyade çoğunluk ile azınlığın uzlaşmasını sağlayan bir sistemdir. Demokrasi, azınlığın haklarını güvence altında tutan ve çoğunluğun iktidarını dizginleyen bir sistemdir.

Çoğunluğun yönetimi ile işletilen demokrasinin sağlıklı işleyebilmesi ve demokrasi idealini gerçekleştirebilmesi mümkündür. Bunun sağlanabilmesi için iktidarın düzenli bir şekilde el değiştirebildiği ve muhalefetin de seçim sonuçlarını adil ve kabul edilebilir bulduğu bir toplum yapısının olması gerekir.

Çoğulcu demokrasi anlayışı, çoğunluk yönetiminin çoğunlukçu demokrasi anlayışına kayma tehlikesini önleme kaygısından hareketle üretilmiş bir kavramdır. Çoğulcu demokrasi anlayışında da çoğunluğun yönetme hakkı bulunmaktadır. Çoğulcu demokraside parlamentonun ve parlamentodaki çoğunluğun üstünlüğü kabul edilebilir ama sınırsız yetkilerinin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Günümüz demokrasilerinde artık çoğunluğun yönetme hakkının yanında temel hak ve hürriyetlerin güvence altında olması, anayasanın üstünlüğü, anayasaya uygunluk denetimi ve kuvvetler ayrılığının olması da aranan şartlardandır.

İdeal demokrasi uygulamasında, çoğunluğun yönetme hakkı ve yönetenlerin otoritesi ile yönetilenlerin hak ve hürriyetlerinin dengelenmesi gerek-

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

mektedir. Denilebilir ki ideal demokrasi “çoğunluğun sınırlı egemenliği”dir. Bu da ancak hukuk devletinde mümkün olacaktır. Hukuk devletinde devlet olma iradesi ile hürriyetçi, çoğulcu demokrasi arasında denge kurulmaktadır.

KAYNAKÇA:

- AKTAN, Coşkun Can :“Demokrasi, Liberalizm ve Sınırlı Devlet”, Yeni Türkiye Dergisi, Yıl 5, S.25., Ocak-Şubat 1999.
- ALGAN, Bülent : Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007
- ARSLAN, Zühtü :“İki Anayasa, İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 43. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 2005, Ankara.
- BRACHER, Karl D.: Demokrasinin Ahlakı Üzerine Düşünceler, (Çev. Hüseyin BAĞCI), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar.
- BULUT, Nihat :“Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi”, AÜEHF Dergisi, C.VII, S.1-2, Haziran 2003
- CARPEN, Ulrich :“Human Rights in the Constitutions of Western World: Some Interpretational Trends”, Comparative Constitutional Law, Der. Mahindra P. Sing, Lucknow: Eastern Book Co.1989.
- COHEN,Carl :Democracy, North Carolina: University of Georgia Press, 1971.
- DAHL, Robert : Demokrasi ve Eleştirileri, Çeviren Levent Köker, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993.
- DAHL, Robert :Polyarchy, Participation and Opposition, New Haven, Yale University Press, 1971.
- DONNELLY, Jack : Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev.: Mustafa Erdogan-Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara, 1995
- DUVERGER, Maurice : Siyasi Partiler, (Çev.Ergun ÖZBUDUN), Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974.

Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları

- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001
- GEMALMAZ, Mehmet Semih : Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, Beta yayınları, İstanbul, 2001.
- GÖZLER, Kemal : Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi Bursa, 2008.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki :Çoğunlukçu Demokrasi, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, AÜHF Dergisi, C.52, S.4., 2003
- HAYEK, Friedrich A.(1995): Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı, (Çev. Mustafa ERDOĞAN), Türkiye İş Bankası Yayını, İstanbul, 1995
- HAYEK, Friedrich A. : The Constitution of Liberty, Routledge and Keagan Paul, London, 1960
- KABOGLU, İbrahim Ö. (1989) : Kolektif Özgürlükler, DÜHFY., Diyarbakır, 1989.
- KAPANİ, Münci : Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara 1989.
- KAPLAN, İbrahim: “Demokrasi-Hukuk-Otorite”, AÜSBF Dergisi, C.49., S.1., Ankara, 1994
- KEYMAN, Fuat :“Nasıl Bir Liberal Demokrasi?”, Diyalog, S.1, 1996/1
- KÖKER, Levent : Demokrasi Üzerine Yazılar, Ankara 1992
- KUÇURADİ, İonna : Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı.
- LIJPHART, Arend (1999) : Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in 36 Countries. New Haven: Yale University Press,1999.
- LIJPHART, Arend : Çağdaş Demokrasiler, Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Çev. Ergun ÖZBUDUN-Ersin ONULDURAN, Yetkin Yayınları, Ankara.
- LIPSON, Leslie : “Demokrasinin Felsefesi”, Çev. Mustafa ERDOĞAN, Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, 1993.
- NİŞANCI, Murat : “Liberal Demokrasi ile Popülist Demokrasi Arasındaki

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

Gerginliğin Ekonomik Nedenleri”, AÜEHFD, C.V, S.1-4
2001.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar : Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınevi,
Ankara, 2007.

SARTORI, Giovanni: Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. Tuncer
KARAMUSTAFAOĞLU-Mehmet TURHAN), Yetkin
Yayınevi, Ankara, 1996

SARTORI, Giovanni : Demokrasi Kuramı, Çev.: Deniz Baykal, Siyasi ilimler
Türk Derneği, Yayın No:23, Ankara.

SEZEN, Sami :Seçim ve Demokrasi, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.

SMOOHA, Sammy: “Types of Democracy and Modes of Conflict Management
in Ethnically Divided Societies,” Nations and Nationalism,
Vol. 8, No. 4, 2002.

TEKELİ, İlhan :“Tek ve Çok Kademeli Demokrasi Kuramlarının Ontolojik
Kabulleri Üzerine”, Doğu Batı-Düşünce Dergisi-Sayı 28-
2004.

TUNÇ, Hasan :“Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”,
GÜHF Dergisi, Prof.Dr. Attila ÖZER’e Armağan, Haziran-
Aralık 2008, C.XII, S.1-2, Ankara 2010.

TUNÇ, Hasan :“Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1999.

TURHAN, Mehmet: “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin
Gerekleri”, Anayasa Yargısı 8, Ankara, 1991

TURHAN, Mehmet: “Çoğunluk İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, S.4, 1988.

ULUŞAHİN, Nur : “Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında
Barış İçin Azınlık Çoğunluk İlişisini Yeniden Düzenleme
Gereği”, Anayasa Yargısı 24, Ankara, 2007.

YAYLA, Atilla : Liberalizm, Ankara, 1992

YUMER, Ruhdan :“Hayek’çi Liberalizmin Temel İlkeleri”, Siyasal ve Sosyal
Teori Seçme Yazılar.

ALMAN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İPTAL DAVASI

Dilşat YILMAZ*

ÖZET

İptal davası, hukuka aykırı idari işlemin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. İptal davası sonucunda idari yargı yeri idari işlemi ortadan kaldırmakta ve idari işlemden önceki hukuki durumu yeniden tesis etmektedir. İptal davası hukuk devletinin etkili araçlarından ve Alman İdari Yargılama Hukukunun da önde gelen davasıdır.

Anahtar Kelimeler : İdari işlem, hukuka aykırılık, subjektif kamusal hak, kurucu dava, maddi bölünebilirlik.

DIE ANFECHUNGSKLAGE IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSPROZESSRECHT

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel der Anfechtungsklage ist es, “ den rechtswidrigen Verwaltungsakts” aufzuheben. Bei der erfolgreichen Anfechtungsklage hebt das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt ab und stellt die vorherigen Rechtsverhältnisse wiederher. Die Anfechtungsklage ist ein wichtiges Rechtsinstrument des Rechtsstaates und das häufigste Rechtsmittel im Deutschen Verwaltungsprozessrecht .

Schlüsselwörten : Verwaltungsakt, Rechtswidrigkeit, subjektiv öffentliches Recht, Gestaltungs-klage, materielle Teilbarkeit.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

I. GENEL OLARAK

Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca, idari yargı yolu yalnızca, anayasa hukukuna ilişkin olmamak ve mevzuatça açıkça başka mahkemelerin yetkili kılınmaması koşuluyla, kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için açıktır. İptal davası da, Alman idari yargılama usulünün de en önemli davası niteliğini taşımaktadır. İptal davası vatandaşların hukuka aykırı bir idari işlemin ortadan kaldırılması noktasında, anayasal haklarını garanti altına almaktadır¹. İptal davasının amacı en genel anlamıyla, idari işlemin kısmen ya da tamamen yargı yerlerince ortadan kaldırılmasının sağlanmasıdır². Bu bağlamda mahkemenin kararı, bozma etkisi taşımaktadır ve iptal davası da kurucu dava(Gestaltungsklage) niteliği taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken, iptal davası ile bir idari işlemin yürürlüğüne son verilmekte olduğudur, yoksa davaya konu olan idari işlem yerine yenisinin konulması söz konusu değildir³. İptal davasına ilişkin detaylara geçmeden önce genel bir tanım yapmak gerekirse, bu noktada Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun(Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) 42. Maddesinin 2. Fıkrasına değinilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, iptal davası ilgilisi tarafından, idari işlemin haklarına zarar vermesi(Verletzung) durumunda açılabilen bir davadır.

II. DAVANIN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

İptal davasının içeriğine ilişkin açıklamalardan önce, iptal davası açabilmek için gerekli olan koşullara(Staathaftigkeit der Anfechtungsklage) değinilmelidir. Bu noktada önem taşıyan ilk durum, ortada bir idari işlemin var olup olmadığının kontrol edilmesi olacaktır. Çünkü iptal davasına ilişkin düzenlemelerde, açıkça idari işlemde bahsedilmektedir. İdari işlem, Alman İdari Usul Kanunu'nun(Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) 35. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu düzenleme uyarınca idari işlem, kamu görevlisi tarafından kamusal güç kullanılmak suretiyle, hukuki durumlar üzerinde etki yaratmak ve münferit bir olayı düzenlemeye yönelik olarak alınan, dışa etkili önlemler ve tasarruflar olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada idari işlemin kamusal güç(kamu hukuku önlemleri) kullanılarak yapılması ile kastedilen, idarenin

¹ MARTINI Mario, Verwaltungsprozessrecht, Luchterland, 1999, s. 35.

² WICKLEIN Marco, <http://www.marco-wicklein.de/skripte/Verwaltungsprozessrecht.pdf>, 23.04.2010, s.25., İdari işlemin kısmen kaldırılabilmesi için, idari işlemin bölünebilir içerikte(teilbare Inhalt) olması gerekir.

³ GERSDORF Hubertus, Grundversorgung im Öffentlichen Recht: Verwaltungsprozessrecht, C.F. Müller, 2003, s. 15.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

zorlama gücünü kullanarak yaptığı tasarruflardır. Polis hukukuna ait tasarruflar bu duruma örnek olarak verilebilir. İdarenin ticari alanda bir girişimci şeklinde yürüttüğü faaliyetler ya da kamusal görevlerin özel hukuk işlemlerine ait şekilde yerine getirildiği durumlarda, kamusal güç kullanımından söz edilemez. İdari işlemin aynı zamanda bir düzenleme karakteri taşıması gerekmektedir. Düzenleme karakteri ile kastedilen, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik olarak yapılmasıdır. Bu bakımdan idari işlem emredici(befehlende), kurucu(gestaltende) ya da tespit edici(feststellende) olabilecektir. Bu bağlamda, idarenin hazırlık işlemleri ya da uyarıları gibi işlemlerinin, düzenleme niteliğini taşıdığını söylemek mümkün değildir⁴. İdari işlemin dışa etkili olması ile kastedilen ise, hukuki sonuçların idare dışında gerçekleşmesidir. Bu bağlamda idarenin iç yazışmaları ya da göreve ilişkin taleplerin dışsal etki taşıdığını söylemek mümkün değildir. İdari işlemin somut olayı düzenlemeye yönelik olması ile kastedilen ise, münferit bir olaya ilişkin olması ve belli bir kişiye yönelik olmasıdır⁵. İdari işlemin bir diğer özelliği ise kamu görevlisi tarafından yapılmasıdır. Kamu görevlisi ile kastedilen, Alman İdari Usul Kanunu'nun 1. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca, kamusal görevi yerine getiren kimselerdir. Bu bağlamda, idare adına faaliyette bulunan özel hukuk kişileri de, kamu görevi yerine getiren kimseler içinde değerlendirilmektedir⁶. Buraya kadar yapılan açıklamaların sonucu olarak, iptal davası açılabilmesi bakımından ortada mevcut bir idari işlem olması gerekmektedir, davacının idari işlem söz konusu olduğu yönündeki varsayımının bu noktada bir önemi bulunmamaktadır, ortada İdari Usul Kanunu'nun 35. Maddesi anlamında bir idari işlemin olup olmadığı değerlendirilmelidir⁷. Ancak bu noktada doktrindeki bir kabule değinilmesi gerekmektedir. Baskın görüşe göre İdari Usul Kanunu'nun 35. Maddesi anlamında içerik olarak idari işlem koşullarını taşımasa da, şekli anlayış bağlamında, dış şekilleri anlamında muhatapları bakımından idari işlem gibi olan tasarrufların da, iptal davasına konu edilebilmesi kabul edilmektedir. Bir kamu görevlisinin faaliyetinin emir ile sona erdirilmesi gibi⁸. Bu düşünceye gerekçe olarak da, idari işlemin amaca yönelik olması, hukuki korumanın kolay ve net ayırım kriterleri gerektirmesi gösterilmektedir. Ancak

⁴ MARTINI, s. 39.

⁵ Bu durum idari işlemi "Satzung" ya da "Verordnung" gibi düzenlemelerden ayırmaktadır. Çünkü bu düzenlemeler, ihdas edildikleri anda sayıları tam olarak belli olmayan bir kitleye yönelik olma özelliğine sahiptir.

⁶ Alman İdari Usul Kanunu'nun 35. Maddesi uyarınca idari işlemin taşıması gereken özellikler konusunda detaylı bilgi için bkz MARTINI, s. 39.

⁷ GERSDORF, s. 15.

⁸ Detaylı bilgi için bkz MARTINI, s. 37, GERSDORF, s. 15.

bu görüşe karşı çıkan yazarlar, idari işlemi saptamada şeklin değil içeriğin esas olduğunu iddia ederek eleştiride bulunmaktadır⁹.

İptal davasına konu olabilecek bir işlemin varlığı noktasında, “yok” hükmünde olan bir idari işlemin iptal davasına konu olma durumu ele alınmalıdır. Alman İdari Usul Kanunu’nun 44. Maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ağır sakatlıklar taşıyan ve makul bir değerlendirme sonucu bu durumunun açıkça görülebildiği işlemler yok hükmündedir. Doktrinde bazı yazarlar Alman İdari Usul Kanunu’nun 43. Maddesinin 3. fıkrasında “yok” hükmünde olan idari işlemlerin etkiye sahip olmadıklarının açıkça belirtilmesi dolayısıyla bu işlemler bakımından iptal davasının söz konusu olamayacağını savunmaktadırlar. Yok hükmünde olan idari işlemlere karşı iptal davası açılmaması bakımından ileri sürülen bir gerekçe de Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 43. Maddesinin 1. fıkrasının müstakil olarak, yok olan bir işlemin yokluğunun saptanması bakımından tespit davası açma olanağını sağlamasıdır. Ancak, yok hükmündeki idari işlemlerin iptal davasına konu olabileceğine inanlara göre, bu işlemler hak yaratıyor gibi görünmeleri sebebiyle, iptal davasına konu olabilirler¹⁰. Yok olan bir idari işlem hukuki etki yaratma özelliğine sahip değildir, ancak bu idari işleme karşı iptal davası açılması baskın olarak kabul edilmektedir¹¹. Bu duruma açık bir gerekçe olarak da, Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 43. Maddesinin 2. Fıkrası gösterilmektedir. Anılan düzenlemeye göre, davacı haklarını başka dava yolları alabiliyorsa, tespit davası açılmaz ancak bu durum, yok hükmündeki idari işlemler bakımından geçerli değildir¹². Ancak dava sonucunda verilen hükmün, tespit kararı olduğu fikri kabul görmektedir¹³.

Değinilmesi gereken bir durum da, idari işlem dışsal hukuki etkiye sahip olduğu sürece, bildirim sürecindeki eksikliklerin iptal davasına konu olmasına engel olmadığı, başka bir ifade ile bu durumun işlemin dışsal etkisine dokunmadığının kabul edilmekte olduğudur. Örnek olarak, idarenin yapılan başvuruya olumsuz yanıtı halinde(Widerspruchsbescheid) işlemin, İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 73. Maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yasal bildirim şekli faks olmadığı halde, bu şekilde bir bildirim yapılmışsa, dışsal hukuki etki için bu

⁹ MARTINI, s. 37.

¹⁰ Görüşler hakkında bkz GERSDORF, s. 16.

¹¹ “Yok” hükmündeki idari işlemin iptal davasına konu olup olamayacağı konusundaki tartışmalar konusunda detaylı bilgi için bkz MARIO, s. 37.

¹² MARTINI, s. 37.

¹³ GERSDORF, s. 16.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

bildirim yeterlidir ve idari işlem iptal davasına konu olabilir. Ayrıca, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 88. Maddesi uyarınca, davacının davanın türüne ilişkin yaptığı değerlendirmeler mahkeme için bağlayıcı olmayacaktır, mahkeme için bağlayıcı olan sadece dava talebinde bulunulmuş olmasıdır.

İptal davasına konu olabilmesi bakımından, mahkemenin karar verdiği sırada idari işlemin sona erdirilmemiş olması gerekmektedir. Çünkü sona ermiş bir idari işlem bakımından mahkemenin karar vermesinin anlamı bulunmamaktadır. İdari işlemin sona ermesi idarece geri alınma ya da idari işlemin bir şekilde hukuki etkisini kaybetmesi gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir. İdari işlemin bir şekilde ortadan kaldırılması halinde Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 113. Maddesinin 1. Fıkrasının 3. cümlesi uyarınca mahkeme, davacının bunda yararının bulunması halinde ve talep üzerine, idari işlemin hukuka aykırı olduğunu belirtebilecektir. Bu noktada, idari işlemin icra edilmiş olmasının, iptal davasına konu olmasına engel bir durumu bulunmamaktadır. Bu duruma ilişkin bir düzenleme de yine Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 113. Maddesinin 1. Fıkrasının 2.cümlesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, idari işlemin icra edilmesi halinde, iptal davasının karara bağlayacak olan yargı yeri, idarenin uygulama işlemini geri almasına ve geri almayı ne şekilde yapması gerektiğine de karar verebilecektir.

III. DAVA AÇMA HAKKI

İptal davasının kabul edilebilirliği için idari işlemin gerekliliği yansın başka koşulları varlığı da gerekmektedir. Bu noktada Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 42. Maddesinin 2. fıkrası önemli bir koşula yer vermektedir. Bu düzenlemeye göre iptal davası açılabilmesi için, davacının subjektif kamusal haklarına bu idari işlem ile zarar verilmesi gerekmektedir. Dava açma hakkı bakımından bu şekilde bir sınırlama getirilmesinin amacı, gerçek bir hukuki koruma için gerekli olandan fazla yükün yargı yerleri önüne götürülmesine engel olmaktır. Bu sebeple davacının iddiası kamusal menfaatlerin değil, kendi subjektif haklarının ihlal edildiğine ilişkin olabilecektir¹⁴. İşte bu noktada, dava açma hakkının bulunup bulunmadığını saptamak bakımından hangi durumlarda subjektif kamusal hak ve bunun ihlalinin söz konusu olduğuna değinilmesi gerekmektedir. Bu durum özellikle, idari işlemin muhatap olmalarının dava açma hakkını saptama noktasında büyük önem taşımaktadır.

¹⁴ SCHMIEG Florian, Verwaltungsrecht, Richter Verlag, 2004, s. 44.

Genel olarak sübjektif kamusal haktan anlaşılan, bireyin kamu hukukundan kaynaklanan, devlet ve kamusal güç kullanan makamlara karşı, belli bir işlem yapılmasını, bir duruma göz yumulması ya da uzak durulmasını talep yetkisi veren haktır¹⁵. Bireyin kamusal güç kullanan makamlara karşı ileri sürebileceği haklar da sübjektif kamusal hak kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu noktada ilk başta anayasa sübjektif hak kavramı yaratabilir. Bunun yanı sıra, yasaların koruma kapsamının ya da yasalardaki “talep edilebilir” şeklindeki ifadelerin de, sübjektif hak yaratabileceği kabul edilmektedir¹⁶. Genel anlamıyla, İdari Yargılama Usul Kanunundaki “sübjektif kamusal hak” kavramından, korunmaya değer her türlü bireysel menfaatin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu menfaat hukuki bir menfaat olmalıdır çünkü kültürel, ekonomik ya da toplumsal menfaatler bu kapsamda değerlendirilemeyecektir¹⁷. İptal davası açabilmek için, sübjektif hak ihlalinin de bulunması gereklidir çünkü davacı tarafından iddia edilen hakkın açık bir şekilde bulunmaması ya da zarar görmemesi halinde, dava açma ehliyeti bulunmamaktadır. Söz konusu edilen düzenlemenin bir sübjektif hakka kaynak olamaması ya da davacının hak ile korunmak istenen grup kapsamı içinde yer almaması halinde, iptal dava açma hakkı söz konusu olamayacaktır. Kişilerin hukuki durumları konusunda etki yaratmayacak, çok genel bir ilgi iptal davası açmak bakımından yeterli sayılmamaktadır. Bu bağlamda ilgilinin mal varlığına ya da durumuna bir etki olmamış ya da henüz olmamışsa, ilgili bakımından korunabilecek bir hakkın varlığından da söz edilemeyecektir¹⁸. İmar planlaması alanında mesafeye ilişkin düzenlemelerin, üçüncü kişiler bakımından da dava açma hakkı yaratıp yaratmayacağı tartışmalı olmakla birlikte genel kabul, bu düzenlemelerin üçüncü kişileri koruma nitelikli olduğu yani dava açma hakkı tanıyabileceği yönündedir. İmar planının yapının kullanımına ilişkin belirlemelerinin de, genel olarak sübjektif hak yaratabileceği kabul dilmektedir. İmar ruhsatına karşı komşunun dava açma hakkının ise ancak, komşu olarak haklarının ihlal edildiğini ispatlaması halinde söz konusu olabilecektir. Yine Alman Federal İdare Mahkemesi'nin (Bundesverwaltungsgericht-BVerwGE) yol planlamasına karşı iptal davası açma bakımından aksine kararları olsa dahi genel yaklaşımı, sadece malikin iptal davası açabileceği, kiracının böyle bir hakkı olmadığı yönündedir¹⁹. Kamu Hukuku tüzel kişileri

¹⁵ UNGER D.F, Grundlagen, Verwaltungsprozessrecht, AchSo Verlag, 1996, s. 48.

¹⁶ SCHMIEG, s. 45.

¹⁷ SCHMIEG, s. 45.

¹⁸ HUFEN Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 2008, s. 241.

¹⁹ BVerwG, NJW,1994,1233vd.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

açısından kabul gören durum da, bunların kendilerine ilişkin işlemler bakımından iptal davası açma hakkına sahip olup, kamu yararı, genel sağlık gibi durumlara dayanarak bu yola başvuramayacaklarıdır²⁰.

IV. USUL

Alman İdari Yargılama hukukunda, sübjektif kamusal hak ihlali oluşturan işleme karşı doğrudan iptal davası açılması söz konusu olamamaktadır. Bu noktada, yasa koyucu tarafından getirilen zorunlu bir idari başvuru yolu bulunmaktadır. Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca, iptal davası açılmadan önce, idareye itiraz yolu ile başvurulması gerekmektedir²¹. İdareye yapılan başvuru ile, idari işlemin idarece hukuka ve amaca uygunluk bir kez daha kontrol edilmesi sağlanmaktadır. Ancak idareye itiraz yolu ile başvurulması, başvuran bakımından da fayda sağlamaktadır. Şöyle ki, mahkeme yolu harekete geçirilmeden, idari işlemin ortadan kaldırılması olancağı söz konusu olmaktadır²². İtiraz yolu, idari usul ve yargılama usulü arasında geçiş noktası görevi görmektedir²³. İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 70. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca, başvuru idari işlemi yapmış olan idari makama (Ausgangsbehörde) yapılmak zorundadır.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir durum da, idari işleme ilişkin olarak idareye yapılan itiraz, her ne kadar İdari Yargılama Usul Kanunu'nda (VwGO) düzenlense de, idari usul kanunu kapsamında yer alan bir idari usul süreci olmasıdır. Ayrıca, İdari Yargılama Usul Kanunu'na bakıldığında, itiraz hakkına kimlerin sahip olduğu hakkında bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu noktada iptal davasının açma ehliyetine ilişkin 42. Maddenin 2. Fıkrasındaki koşulların kıyasen uygulanmaktadır (idari işlem ile sübjektif kamusal hakları zarar uğrayanların iptal davası açması kabul edilmektedir) ve böylelikle bunu herkes tarafından başvuru bir yol olmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır²⁴.

İdareye yapılacak itiraz konusunda dikkat çekilmesi gereken bir durum da, idarenin bu noktada yapacağı denetimin hukukilik yanında amaca uygun-

²⁰ Bkz BVerwG, NVwZ, 2001, 1160 vd.

²¹ HUFEN, s. 277.

²² DETTERBECK Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, C.H.Beck, 2009, s. 515.

²³ WICKLEIN, s.38.

²⁴ SCHMALZ Dieter, Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, Nomos, 1994, s.427.

luk denetimi de olabileceğidir. Bu durum özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda kendini göstermektedir. İdareye yapılan şikayetin konusu ise, Alman İdari Yargılama Usul Kanununun 113. Maddesinin 1. fıkrasının kıyasen uygulanması ile, söz konusu idari işlemin hukuka aykırı olması ve ilgilinin sübjektif kamusal haklarına zarar vermesidir. İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlar bakımından bu düzenleme, ilgilinin haklarının idarece gözetilmediği ve yapılan idari işlemin amaca uygun olmaması şeklinde yorumlanmaktadır²⁵.

İtiraza ilişkin olarak idarece inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için aynı zamanda itirazın süresinde ve şekli kurallara uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir. İtiraza ilişkin süre ve şekil kurallarına uyulmaması, iptal davası açılmasını imkansız hale getirmektedir²⁶. Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 70. maddesinin 1. fıkrası uyarınca itirazın, yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Sözlü olarak yapılan itiraz yeterli olmamaktadır. Yine aynı madde uyarınca itirazın, idari işlemin şikayette bulunana açık olarak bildirilmesinden sonraki bir ay içerisinde yapılması gerekmektedir. İtiraza ilişkin süreyi, ancak hukuka uygun bir şekilde yapılan tebliğ başlatabilecektir.

İptal davası açılmadan önce idareye başvuru yapılması yükümlülüğünün de bazı istisnaları bulunmaktadır. İtiraz sürecinin işletilmesinin mümkün olmaması ya da itirazın beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmayacağı hallerde bu itirazın yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumların bazıları İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 68. maddesinde belirtilmektedir. Bu durumlardan ilki, başvuruya gerek olmadığına yasa tarafından açık olarak belirtilmesi durumudur. Ayrıca idari işlemin daha üst bir eyalet ya da federal makamca yapılmış olması halinde, itiraza gerek yoktur. Bu durumda itiraz yoluna gerek duyulmamasının sebebi, üst makamın zaten yeteri kadar uzmanlığa sahip olduğu inancı ve kontrol yapabilecek daha üst makamın bulunmasının söz konusu olmamasıdır²⁷. Bu konuda istisnayı BRRG²⁸'nin 126. Mad-

²⁵ DETTERBECK, s. 521.

²⁶ İtiraza ilişkin sürenin geçirilmesi halinde, idari makamın bu duruma rağmen başvuru kabul etme yetkisi bulunmaktadır, bu durum idarenin bu sürecin yönetici olması, bu sürenin idari makamları korumaya yönelik olması sebebiyle, bundan feragat yetkisinin de onlarda olması ve takdir yetkisinin bir sonucudur. Ancak başkasına yarar sağlayan işlemin, itirazda bulunana yükümlülük getirdiği durumlarda süre işlemin yarar sağladığı kimseleri korumaya yönelik olduğu için, idarenin geç yapılan başvurunun kabulü hakkı bulunmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz SCHMIEG, s. 56.

²⁷ SCHMIEG, s. 51.

²⁸ Beamtenrechtsrahmengesetz.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

desi oluşturmaktadır. Söz konusu madde uyarınca kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklarda, itiraz yolundan vazgeçilmesi mümkün değildir. 68. Madde uyarınca itiraza gerek olmayan bir durum da, itiraz süreci sonunda gerek idari işlemi yapan makam gerekse daha üst idari makam tarafından alınacak kararın hukuka aykırılığın esasına ilişkin olması yani kendi başına uyuşmazlığa konu olabilecek durumda olmasıdır. Örneğin, üst idari makam tarafından alınan kararda, itirazda bulunanın durumunun daha da ağırlaştırılması hali bu duruma örnek olarak verilebilir. Burada amaçlanan, aynı durumun iki kez itiraz süreci bakımından gündeme gelmesinin önüne geçilmesidir²⁹. Alman İdari Usul Kanunu'nun(VwVfG) 70. ve bağlantılı olarak 74. Madde uyarınca plan saptama süreci(Planfeststellungsverfahren) içinde alınan idari kararlar bakımından da itiraz yoluna gerek bulunmamaktadır. Bunun sebebi, idarece yapılacak denetim sürecinin ekonomik olmamasıdır. Belirtilen bu durumlarda, itiraz yoluna gidilmeden doğrudan iptal davası açılması gerekmektedir. Ancak bu noktada belirtilmesi gereken, itiraz yoluna başvurulmasına imkan olmayan bu durumların, itiraz yolunun aşılabildiği yani önerilmediği İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 75. Maddesindeki durumlardan ayırt edilmesi gerektiğidir. Söz konusu madde uyarınca, bir itiraz hakkında ya da idari işlemin icrası konusunda, makul bir sebep olmamasına rağmen kabul edilebilir süre içinde karar verilmeme olasılığı, itiraz sürecinin geçilerek doğrudan iptal davası yoluna gidilebilmesine olanak sağlamaktadır. Anılan Madde uyarınca, itiraz yoluna gidilmeme olasılığı farklı şekillerde olabilir. Ancak genel olarak denilebilir ki, amaca başka şekilde ulaşılabilmesi mümkün ise ya da, amaca bu yolla ulaşamayacağının anlaşılması halinde, itiraz yoluna gidilmeyebilecektir. Bu duruma örnek olarak söz konusu idari işlemin bir çok kişiyi etkilemesi halinde, bu kimselerden birinin itiraz yoluna önceden başvurması hali gösterilebilir. Ya da itiraz makamının davranışlarından, olumlu bir sonuç alınmayacağının açık olması halinde, itiraz yoluna başvurulmama halinin söz konusu olabileceği, yargı yerlerince de kabul edilmektedir³⁰.

İdareye itiraz yapılmasına gerek olmayan durumlarda iptal davası açma süresi, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 74. Maddesinin 1. Fıkrasının uyarınca, idari işlemin bildiriminden itibaren 1 aydır. İtiraz yolunun gerekli olduğu esas durumda da dava açma süresi, üst idari makamca(Widerspruchsbescheid) verilen kararın bildiriminden itibaren 1 aydır.

²⁹ SCHMALZ, s.423.

³⁰ Detaylı bilgi için bkz GERSDORF, s. 27.

Bu noktada ayrıca idarece itiraz sonucunda verilebilecek kararlara değinmek gerekmektedir. İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 72. Maddesi uyarınca, itirazın idari işlemi yapan idari makamca haklı bulunması halinde, idari işlem kısmen ya da tamamen düzeltilebilecektir(Abhilfe), aynı zamanda itiraz masrafları hakkında da karar verilecektir. Şayet bu idari makam itirazı haklı bulmazsa, aynı kanununun 73. Maddesi uyarınca red kararı verecek ve durumu karar verilmek üzere, daha üst idari makamlara havale edecektir. Bu üst idari makamların neler olduğu, yine Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 73. Maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre itiraz konusunda karar vermeye yetkili üst makam, yasada başka türlü bir belirleme olmadıkça en yakın üst makam, bunun federal ya da eyalet içindeki en üst makamlar olması halinde ise, idari işlemi yapan idaredir. Bu düzenlemeyle amaçlanan, üst düzeye bu tür uyuşmazlıkların taşınmasına engel olunmasıdır³¹. Bunun yanı sıra, yasa ile de, idari işlemi yapan idarenin de üst makam olması yönünde düzenleme yapılması mümkündür. İtiraza ilişkin üst idari makamca verilecek karar, 73. Maddenin 3. Fıkrası uyarınca, karara karşı söz konusu olabilecek hukuki imkanları belirtmek durumundadır. Bu karar, masraflara kimin katlanmak zorunda olduğunu da belirtmelidir. İşte iptal davası İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 74. Maddesinin 1. fıkrası uyarınca, üst makam tarafından karar verilmesinden itibaren en 1 ay içerisinde açılmak durumundadır. Aynı Kanun'un 68. Maddesi uyarınca, idari itiraza gerek olmayıp doğrudan iptal davası açılmasını mümkün olduğu hallerde ise dava açma süresi, idari işlemin bildirimini ile başlayacaktır.

İptal davasına ilişkin itiraz süreci(Widerspruchsverfahrens) konusunda değinilmesi gereken bir durum, da idarece kontrol üzerine verilen kararın ilgili bakımından daha ağır sonuçlar yaratıp yaratamayacağıdır. Başka bir ifade ile iptal sürecinde, "reformatio in peius" un söz konusu olup olmayacağıdır. Doktrinde ve uygulamada baskın görüş, idari işlemi yapan makamın değil, ikinci derecede kontrol yapan makamın(Widerspruchsbehörde) bu yetkiye sahip olması yönündedir³². Bu durumun kabul gerekçeleri olarak, İdari Yargılama Usul Kanunu'ndaki itiraz yolunun geniş kapsamlı olmasının bu durumu da kapsadığı, aynı Kanun'un 79. Maddesinin 1. fıkrası uyarınca, itiraz makamının verdiği kararın kendi başına iptal davasına konu olabilme durumunun reformatio peis'u da mümkün kılması, Alman Anayasası'nın 20. Maddesinin 3. Fıkrasında öngörülen yasayla bağlılığın alınan ilk kararın sonradan değışti-

³¹ SCHMALZ, s. 427.

³² DETTERBEK, s. 523.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

rilmesini de içermesi gösterilmektedir. Duruma karşı çıkanlar ise, bu durumun itiraz yoluna başvurulmasının amacı ile uyum içinde olmadığı ve itiraz makamının dilekçe ile bağlı olmasını gerekçe olarak göstermektedirler. Bugün Alman İdari Yargılama Hukukunda genel kabulün, itiraz sürecinde başvuran için daha ağır sonuçlar çıkabilmesi olmasının sonucu olarak, bu durumda idarenin ne gibi sınırlarının olduğu da belirlenmelidir. Bu noktada da, öncelikle yetki konusunda bir sıkıntı yaşanmaması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, durumun ağırlaşması yönünde karar verecek olan makamın, mevzuat uyarınca itiraz makamı (Widerspruchsbehörde) olarak kabul dileyebilecek makamlardan olması gerekmektedir. İçerik konusunda itiraz makamının yetkilerinin sınırı konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. İtiraz makamının içerik konusunda riayet etmesi gereken sınırı olmadığına ilişkin görüş bulunmakla beraber, genel kabul, özellikle hukuki güvenin korunması noktasındaki temel kurullarla bağlı olması yönündedir³³.

İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 79. Maddesinin 1. fıkrasında yer alan iptal davasının konusuna ilişkin düzenlemeye ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca, iptal davasının konusu, itiraz sonucu idari işlemi yapan makamca verilen karar (Abhilfebescheid) olabileceği gibi, üst idari makamca verilen karar (Widerspruchsbescheid) da olabilecektir. Ancak bu durumda, bu iki kararın da, hukuka aykırılığın esasına ilişkin olması yani kendi başlarına hukuka aykırılık taşıması gerekmektedir. İtiraz sonucu üst idari makamca alınan kararın, esas idari karara ek olarak hukuka aykırı bir durum teşkil etmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir³⁴ Aynı madde uyarınca, iptal davasının konusu esas olarak itiraz sürecine konu olan kararın itiraz sonucu ulaştığı durumudur. Genel olarak, temel idari işlem ile itiraz makamı tarafından verilen karar, genellikle bütünlük arz etmektedir³⁵. İdari Yargılama Usul Kanunu, üst idari makamca alınan kararın yalnız başına iptal davasına konu olması bakımından bir saptama yapmaktadır. 79. Maddenin 2. Fıkrasına göre, temel idari usul kurullarına aykırılık durumlarında, üst idari makamca alınan kararda tek başına hukuka aykırı bir durum olmasından bahsedilebilecektir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir durum, yapılacak gerek idari gerek yargısal kontrol bağlamında temel idari işlem ya da itiraz üzerine alınan kararın,

³³ Detaylı bilgi için bkz MARTINI, s. 165.

³⁴ WÜSTENBECKER Horst, VwGO, Alpmann Schmidt Verlag, 2006, s.58.

³⁵ SCHMALZ, s. 379., Bu durum İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 79. Maddesinin 1. Fıkrasında, temel idari kararın itiraz sonucu büründüğü şekilde iptal davasına konu olması ifadeyle belirtilmektedir.

kural olarak alındığı andaki durumun hukuka ya da amaca uygunluğunun kontrolü yapılmaktadır³⁶.

İptal davasına ilişkin usul konusunda değinilebilecek önemli bir nokta da, davalının kim olduğudur. Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 78. Maddesi uyarınca davalı, iptal edilmesi istenen idari işlemi yapan kamu görevlisini çalıştıran eyalet, federal devlet ya da tüzelkişiliktir. Ancak aynı madde bir istisna getirmektedir. Bu düzenlemeye göre, eyalet yasalarının belirtmesi halinde, kamu görevlisi de "davalı" konumunda bulunabilecektir.

İptal davasının usule ilişkin koşulları içinde yer alan ve değinilmesi bir durum da, açılan iptal davasının dinlenebilmesi için, aynı konuda açılmış başka bir dava olmaması ve aynı uyuşmazlık hakkında daha önce yargı yerleri tarafından verilen kesin bir hükmün bulunmaması gerektiğidir. Bunu yanısıra, iptal davası açması bakımından, davacının korunmaya değer hukuki bir menfaatinin olması gerekmektedir. Davacı dava açmakla elde edebileceği sonuca daha basit ve hızlı farklı bir şekilde ulaşma imkanına sahipse ya da haklarını kötü amaçla kullanmakta ise, korunmaya değer bir hukuki menfaati olmasından bahsedilemeyecektir³⁷.

İptal davası açabilmek bakımından söz konusu itiraz sürecinden beklenen sonuca ulaşamamış olması da usuli bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. İtiraz sürecindeki başarısızlık tamamen olabileceği gibi kısmi de olabilecektir.

V. ESASA İLİŞKİN KOŞULLAR VE DAVANIN SONUÇLANMASI

Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 113. Maddesinin 1. fıkrası uyarınca, iptal davasına konu olacak idari işlemin hukuka aykırı olması ve davacının sübjektif kamusal haklarına zarar vermesi gerekmektedir. Bu noktada hukuka aykırılık ve sübjektif hak ihlalinin iptal davası bağlamında ne anlama geldiğinin ele alınması gerekmektedir.

İdari işlemin hukuka aykırılığı ile en genel anlamıyla, söz konusu işlemin yürürlükteki mevzuata aykırı olması kastedilmektedir. Bu bağlamda, idari işlemin ya yetki ,şekil ya da usul gibi "şekle" ilişkin koşullara, ya da takdir yetkisinin kullanımı alanında olduğu gibi "maddi" anlamda mevzuat tarafından aranan koşullara aykırı olması gerekmektedir. İdari işlemin şekli anlamda hukuka uygun olması için, yetkili idari makam tarafından, öngörülen şekilde

³⁶ SCHMALZ, s. 379. Ancak, iptal davası devam ederken, idari işlemin tam olarak icra edilmediği durumlarda idari işlemi yapan makamın işlemi kontrol etmesi durumu gibi istisna durumlar söz konusu olabilmektedir. Detaylı bilgi için bkz GERSDORF, s. 35.

³⁷ SCHMIEG, s. 61.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

ve idari usul süreci içinde yapılmış olması gerekmektedir. Bu noktada, şekil ve usul kurallarına uyulmamasının her zaman idari işlemin hukuka aykırılığına sebep olmadığı belirtilmelidir. Şekil ve usul kuralları konusunda mevzuata aykırılığın sonuçlarının neler olacağı Alman İdari Usul Kanunu'nun 45-46. Maddeleri arasında düzenlenmektedir. Yasanın 44. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca, açık ve ağır hatalar, idari işlemin yokluğuna sebep olmaktadır. Aynı yasanın 45. Maddesi uyarınca, düzeltilmesi mümkün olan şekil ya da usul hataları, gerekli düzeltmenin yapılması halinde dikkate alınmayacaktır. 46. Madde uyarınca, sonuca etkisi olmayan şekil ve usul hataları da, dikkate alınmayacaktır. Ayrıca 42. Madde uyarınca, yazım ya da hesap hatalarının düzeltilmesi mümkündür. Bunların dışındaki tüm durumlarda ise, idari işlem etkili ama aynı zamanda hukuka aykırıdır yani idari işlemin iptali söz konusu olabilir³⁸. İdari işlemin şekli anlamda hukuka uygun olması için, idari usul ve şekle ilişkin kurallara uygunluk yanı sıra, idari işlemin yer ve içerik konusunda da yetkili idari makam tarafından yapılmış olması gerekmektedir.

İdari işlemin maddi anlamda hukuka uygunluğu noktasında, işlemin içeriği dikkate alınmaktadır. Başka bir ifade ile, idari işlemin içeriği mevzuatın gerekliliklerine uygun olmalıdır. Bir idari işlem, yapılması sırasında kendine dayanak olan düzenlemedeki gereklilikleri taşıyor, kendine dayanak olan düzenleme ile örtüşüyor ve takdir yetkisi hatasız olarak kullanılarak alınıyorsa, hukuka uygun olduğundan bahsedilebilecektir.

İptal davasının esasa ilişkin bir diğer koşulunu da, davacının sübjektif kamusal haklarına zarar verilmesi (Verletzung des Rechts) oluşturmaktadır. Bu noktada, yükümlendirici işlem bakımından zararı saptamada sorun bulunmamaktadır. Çünkü bu tür işlemler için genel kabul, hukuka aykırı olmaları halinde muhataplarının haklarına zarar vermekte oldukları en azından Anayasanın 2. Maddesinde yer alan düzenlemeyi ihlal ettiği şeklindedir. "Muhatap Teorisi (Adressant Theorie)" adı verilen bu teoriye göre, yükümlendirici idari işlemin muhatabı bakımından, sübjektif hak ihlali, bu hakka zarar verilmesi her zaman mümkün olabilecektir³⁹. Bu noktada, ayrıca bir araştırma yapma gereği duyulmamaktadır.

Sübjektif kamusal hakların zarar görmesi bağlamında, idari işlemin sadece adresini değil, üçüncü şahısları da etkilemesi halinde, bu kimselerin de iptal davası açma ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir. Sübjektif hak

³⁸ SCHMIEG, s 73.

³⁹ SCHMIEG, s. 47.

ihlalinin olup olmaması konusunda burada yapılacak denetimde, idari işlemin varlığının ya da içeriğinin davacının hakları üzerinde etki yaratıp yaratmadığı araştırılmalıdır⁴⁰. Bu noktada tartışmalar devam etmekle beraber, bazı teorilerin varlığı dikkat çekmektedir. Söz konusu teorilerden biri “ispat edilabilirlik(Schlüssigkeitstheorie)” olarak da tercüme edilebilecek yaklaşımdır. Anılan teoriye göre, iptal davası açma hakkına sahip olmak bakımından davacının inancının kabul edilebilmesi, idari işlem ile haklarının ihlal edildiğini kanıtlayabilmesine bağlıdır. Baskın bir şekilde savunulan teori ise “mümkün olabilirlik teorisi(Möglichkeitstheorie)”dir. Bu teoriye göre, sübjektif kamusal hakkın zarar görmesi olasılığı, dava açmak bakımından yeterli görülmektedir. Bu bağlamda, davacıya ait bir sübjektif hakkın bulunması ve bunun ihlali olasılığının bulunması aranmaktadır. Ancak Alman Federal İdare Mahkemesi bu konuda daha dar bir yorum tarzını benimsemektedir ve davacıya ait bir hak ve bunun ihlal edilmiş olmasını aramaktadır, olasılığı bu bağlamda ele almamaktadır⁴¹.

Buraya kadar yapılan açıklamaların sonucu olarak, hukuka aykırı bir idari işlemin bulunması ve bu idari işlemin davacının sübjektif kamusal haklarına zarar vermesi halinde, Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 113. Maddesi uyarınca, iptal kararının esasına ilişkin koşulları ortaya çıkmış olacaktır. Bu koşulların varlığı saptanamıyorsa da, davanın reddine karar verilecektir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken, sadece idari işlemin hukuka aykırı olmasının iptal davası ile amaçlanan sonuca ulaşmak bakımından yeterli olmayıp, davacının sübjektif haklarının zarar görmesinin de aynı zamanda aranmakta olduğudur. Mahkemenin iptal davası bağlamında karara varabilmesi için de kararın koşullarının olgun hale gelmesi (Spruchreif der Sache)yani belirtilen bu iki durumun birlikte(hukuka aykırılık ve sübjektif kamusal hakkın zarara uğraması) yargı yerlerince saptanmış olmalıdır. Olgunlaşma halinin saptaması durumunda mahkeme, idari işlemin “kaldırılmasına(Aufhebung) karar verecektir. Burada “kaldırma“ ifadesi kullanılmakla beraber, belirtilmesi gereken, bu ifade ile kastedilenin doğrudan idari işlemin etkisinin ortadan kaldırılmasıdır. Kurucu nitelik taşıyan bu karar, geçmişe etkilidir. Yargı yerince alınan hukuka aykırı idari işlemin kaldırılması kararı sonucu, ortadan kalkan idari işlem hiç yapılmamış gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifade ile iptal kararının etkisi, idari işlemin yapıldığı zamana kadar geri gitmektedir⁴².

⁴⁰ MARTINI, s. 41.

⁴¹ BVerwGE,44,1,3;91,133,134;95,133vd, Ayrıca karar hakkında bkz GERSDORF, s.21.

⁴² WOLFF Heinrich Amadeus-DECKER Andreas, VwGO-VwVfG, Studienkommentar, C.H.Beck, 2007, s. 413.

Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası

İdari işlemin iptali(ortadan kaldırılması-Aufhebung) tamamen olabileceği gibi, kısmen de olabilecektir. Kısmi iptal, idari işlemin bölünebilir olduğu hallerde(Teilbarkeit) ve hukuka aykırılığın işlemin kalan kısmını etkilemediği durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu durum özellikle yararlandırıcı ana düzenlemeden önce gelen yükümlendirici yan düzenleme bakımından söz konusu olmaktadır. Bu noktada yan belirlemeler(Nebenbestimmung) bakımından, da izole edilmiş bir iptalin olup olamayacağı (Isolierten Anfechtung) tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar yan belirlemeler bakımından iptal yolunun kapalı olduğunu ileri sürerken, sayısı artan bir grup yazar ise, prensip olarak her yan belirlemelerin bağımsız olarak iptal davasına konu olabileceğini savunmaktadır. Bu iki görüş arasında yer alan bazı yazarlar ise, yan belirlemenin türü ya da başka kısıtlara dayanarak da, izole edilmiş iptali tartışmaktadırlar⁴³. Yan belirlemelerin kısmen iptal edilebilirliği noktasında değinilmesi gereken bir durum söz konusudur. Prensip olarak yan düzenlemelerin iptalinin kabul edilmesinde temel sebep, mantık olarak ana ve yan düzenlemelerin ayrılabilirliği kabulüne dayanmaktadır. Bu durum iptal davasının kabul edilebilirliğine ilişkindir (Zulaessigkeit der Anfechtungsklage).Ancak yan belirlemenin iptal edilmesi halinde, ana düzenlemenin ayakta kalıp kalamayacağı, davanın dayanağına ilişkin bir durumdur(Begründetheit der Anfechtungsklage-materielle Teilbarkeit-maddi bölünebilirlik). Yan belirlemeler bakımından iptal sonucuna ulaşabilmek bakımından bu kısım için hukuka aykırılığın yanında maddi bölünebilirliğin de bulunması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, yan belirlemelere ilişkin kısmın iptali halinde ana kısmın ayakta kalamaması halinde maddi bölünebilirliğin ortadan kalktığı kabul görmektedir⁴⁴.

İptal kararının verilmesine ilişkin olarak değinilmesi gereken bir durum da, iptal davasının konusuna ilişkindir. Daha önce de ifade dildiği üzere, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 79. Maddesi uyarınca, iptal davasının esas konusu itiraz sonucu alınan şekliyle esas idari karardır. Ancak kendi başına hukuka aykırılık taşıması halinde, üst idari makamın verdiği karar(Widerspruchsbescheid) da tek başına iptal davasına konu olabilecektir. Ama genelde zaten bu iki karar iç içe geçmiştir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken, üst idari makamca alınan kararın ilk idari kararı onaylaması ya da onda değişiklik yapmaması halinde, üst idari makam tarafından alınan kararın tek başına dava konusu olmasının yasal olarak mümkün olduğu ama tavsiye

⁴³ MARTINI, s. 35.

⁴⁴ GERSDORF, s. 39.

edilmediğidir⁴⁵. Üst idari makamca alınan kararın tek başına dava edildiği durumlarda ise, temel idari karar ilk içeriği ile birlikte varlığını korumaktadır.

İdari işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi (Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'ndaki ifade ile kaldırılması-Aufhebung) sürecinde yargı yeri kararını verirken, temel olarak idari makamca kararın alındığı zamanki duruma ilişkin değerlendirme yapmaktadır. Ancak bu durumun istisnaları olabilmektedir. Bu istisnaların en belirgin örneği, “etkisi devam eden idari işlem”(Dauerverwaltungsakt)dır. Bu tür işlemlerde, mahkemenin karar verdiği zamandaki koşullar dikkate alınmaktadır⁴⁶.

İptal davası bağlamında, idari yargı yerinin sahip olduğu bir diğer yetki de, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 113. maddesinin 1. Fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenmektedir. Düzenleme, iptal kararının icra edilen idari işlemler bakımından uygulanma şekline ilişkindir. Anılan düzenleme uyarınca, hakkında iptal kararı verilen idari işlemin icra edilmiş olması halinde davacının talebi üzerine idari yargı yerince, icranın geri alınmasına ve bu geri almanın ne şekilde yapılabileceğine kara verilebilecektir. Ancak bu yönde karar verilebilmesi için, idarenin bu işlemi yapabilme noktasında maddi ya da hukuki engellerinin olmaması gerekmektedir. Belirtilen durumun mümkün olmaması halinde ise idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

İptal davasına ilişkin önemli bir konu da, idareye itirazda bulunulması ve iptal davası açılmasının, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 80. Maddesi uyarınca, idari işlemin yürürlüğünü durdurmakta olduğudur⁴⁷. O halde, 113. Maddenin 1. Fıkrasının 2. cümlesi uyarınca idari işlemin icrasının, itiraz sürecinden önceki aralıkta söz konusu olabileceği ortaya çıkmaktadır. İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 80. Maddesi uyarınca, idari işlemin yürürlüğünün durması ile, mahkemenin esasa ilişkin kararı ortaya çıkana kadar geçici hukuki koruma(Vorläufige Rechtsschutzes) sağlanmaktadır⁴⁸.

⁴⁵ WOLFF-DECKER, s.412.

⁴⁶ İstisna durumlar hakkında detaylı bilgi için bkz WOLFF-DECKER, s. 415vd.

⁴⁷ İstisnai durumlar, söz konusu olabilir, bunlar anılan maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmektedir.

⁴⁸ DETTERBECK, s. 594-595.

VI. SONUÇ

İstatistiksel olarak yapılan araştırmalar, iptal davasının Alman İdari Yargılama Usul Hukukunda en çok başvurulmuş dava olduğunu göstermektedir. Bu durumun sebebi, iptal davasının hukuka aykırı işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırarak, bireyler bakımından geniş ölçüde hukuki güvenlik sağlayabilmesidir. Alman İdari Yargılama Hukukunda iptal davası açabilme hakkına sahip olabilmek için, öncelikle zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi gerekmektedir. İdareye yapılan başvurudan beklenen sonucun alınmaması halinde yargı yerine başvurulabilecektir. İki aşamalı bir sistem getirilmesinin sebebi, idarenin işlemini kontrol etmesine olanak sağlamak ve yargı yerlerinin iş yükünü artırmamaktır. İptal davasının konusunu, idari başvuru sonucu aldığı şekil içerisinde ilk idari karar oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ilk idari karar ile itiraz üzerine idarece alınan kararın yakın ilişkili olduğundan hatta iç içe geçmiş olduğundan bahsedilebilecektir.

Davacının, iptal davası ile elde ettiği amaca ulaşabilmesi için, idari işlemin hukuka aykırı olmasının yanında ilgilinin sübjektif kamusal haklarına zarar verme koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu iki koşulun varlığının saptanabilmesi halinde davanın esasına ilişkin koşulların gerçekleşmesinden bahsedilebilecektir. Başka bir ifade ile, hukuka aykırılık ve hakka zarar verilmesi koşullarının ortaya çıkması durumunda, dava karar verme bakımından olgun(spruchreif) hale gelmektedir ve idari yargı yeri idari işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına karar vermektedir. Yeni bir hukuki durum yaratması sebebiyle “kurucu” nitelik taşıyan bu kararın ne şekilde icra edileceği temel olarak idarenin alanına girmekle beraber, kararın icra edilmiş olduğu hallerde davacının talebi halinde, idari yargı yerinin bu konuda da karara varması Alman İdari Yargılama Usul Kanunu uyarınca söz konusu olabilmektedir. Kararın uygulanmasında hukuki ya da maddi imkansızlıklar olması durumları haricinde, -ki bu durumlarda idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir-, yargı yerinin kararı ile idari işlem yapıldığı andan itibaren, hiç meydana çıkmamış gibi değerlendirilmektedir. İşte bu sebep de, iptal davasının etkinliğini ve çok başvurulmuş bir hukuki koruma yolu olmasının nedenini açıklamak bakımından son derece kayda değerdir.

KAYNAKÇA

- DETTERBECK Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit
Verwaltungsprozessrecht, C.H.Beck, 2009.
- GERSDORF Hubertus, Grundversorgung im Öffentlichen Recht:
Verwaltungsprozessrecht, C.F.Müller, 2003.
- HUFEN Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H.Beck,2008.
- MARTINI Mario, Verwaltungsprozessrecht, Luchterland, 1999.
- SCHMALZ Dieter, Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des
Verwaltungsrechtsschutzes, Nomos, 1994.
- SCHMIEG Florian, Verwaltungsrecht, Richter Verlag, 2004.
- UNGER D.F, Grundlagen, Verwaltungsprozessrecht, AchSo Verlag, 1996.
- WICKLEIN Marco, [http://www.marco-wicklein.de/skripte/
Verwaltungsprozessrecht.pdf](http://www.marco-wicklein.de/skripte/Verwaltungsprozessrecht.pdf), 23.04.2010.
- WOLFF Heinrich, Amadeus-DECKER Andreas, VwGO-VwVfG,
Studienkommentar, C.H.Beck, 2007.
- WÜSTENBECKER Horst, VwGO, Alpmann Schmidt Verlag, 2006.

UZLAŞMA MÜESSESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve TEMEL VERGİLENDİRME İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Elif YILMAZ*

ÖZET

Vergilendirme süreci boyunca mükelleflerle vergi idaresi arasında çeşitli uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Vergi uyuşmazlıklarının çözümünde en sağlıklı yol ise, yargı yoluyla çözümdür. Ancak; yargılama ilke ve kurallarının davanın taraflarına yargılamanın tarafsızlığı konusunda güven verme endişesinden kaynaklanan zaman alıcılığı ve yargı organlarının sayı itibarıyla yetersiz kadrolarına karşın, uyuşmazlık sayısının giderek artmakta olması sebebiyle, yargı yoluyla çözüme çoğunlukla gecikilerek ulaşılmaktadır. Ayrıca kanun koyucu, vergilendirmede verimlilik ilkesi gereğince, olması gerekenden az, ama zamanında toplanan vergiyi, olması gereken miktarda ama gecikilerek toplanan vergiye yeğlemektedir. Uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü usulünün yukarıda sözü edilen zaafını dikkate alan kanun koyucu, vergi toplama işleminden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde, başka yollar daha öngörme ihtiyacı duymuş ve uyuşmazlıkların idari aşamada yani; yargı yoluna gitmeden, barışçıl yollarla çözümünü mümkün kılmıştır.

Vergi idaresi ile vergi mükellefinin aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı görüşme ve pazarlık yoluyla çözmeleri esasına dayalı olan uzlaşma müessesesinin vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözüm yolları arasında büyük bir önemi vardır.

Anahtar Kelimeler: Vergi uyuşmazlığı, idari çözüm yolları, vergi yargısı

ABSTRACT

During the process of taxation, several disputes can occur between tax-payers and tax administration. The best way of the solution of these disagreements is to solve it with judgement. But, in spite of judgement principles and rules take up time because of the apprehension of detachment of the court and deficiency in the number of permanent staff, the number of disputes is rising. Because of this, the solution by the way of judgement usually delays. Also, law maker -in accordance with efficiency in taxation- prefers the tax which is low but gathered on time to the tax which is enough but gathered late. Law maker -considering this negative side of judgement- suggests

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Araştırma Görevlisi.

different ways on the solution of the disagreements which occur the gathering law process. In this way, these disputes can be solved with peaceful administrative methods without judgement process.

Accordance institution, which is leaning the solution of disputes between tax administration and tax-payer by bargain method, has a big importance between administrative solution methods.

Key Words: Tax dispute, administrative solution methods, tax judgement

I. GENEL HATLARIYLA UZLAŞMA MÜESSESESİ

Uzlaşma, sözcük anlamı itibariyle, birden çok şahsın aralarında mevcut ya da ileride çıkması muhtemel düşünce ve çıkar ayrılığını, karşılıklı ödümler vererek gidermelerini veya giderilmesi konusunda anlaşmalarını ifade etmektedir¹. Diğer bir ifadeyle uzlaşma, taraflar arasındaki düşünce ve işbirliği ortamını sağlama; aralarındaki görüş, düşünce ve çıkar ayrılıklarını, ortaya çıkan uyuşmazlıkları karşılıklı ödümlerle barış içinde çözümlemektir. Vergi Hukukunda uzlaşma ise, vergi idaresi ile vergi yükümlüsünün ya da ceza muhatabının aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca konuşulup görüşülerek giderilmesi yani; verginin ya da cezanın miktarı konusunda, iki taraf arasında uyuşma sağlanarak anlaşmazlığın çözümlenmesidir.

Vergi mükellefleri ile vergi daireleri arasında zaman zaman çeşitli nedenlerle uyuşmazlıkların çıkması normaldir. Söz konusu uyuşmazlıkları yargı yoluna gidilmeden çözüme kavuşturabilmek bakımından çeşitli barışçıl çözüm yolları mevcuttur². İşte, hem vergiler, hem de cezalar için geçerli olarak kullanılan uzlaşma, vergi ihtilaflarının çözümünde yaygın şekilde başvurulan barışçıl bir idari çözüm yoludur. Bu yönüyle uzlaşma, vergilendirmeyi daha kısa sürede sonuçlandırmak ve vergiyi biran önce tahsil etmeye hizmet etmek için oluşturulmuş bir müessesedir. Uzlaşmanın bir tarafında, aleyhine işlem yapılan mükellef; diğer tarafında ise, vergi idaresi bulunmaktadır. Mükellef ile vergi idaresini temsilen uzlaşma komisyonu arasında yapılan karşılıklı görüşmeler, pazarlık usulünü andırmaktadır. Bu nedenle, uzlaşma, tabiri caizse idare ile mükellefin el sıkışmasıdır³.

¹ Turgut CANDAN, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Temmuz, 2006, s. 260; Turgut CANDAN, "Uzlaşma I", **Maliye Postası**, Yıl: 13, Sayı: 271, 15.12.1991, s. 61.

² Doğan ŞENYÜZ, **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s. 190.

³ Nahit KİTİŞ, "Tarihiyat Öncesi Uzlaşma", **Vergi Dünyası**, Ağustos, 1989.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

Uzlaşma hemen hemen bütün vergi türlerine ilişkin olarak ikmalen, resen ve idarece yapılan tarhiyatlar konusunda itiraz yoluna başvurulmadan, mükellefle vergi idaresinin anlaşması ve yapılan tarhiyatın bu anlaşma çerçevesinde düzeltilmesidir⁴. Vergi idaresi ile vergi yükümlüsü ve/veya ceza muhatabı arasında henüz sorun doğmadan işletilmekte; taraflar arasında o ana kadar var olmayan, ancak yakın bir gelecekte doğması muhtemel bir sorunu gidermeyi amaçlamaktadır⁵.

Uzlaşma kurumu, Türk Vergi Sistemine ilk olarak, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4. kitabının 3. kısmına 28.02.1963 tarihinde yayımlanan 205 sayılı Kanunun 22. maddesiyle eklenen 3. bölüm ile (VUK'un 376. maddesinden sonra gelecek şekilde Ek1-10 maddelerinde yer alan hükümlerle) getirilmiştir. Yabancı sistemlerde de uzlaşmaya benzer ya da yakın kurumlar, *anlaşma*, *görüşme*, *ön anlaşma* gibi adlarla anılmaktadır. Bizdeki şekle modellik eden ise, Alman uygulamasıdır. Fakat; bu uygulama, 1977'de, anayasa-ya aykırı olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır⁶.

Vergi Usul Kanunu'na göre uzlaşma⁷ iki şekilde sağlanabilmektedir. Bunlardan birincisi, tarhiyat öncesi uzlaşma; ikincisi ise tarhiyat sonrası uzlaşmadır. Tarhiyat öncesi uzlaşmaya vergi incelemesine dayanılarak salınacak vergi ve kesilecek cezalar konusunda henüz vergi salınmadan ceza kesilmeden gidilmektedir. Tarhiyat sonrası uzlaşmaya ise adına vergi salınan ve ceza kesilen mükellefler başvurabilmektedir⁸. Tarhiyat öncesi uzlaşma isteyen bir mükellefin uzlaşmadığı takdirde daha sonra tarhiyat sonrası uzlaşma isteme-

⁴ Gürol ÜREL, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, s. 809.

⁵ Yusuf KARAKOÇ, *Vergi Sorunlarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s 41.

⁶ Mualla ÖNCEL-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN, *Vergi Hukuku*, Ankara, 2005, s. 170.

⁷ Günümüz uygulaması bakımından uzlaşma kurumunun temel esasları, Vergi Usul Kanunu'nun 3. Bölümünde ek maddelerle düzenlenmiştir. Uygulama şekil ve usullerinin belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması bakımından 3 Şubat 1999 tarih ve 23600 sayılı Resmi Gazete'de "Uzlaşma Yönetmeliği" ve "Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği" yayımlanmıştır. Uzlaşma Yönetmeliği, 24 Ağustos 1999, 22 Ekim 2005, 8 Temmuz 2005, 23 Mart 2007 tarihlerinde değişikliğe uğrayarak günümüzdeki şeklini almıştır. Vergi Usul Kanunu'nun Ek 11. maddesinde düzenlenen Tarhiyat Öncesi Uzlaşma hükümlerinin açıklanması için yayımlanan Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği ise, 24 Ağustos 1999, 22 Ekim 2005 tarihlerinde değiştirilmiştir. VUK'un Ek madde 1 hükmünde, il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlara ilişkin uzlaşma hükümlerinin İç İşleri Bakanlığınca, çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği açıklanmıştır. İç İşleri Bakanlığınca 1 Ağustos 2003 tarihinde "Mahalli İdareler Uzlaşma Yönetmeliği" 25186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸ Gelir İdaresi Başkanlığı, Re'sen ve İkmalen ve İdarece Yapılan Tarhiyatlarda Mükellefin Hakları ve Ödevleri, 2007.

si mümkün değildir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde ise, mükellefler dava açma yoluna gidemeyecektir. Tarhiyat öncesi uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda, uzlaşmanın gerçekleşmediğine dair tutanağın tebliği değil, vergi ve ceza ihbarnamelerinin tebliğ tarihi esas alınarak ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde vergi mahkemesine dava açmak yoluna gidilebilir. Tarhiyat sonrası uzlaşmada ise, “uzlaşmanın gerçekleşmediğine” dair tutanağın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde, vergi mahkemesinde dava açılması yoluna gidilebilir. İhbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren uzlaşma görüşmesinin 15 günden önce yapılması durumunda, başvuru süresi 15 günden fazla da olabilmekte, sonuçta toplam süre ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olmaktadır⁹.

Uzlaşma talebinde bulunacak olan mükellefin vergi ziyana sebep teşkil edecek fiili VUK’ un Ek 1. maddesinde sayılan nedenlerden birine dayanmalıdır. Bu nedenler ise;

- Vergi ziyana sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ileri gelmesi,
- Tarhiyatta VUK’ un 369. maddesinde yazılı şekillerde yanılma¹⁰ halinin bulunması,
- Tarhiyatta Vergi Usul Kanunu’nun 116¹¹, 117¹² ve 118¹³. maddelerinde

⁹ Fatih ACAR, “Uzlaşma ve Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, **Vergi Sorunları**, Sayı: 171, Aralık 2002, s. 25-29.

¹⁰ MADDE 369: Aşağıda yazılı hallerde vergi cezası kesilmez :

1. Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları;
2. Bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş veya bu hükme ait bir içtihadın değişmiş olması.

¹¹ MADDE 116 - Vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasıdır.

¹² MADDE 117 - Hesap hataları şunlardır:

1. Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, tekalif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olmasıdır.
2. Vergi miktarında hatalar: Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, birinci bentte yazılı vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır.
3. Verginin mükerrer olması: Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır.

¹³ MADDE 118 - Vergilendirme hataları şunlardır:

1. Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır;
2. Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimse-

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

- yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunması,
- Yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi halinde uzlaşma talebinde bulunulabileceğidir¹⁴.

Uzlaşma talep edebilmek için yukarıda sayılan şartlardan en az birisinin bulunması gerekmektedir. Ancak geçmiş dönemlerde idare değerlendirmesini daha geniş çerçevede yapmış, kasıt unsurunun açıkça tespit edilmemiş olduğu her türlü halde uzlaşma yapılmasını kabul etmiştir¹⁵. Uygulamada da, her çeşit danışman kadrosuna sahip şirketlerce¹⁶, kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememek uzlaşma talebinde sıklıkla sebep gösterilmekte ve genellikle idarece yeterince incelenmeden kabul edilmektedir¹⁷.

Vergi Usul Kanunu'nun 359 ve 360. maddelerinde sayılan fillerle vergi ziyana sebep olunan vergi cezaları hakkında uzlaşma talep edilmesi mümkün değildir¹⁸. Tarhiyat öncesi uzlaşmada, inceleme raporu ile önerilen usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında uzlaşma imkânı vardır. Ancak, tarhiyat sonrası uzlaşmada, usulsüzlük cezaları bakımından uzlaşma mümkün değildir. Vergi aslına bağlı olarak uygulanan gecikme cezaları bakımından ise, her iki uzlaşma türünde de uzlaşma mümkündür. O halde, her iki uzlaşma türünde de VUK'un 359. maddesinde belirtilen kaçakçılık suçu kapsamına giren vergi ziyai cezaları için uzlaşmak mümkün değildir. Verginin aslı ve buna bağlı olan faizler, her iki uzlaşma türü içinde uzlaşma konusu olabilir. Usulsüzlük cezaları ise sadece tarhiyat öncesi uzlaşmada, vergi incelemesi raporunda belirtilenler bakımından uzlaşmaya konu teşkil edebilir.

lerden vergi istenmesi veya alınmasıdır.

3.Mevzuda hata: Açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır.

4.Vergilendirme veya muafiyet döneminde hata: Aranan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır.

¹⁴ Nevzat ERDAĞ, **Türk Vergi Sistemi (Vergi Avantajları-Vergi Cezaları)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 349.

¹⁵ ÜREL, s. 812.

¹⁶ Ahmet EROL, **Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008, s. 133.

¹⁷ Turgut CANDAN, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2001, s. 156.

¹⁸ Kaçakçılık suçu teşkil eden vergi ziyai cezalarına ilişkin uzlaşma talepleri 01.01.1999 – 14.18.1999 arasındaki dönem bakımından kabul edilmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. Raci ÜN, "Kaçakçılık Cezaları Uzlaşmaya Konu Edilir mi?", **Yaklaşım**, Mart 2008, Sayı: 183.

Günümüzde uzlaşma kurumu, vergi ihtilaflarının büyük bir bölümünün yargı organlarına taşınmadan idari aşamada çözümlenmesine hizmet etmektedir. Devletin vergi toplama işlevi sırasında, vergi idaresi ile mükellef arasında çıkan uyuşmazlıkların süratle ve adaletli şekilde çözüme kavuşturulmasında hem Hazinesinin, hem de uyuşmazlığa taraf olan vergi mükellefinin çıkarı vardır. Bu nitelikteki bir çözüm, kamu harcamalarının karşılığı olarak vergiden beklenenin zamanında elde edilmesini sağlayacağı için, verginin verimliliği ilkesine de uygundur¹⁹. Uzlaşma müessesesi ile, adeta ince bir ipe bağlı olan ülkemiz ekonomisi açısından hazineye kısa yoldan para aktarılmasının yanı sıra, zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi de söz konusu olmaktadır. Mükellef ise, ödeyeceğinden daha az vergi ve ceza üzerinde anlaşarak kâr sağlamış olmaktadır. Ayrıca, emek ve zaman kaybının önüne geçilmesi hususu, mükellefler için de söz konusudur. Kısacası, karşılıklı olarak katlanılan fedakarlıklar ve neticesinde elde edilen bir takım faydalar söz konusu olmaktadır.

Ancak uzlaşma kurumunun olumlu taraflarının yanı sıra olumsuz tarafları da mevcuttur. Nitekim vergilendirmeye dair temel ilkeler bazında incelendiğinde sorunlar barındırdığı da dikkat çekmektedir.

II. UZLAŞMA MÜESSESESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kelime anlamı itibariyle sulh, ortaya çıkan uyuşmazlıkların barış içinde çözümlenmesi²⁰ anlamını taşıyan uzlaşma, Vergi Hukukunda ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen vergi ve cezaların miktarları konusunda, idare ve mükellefin pazarlık ederek anlaşmaları anlamına gelmektedir. Anlaşmadan bahsedildiği durumlarda hukuki bir sözleşmenin vuku bulacağı tartışmasızdır. Gerek yazında gerekse kimi Danıştay kararlarında Vergi Hukukunda düzenlenmiş bulunan uzlaşma kurumunun vergi idaresi ile mükellef veya ceza muhatabı arasında düzenlenmiş bir sözleşme olduğu noktasında görüş birliği bulunmasına rağmen, yapılan bu sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olduğu ile ilgili olarak değişik görüşler bulunmaktadır²¹. Kısaca, bu hukuki sözleşmenin niteliğinin ne olacağı tartışma konusudur.

Bu konuda doktrinde baskın gelen görüşler arasında, uzlaşma sözleşmesinin bir “sulh akdi” ile “idari sözleşme” olduğu görüşleri yer almaktadır.

¹⁹ CANDAN (2006), s. 259.

²⁰ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

²¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mehmet KÜÇÜKKAYA, “Vergi Hukukunda Düzenlenen Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı:55-56, 2009.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

Öncel-Kumrulu-Çağan²² uzlaşma sözleşmesinin bir tür idari sözleşme olduğu görüşünderken; Candan, uzlaşmanın kelime anlamından yola çıkarak bu sözleşmeyi sulh akdine²³ benzetmektedir. Ayrıca, fazla taraftar bulamasa da uzlaşmanın bir idari işlen olduğu yönünde değerlendirmeler de mevcuttur.

Uzlaşma müessesesi, Vergi Hukukumuzda beyana dayalı tarhiyat türü dışında kalan tarhiyatların ihtilafsız kesinleşmesini sağlaması yönünden önemli bir idari çözüm mekanizması sağlamaktadır. Ancak, uzlaşmanın hukuki niteliği ve sistem içindeki yeri üzerine, uygulamadaki önemine ve vergi sistemine etkilerine paralel olarak yeterince tartışılmadığı bir gerçektir. Oysa uzlaşma, idare ve mükellefler açısından kesin sonuçlar doğurmakta ve uygulama biçimi itibariyle vergi sistemi içinde vergileme ve cezalandırma süreçlerini doğrudan etkilemektedir. Bu sebeple uzlaşma müessesesi, hem hukuki nitelik hem de etkileri bakımından tüm boyutlarıyla tartışılmalıdır. Zira, bir hukuki müessesenin hukuki niteliğini doğru tespit etmek, söz konusu müessese ile ilgili doğru değerlendirmeler yapabilmek bakımından elzemdir.

A. İdari İşlem Olduğu Görüşü

İdari işlemin tanımının resmi olarak yapıldığı bir metin mevcut değildir. Bunun iki sebebi vardır: Birincisi, idari işlemlerin oldukça farklı türleri olduğu için, işlemlerin tamamını içerecek genişlikte bir formülün bulunmasının zorluğundandır. İkincisi olarak ise, kanun veya diğer düzenleyici işlemler, iyice belirlenmiş bir konuya ilişkin olup, açıkça ve özlü bir tarzda böylesine soyut bir kavramı tanımlamayı amaçlamazlar²⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'a göre idari işlem, “ kamu kurum ve kuruluşları tarafından Kamu Hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır²⁵”.

Bilindiği üzere, bir özel hukuk kişinin iradesini diğerine, onun rızası dışında empoze etmesi mümkün değildir. Buna karşılık idare, tek taraflı işlemler tesis ederek yönetilenler için bazen hak sağlayıp, bazen de yükümlülükler ge-

²² Mualla ÖNCEL-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 171; Benzer görüş için bkz, Funda BAŞARAN, “Keyfilik Yaratıcısı mı Yoksa Hukuki Bariş Sağlayıcısı mı? Sorgudaki Kurum: Uzlaşma”, **Mükellefin Dergisi**, Sayı:105, Temmuz, 2000, s. 109.

²³ CANDAN (2006), s. 260.

²⁴ E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 345.

²⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, 3. B., Ankara, 2004, s. 412.

tirerek iradesine uyulması için zorlamada bulunabilir. Bu durum, idari etkinliklerin asli anlamdaki dışı vurulmasıdır²⁶. Aynı durum idari işlemlerde açıkça kendini göstermektedir.

Uzlaşma müessesesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde çok da tartışılabilir. İlk görüş, uzlaşmanın bir idari işlem olduğuna dairdir. Ancak, uzlaşmayı (bireysel veya düzenleyici) bir idari işlem olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü; bir kamu hukuku müessesesi olan idari işlem, idarenin karşı tarafın rızasına gerek duymaksızın tek taraflı irade açıklaması ile oluşmaktadır. Oysa, uzlaşmada karşılıklı rıza gerekmektedir²⁷. Uzlaşma görüşmeleri sırasında işlemin bir tarafında idare olmasına karşın hukuken vergi idaresi ile mükellef eşit konumdadır²⁸. Uzlaşma komisyonunca hazırlanan tutanak, hem mükellefin hem de idarenin iradesini yansıtmaktadır. Dolayısıyla, idari işlemin bu en belirgin özelliğini haiz olmayan uzlaşma müessesesini idari işlem olarak nitelendirmek mümkün görünmemektedir.

B. İdari Sözleşme Olduğu Görüşü

Uzlaşmaya ilişkin hükümlere yer verilemesindeki amaç, vergi ve cezaları konusunda, mükellef ile vergi idaresinin anlaşmaları ve böylece uyumsuzluğun barışçıl yollarla çözümlenerek ortadan kaldırılmasıdır²⁹. Bu niteliğiyle uzlaşmayı, idare ile mükellef arasındaki uyumsuzluğa son veren idari bir sözleşme olarak değerlendiren yazarlar vardır³⁰.

Bilindiği üzere, kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelere “idari sözleşme” adı verilmektedir³¹. İdari sözleşmeler, kamu kuruluşları arasında akdedilebileceği gibi özel kişiler arasında da akdedilebilmektedir. Bu durumda idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmelerin niteliğinin saptanması önem taşımaktadır. İdarenin hukuki ilişki içine girdiği bütün sözleşmeler, “idari sözleşme” olarak nitelendirilmeyeceğinden, idari sözleşmenin özel hukuk sözleşmesinden ayrılması önem taşımaktadır. Bunlar kısaca,

²⁶ ATAY, s. 343.

²⁷ ŞENYÜZ, s. 191.

²⁸ Ahmet EROL, “Uzlaşma Komisyonlarının Tutarsal Uzlaşma Sınırı”, *Yaklaşım*, Sayı: 179, Kasım 2007, s. 134.

²⁹ Yılmaz ÖZBALCI, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Ankara, 1988, s. 858.

³⁰ Mualla ÖNCEL-Nami ÇAĞAN-Ahmet KUMRULU, *Vergi Hukuku*, Cilt 1, Genel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 1987, s. 209.

³¹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 454.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

- Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında eşitlik vardır. İdari sözleşmede ise, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye bazı üstünlükler tanınmıştır.
- İdari sözleşmelerde yasalar idarenin hareket serbestisini sınırlamıştır.
- Özel hukuktan doğan sözleşmeler adli yargıda; idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargı mercileri tarafından çözülür³².

Uzlaşma müessesesini incelediğimiz zaman, uzlaşmanın vaki olmaması durumunda VUK' un Ek 7. maddesine göre tarafların vergi mahkemeleri nezdinde dava açma hakları olduğunu görmekteyiz. Bu durum, uzlaşmanın idari sözleşme olduğu görüşünü destekleyici bir unsur olarak değerlendirilebilir.

İdarenin hareket serbestisinin sınırlı olması ise, tartışma yaratacak bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarhiyat sonrası uzlaşma bakımından idarenin uzlaşma yetki sınırları 352, 356, 360 ve 372 sıra no.lu VUK Genel Tebliği ile belirlenmiştir. Ancak tarhiyat öncesi uzlaşma bakımından idare herhangi bir miktar sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla, tarhiyat öncesi uzlaşma bakımından bu unsur hayat bulamamaktadır. Tarhiyat sonrası uzlaşmada ise, VUK Genel Tebliği ile belirlenen yetki sınırları, komisyonların dosyaya bakmaya yetkili olup olmadığı bakımındandır. Uzlaşabilecekleri miktar bakımından herhangi ölçü ve kriter konulmamıştır. Dolayısıyla idare indirim yapma bakımından sınırsız yetki sahibidir, demek mümkündür. Var olan yasal düzenlemelere bakıldığında, uzlaşma komisyonlarının yetkileri, vergi aslı ve cezasındaki tüm vergi aslı ve cezasını ortadan kaldırma noktasına kadardır³³. Uygulamada bu durum genel olarak vergi aslında indirime gitmeme, vergi cezalarının ise %90'nını kaldırmak şeklindedir³⁴. Dolayısıyla komisyonların raporları okuyup, değerlendirdikten sonra raporun gereği olan öneriyi sunmak yerine, genel uygulama yönünde mükellefe öneride buldukları gözlemlenmiştir³⁵. İşte bu sebeple, uzlaşma komisyonları açısından idarenin hareket serbestisi vardır.

Son kriter, sözleşmede taraflar arasında eşitlik olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, idarenin sözleşme görüşmeleri sırasında bazı üstünlüklerinin olup olmadığıdır. Uzlaşma görüşmeleri sırasında hukuken vergi idaresi ile mükel-

³² GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 455.

³³ EROL, s. 2.

³⁴ EROL, s. 2.

³⁵ EROL, s. 2.

lef eşit konumdadır³⁶. Uzlaşma sağlanmış olan bir konuda vergi idaresinin kendisini mükellefin üzerinde görerek, uzlaşma tutanağını yargıya götürmesi mümkün değildir³⁷.

Sözleşmenin imzalanması bakımından da idarenin herhangi bir zorlayıcı etkisinin olmayacağı açıktır. Zira, vergi ve ceza miktarlarında yapılacak indirim, uzlaşma görüşmelerinde yapılacak pazarlık sonucu belli olacaktır. Burada idarenin daha güçlü konumda olması; mükellefin yasaya aykırı davranarak vergi ziyanına sebebiyet vermesi, bu durumun defter ve belgelerden açıkça anlaşıldığı durumlarda mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu durumun, bir gayrimenkul satan kişinin alıcı ile pazarlık yapmasından ya da ticari bir iş ilişkisinde sözleşme bedeli belirlenirken göz önüne alınan çıkar dengesinden bir farkı bulunmamaktadır.

Mükellefin vergi ziyanına sebep olması; yetkili makamlarca verilen yanlış bilgilerden, bir hükmün uygulaması bakımından yetkili makamların görüş ve kanaatlerinin değişmesinden, yargı ile idare arasında görüş farklılığının olmasından veya vergi hatalarından kaynaklanıyorsa³⁸, mükellef idari yargı yoluna başvurduğunda zaten verginin yeniden tarh olunması ya da verginin hiç alınmaması söz konusu olacaktır. Sayılan bu şartlar, VUK Ek Madde 1’de belirtilen uzlaşmaya başvurma şartları olduğuna göre, aslında burada güçlü olan mükelleftir. Taviz verip vergi miktarı ve cezalarında indirim yaparak ödemeyi temin edecek olan idaredir. Nitekim, istatistiklere bakıldığında; uzlaşma konusu dosyaların çoğunluğunda uzlaşma vaki olmakta ve mükellefin ödeyeceği vergi ve ceza miktarında indirim yapılmaktadır³⁹. O halde, uzlaşmanın idari bir sözleşme olduğunu destekleyici yöndeki bu şart da sağlanmamaktadır.

İdari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklarının yanı sıra belirleyici özellikleri⁴⁰ de önem taşımaktadır. Söz konusu özellikler;

³⁶ EROL, s. 134.

³⁷ EROL, s. 135.

³⁸ Mustafa TAN, **Yürürlükteki Türk Vergi Kanunları**, Gelirler Kontrolörleri Derneği, Ankara, 2008.

³⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı, 2007 Faaliyet Raporu, EROL, s. 2.

⁴⁰ “Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.” Dn. 10.D.nin 11.04.2005 tarih ve E. 2004/12712, K. 2005/1612 sayılı kararı, “Bir sözleşmenin “idari sözleşme” sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu yada kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.” Dn. 13.D.nin 27.11.2006 tarih ve E. 2005/5304,

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

- Sözleşmenin taraflarından en az birisi idare olması,
- Sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması,
- Sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunmasıdır⁴¹.

Söz konusu şartları uzlaşma müessesesi bakımından tek tek irdeleyecek olursak, sözleşmenin taraflarından birinin idare olduğu açıktır. Ancak taraflardan birinin idare olmasının bu sözleşmeyi “idari sözleşme” yapmayacağı da kuşkusuzdur⁴². İdari sözleşmeye özgü diğer şartların da sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığı da açıkça ortadadır. Ayrıca kanaatimizce, uzlaşma kurumu bakımından özel hukuku aşan hükümlerin bulunduğunu söylemek de güçtür. Çünkü, idare burada bir özel hukuk kişisi ile giriştiği pazarlık sonucu bir akit yapmaktadır. Tarafların iradelerinin uyuşması halinde, her iki taraf da bazı haklarını kullanmaktan vazgeçmek suretiyle belli fedakarlıklara katlanmakta, neticesinde belli faydalar elde etmektedir. Bu amaç doğrultusunda ise, bir tarafın diğerinin iradesini zorlaması ya da ona karşı daha üstün bir konumda olması söz konusu değildir. Kısaca, uzlaşma görüşmeleri sırasında hukuken vergi idaresi ile mükellef eşit konumdadır⁴³.

Uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi ise tamamen kanunun emridir. Zira, Vergi Hukuku sisteminin bir parçası olan uzlaşma kurumuna ilişkin sorunların da Vergi Hukukunun ihtilafların halli kurallarına göre çözülmesinde fayda olacağından, uyuşmazlıkların vergi mahkemeleri nezdinde değerlendirilmesi kanun tarafından öngörülen bir faydadır. Nitekim belli bir uzmanlık gerektiren vergi sorunlarının vergi konusunda uzmanlaşan hâkimlerce çözümleniyor olması da kararların daha isabetli oluşu bakımından önemlidir.

Uzlaşmanın karşılıklı irade beyanı ile oluşturulması sebebi ile, idare ile mükellefin aynı hukuki sonucu doğurmak amacıyla karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyuşması sonucu meydana gelen “idari sözleşme” olduğu

K. 2006/4486 sayılı Kararı.

⁴¹ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Cilt: II, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s. 41.

⁴² “İdari yargının görev alanı; idare hukuku kuralları içinde, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davaların görüm ve çözümlenmesiyle sınırlıdır. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur”, Dn. 10. D.nin 11.04.2005 tarih ve E. 2004/12712, K. 2005/1612 sayılı kararı.

⁴³ EROL, s. 134.

iddia edilebilirse bile, uzlaşma bundan da farklıdır. Çünkü; bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir⁴⁴. Uzlaşma ise, ne kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgilidir ne de idareye özel hukuk yetkilerini aşan bir yetki verilmesi söz konusudur⁴⁵. Yani; uzlaşma kurumunun, genel idari hizmetlerin yürütümü amacıyla idare ile yönetilenler arasında İdare Hukuku kurallarına göre akdedilen ve akdin idare edilen tarafına kimi kamu hizmetlerinin yürütümü görevi yanı sıra kamu gücü kullanma yetkisi de vermesi ile idarenin taraf olduğu diğer sözleşmelerden ayrılan idari sözleşme ile bir tarafının idare olması dışında hiçbir benzerliği bulunmamaktadır⁴⁶. Uzlaşmanın idarenin özel hukuk sözleşmelerine benzetilmesi de tam olarak isabetli değildir. Çünkü; idarenin özel hukuk sözleşmelerinin oluşumu özel hukuka tabidir. Oysa, uzlaşmada kamu hukukunun bir dalı olan Vergi Hukuku ilişkisi sonucu kurulan bir ilişki söz konusudur⁴⁷.

C. Sulh Akdi Olduğu Görüşü

Sulh, sözlük anlamı itibariyle barış, uzlaşma manasına gelmektedir⁴⁸. Doktrindeki bir diğer görüş de, uzlaşmanın hukuki nitelik bakımından “sulh akdi”ne benzediği yönündedir⁴⁹.

Medeni Yargıma Hukukunda karşımıza çıkan “sulh akdi”, tarafların birbirlerine fedakârlıkta bulunmak suretiyle, aralarındaki mevcut bir hukuki ilişki üzerindeki anlaşmazlığa son vermeleri için yaptıkları bir sözleşmedir. Sulh sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için taraflar arasında mutlaka önceden bir hukuki ilişki bulunmalıdır⁵⁰. Söz konusu hukuki ilişki, bir uyuşmazlığın konusunu teşkil etmelidir. Uyuşmazlık, bir olaya veya bir olayın nitelendirilmesine ilişkin olabilir.

Sulh sözleşmesinin vukuu bulabilmesi için mutlaka dava açılmasına gerek yoktur. Sulh sözleşmesi ile amaçlanan, davayı önlemek veya açılmış olan da-

⁴⁴ Kemal GÖZLER, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s. 385.

⁴⁵ ŞENYÜZ, s. 191.

⁴⁶ CANDAN (2006), s. 260.

⁴⁷ ŞENYÜZ, s. 191.

⁴⁸ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, (Erişim) <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>, 01.04.2010.

⁴⁹ CANDAN (2006), s. 260.

⁵⁰ Haluk KONURALP, **Medeni Usul Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, No:1706, Eskişehir, 2006, s. 124.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

vaya son vermektir⁵¹. Uzlaşma kurumunun doğasında da davayı önlemek ve açılmış olan davaya son verme amacı yatmaktadır. Nitekim VUK. Ek Madde 7/2 hükmünden⁵² uzlaşma kurumunun davaya son verme amacı açıkça anlaşılmaktadır. Hatta uzlaşma sonucunu vergi mahkemeleri nezdinde verilecek karardan daha üstün tutmuştur. Burada, taraflar arasında imzalanan bir sözleşmenin varlığı halinde, söz konusu sözleşme üstün tutulmaktadır.

Mükellef ve idare, uyuşmazlığı sona erdirmek için iradelerini beyan ederek ortak bir zemin üzerinde anlaşılır ve bu iradelerini uzlaşma tutanağı ile hayata geçirirler. Uzlaşma müessesesinin Medeni Yargılama Hukuku'ndaki sulh akdine benzediğine dair bu görüş taraftarlarından Turgut Candan'ın da ifade ettiği gibi; “*Genel idari hizmetlerin yürütümü amacıyla idare ile idare edilenler arasında İdare Hukuku kurallarına göre akdedilen ve sözleşmenin idare edilen tarafına kimi kamu hizmetlerinin yürütümü görevi yanında kamu gücü kullanma yetkisi de vermesiyle idarenin taraf olduğu diğer sözleşmelerden ayıran idari sözleşmeyle bir tarafın idare olması dışında hiçbir benzerliği olmayan uzlaşma anlaşmalarına “idari sözleşme” nitelemesinin yakıştırılması bize göre olanaklı değildir. Uzlaşma müessesini, bir akit türüne benzetmek gerekirse, Medeni Yargılama Hukuku'ndaki “sulh akdi” ne benzediği söylenebilir⁵³”.*

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; sulh akdi, bir özel hukuk dalı olan Medeni Yargılama Hukuku'nda karşımıza çıkarmakta ve tamamen özel hukuk hükümlerine tabi iken; uzlaşmada kamu hukukunun bir dalı olan Vergi Hukuku ilişkisi sonucu kurulan bir ilişki söz konusudur⁵⁴.

D. Önödeme Olduğu Görüşü

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesinde düzenlenen ve kamu davasının açılmasını engelleyen, açılmış bir davada ise, davanın düşürülmesi sonucunu doğuran önödeme kurumu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da genel hükümleri düzenleyen Birinci Kitabın son maddesi olan 75. maddede⁵⁵

⁵¹ KONURALP, s. 124-125.

⁵² VUK. Ek Madde 7/2 : “*Mükellef veya ceza muhatabı aynı vergi veya ceza için uzlaşma talebinden önce dava açmışsa dava, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenemez; herhangi bir sebeple incelenir ve karara bağlanırsa bu karar hükümsüz sayılır*”.

⁵³ CANDAN (2006), s. 260.

⁵⁴ ŞENYÜZ, s. 191.

⁵⁵ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu MADDE 75: ÖNÖDEME

(1) Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya

düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, önödeme ile ilgili bazı yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklerden en önemlisi; 765 sayılı TCK'nın 119. maddesinin

4. fıkrasında yer alan ve önödeme⁵⁶ önerisine uyulmaması nedeniyle yapılan yargılama sonunda mahkûm edilen kişi için cezanın yarı oranında artırılmasını öngören hükme, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiş olmasıdır⁵⁷.

Biri Ceza Hukuku; diğeri Vergi Hukuku kavramı olan önödeme ve uzlaşma, kamu hukuku içerisinde karşımıza çıkmakta ve çeşitli benzerlikler arz etmektedir. Peki, hukuki niteliği açısından uzlaşmayı önödemeye benzetmek mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Şöyle ki; önödemede fail, peşinen ve tek taraflı olarak tespit edilmiş bulunan bir miktarı ödemeyi kabul veya reddetmektedir. Uzlaşmada ise, hakkında vergi cezası kesilen veya kesilecek olan mükellefin uzlaşma komisyonu ile pazarlık yapması söz konusudur⁵⁸. Diğer bir deyişle, önödemenin aksine, uzlaşma-

kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili;

a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını,

Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödendiği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

(2) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde de fail, hakim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödendiğinde kamu davası düşer.

(3) Cumhuriyet savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suçta dönüşmesi halinde de yukarıdaki fıkra uygulanır.

(4) Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı üç ayı aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar, yukarıdaki fıkralara göre adli para cezası esas alınarak belirlenir.

(5) Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez.

⁵⁶ Bkz. Özkan GÜLTEKİN, "Yeni Türk Ceza Hukukunda Önödeme ve Uygulaması", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Aralık, 2007.

⁵⁷ Önödeme kurumu bakımından bir diğer yenilik olarak, 01/06/2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza Usul Hukukumuzdaki yerini almış olan iddianamenin iadesi kurumunu düzenleyen 5271 sayılı CMK'nın 174. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gösterilebilir. Buna göre; önödemeye tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde, önödeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir. Ayrıca yeni düzenlemede, bir Ceza Usul Hukuku müessesesi olan uzlaşma kapsamındaki suçlar da önödeme kapsamı dışında tutulmuş olup, bu uygulama ile önödemenin kapsamının, yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki yerinin daraltıldığı söylenebilir.

⁵⁸ ŞENYÜZ, s. 191.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

da peşinen bir ön kabul söz konusu değildir. Tarafların iradelerinin uyuşması halinde, her iki taraf da bazı haklarını kullanmaktan vazgeçmek suretiyle belli fedakarlıklara katlanmakta, neticesinde belli faydalar elde etmektedir. Bu amaç doğrultusunda ise, bir tarafın diğerinin iradesini zorlaması ya da ona karşı daha üstün bir konumda olması söz konusu değildir. Kısaca, önödemenin aksine uzlaşma görüşmeleri sırasında hukukten vergi idaresi ile mükellef eşit konumdadır⁵⁹. Dolayısıyla, hukuki niteliği açısından uzlaşmayı Ceza Hukukundaki önödemeye benzetmek de mümkün değildir.

E. Değerlendirmemiz

Kanun koyucu, bazı müesseseleri vergi sistemi içine yerleştirirken bu kurumların hukuki niteliğinden evvel pratik faydalarını ve iktisadi olgularını dikkate almaktadır. Nitekim, devletin egemenlik gücüne dayanılarak, mükelleften alınan vergi, hazineye intikal edecek olan iktisadi bir değerdir. Mükellef, kâr kaybına neden olacak bu iktisadi değeri vermemek ya da az vermek iradesine sahipken, idare de bu iktisadi değeri kolay ve kısa yoldan elde etme çabası gösterecektir. Kişilerin malvarlığına müdahale eden devlet, iyi niyetle ve en az zararla tahsil etmeye çalıştığı vergileri alabilmek için elbette bazı kolaylıklar sağlamak zorundadır. Vergi Hukuku kapsamında sağlanan söz konusu kolaylıklardan birisi de uzlaşma kurumu olarak hayat bulmaktadır.

Vergi Hukuku, kendi kuralları ve sistemi ile hukuk âleminde önemli bir yere sahiptir. Bir kamu hukuku dalı olarak Vergi Hukuku, diğer kamu hukuku dallarının yanı sıra özel hukuk ile de yakın ilişki içerisindedir. Vergi Hukukunun diğer kamu hukuku dallarıyla ya da özel hukukla olan ilişkisi, onun bağımsız bir disiplin oluşuna engel teşkil etmez. Çünkü Vergi Hukukunun, bir kamu hukuku dalı olmasının yanı sıra kendine özgü kurumları, kuralları ve terminolojisi ve amaçları mevcuttur. İşte, Vergi Hukukunun kendine özgü kavramları, kuralları ve terminolojisi olması hasebiyle bağımsız bir disiplin olduğundan kaynaklı ve yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelerle, uzlaşma görüşmeleri sonucu mükellef ve idare arasında imzalanan sözleşme, ne İdare Hukukunda karşımıza çıkan idari bir sözleşmedir ne de özel hukuktaki sulh akdidir. Uzlaşma sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler sınıfında değerlendirilmesi gereken, sui generis⁶⁰, kendine özgü niteliği ve özellikleri olan bir sözleşmedir. Sonuç olarak; uzlaşma için, bağımsız bir hukuk dalı olmasının

⁵⁹ EROL, s. 134.

⁶⁰ Adnan GERÇEK, *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 132.

açık bir göstergesi olarak, Vergi Hukukunun kendine özgü bir müessesesidir⁶¹ demenin ve bu şekilde anlamlandırmanın en isabetli yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

III. TEMEL VERGİLENDİRME İLKELERİ AÇISINDAN UZLAŞMA MÜESSESESİ

Hukuk teorisi bakımından uzlaşma müessesesi bugün dahi tartışmalı bir konudur. Tartışmaların temelinde ise, devletin vergilendirme yetkisinin pazarlık konusu yapılması, vergi adaletinin zedelenmesi, mükelleflere ödün verilmesi, vergilerin kanuniliği ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi gerekçeleri yatmaktadır. Liberal yaklaşımların etkisiyle ABD’de uzlaşma müessesesinin tarhiyat öncesi ve sonrasında uygulanmasının vergilerin kanuniliği ilkesi ile çelişmediği kabul edilse de; sosyal anlayışların yaygınlığı sebebiyle Almanya’da “verginin kanuniliği ilkesini zorlayan bir kurum olarak” uzlaşma müessesesi, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 1997 yılında anayasaya aykırılığı gerekçesiyle kaldırılmıştır⁶².

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Tarhiyat Öncesi Uzlaşma müessesesini düzenleyen EK 1-11.maddelerinde kanun gerekçesi olarak “Vergi ihtilaflarının süratle halli ve böylece mükelleflerin tereddütlerinin bir an evvel gidilerek huzura kavuşmalarının temini, amme alacağının vaktinde hazineye intikali ve nihayet itiraz ve temyiz mercilerinin işlerini hafifleterek ihtilaflar üzerine daha titizlikle eğilmelerine imkan sağlanması maksadıyla kanuna uzlaşma müessesesi ithal olunmuştur. Böylece, mükellefle idare arasında vergi yönünden zuhur edecek ihtilafların yine kendi aralarında görüşülerek halli yolu açılmış bulunmaktadır” denilmektedir. Kamu alacağının daha hızlı, daha az maliyetle ve vergi de istenen tahsilatın ihtilaf konusu yapılmadan tahsil edilmesi gibi yararları karşısında vergi mevzuatımızda 1963 yılından beri uzlaşma müessesesi güçlü bir şekilde uygulanmaya gelmiştir. Vergi idaresinin neden uzlaşma yolunu seçtiği istatistikî verilere baktığımızda daha net ortaya çıkmaktadır. Bunlardan en önemli olanı yargıya intikal eden vergi inceleme raporlarının %80-95’i mükellef lehine sonuçlanması ve bu nedenle idarenin istenen hedefe ulaşamadığı ve buna karşın her vergi incelemesinin %70-80’inin uzlaşma aşamasında çözümlendiği dikkate alındığında uzlaşmanın vergi idaresi açısından önemi anlaşılmaktadır.

⁶¹ ŞENYÜZ, s. 191.

⁶² ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN (2005), s. 170.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; normlar hiyerarşisine göre, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla kişilere kanunlarla hak ve yükümlülükler getirilebilir. Nitekim Anayasanın 73. maddesi hükmü gereğince de vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulabileceği açıktır. Dolayısıyla, uzlaşma komisyonlarına devletin alacağı üzerinden indirim yapma yetkisi verilmesi, Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Vergisini zamanında ödeyen mükellefe tanınmayan indirim imkânı da, vergi ödevlerini yerine getirmeyen mükellefe tanındığından Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Söz konusu aykırılığın gerekçelerini temel vergilendirme ilkeleri yönünden ayrıntılı olarak inceleyelim:

1. Vergilerin Kanuniliği İlkesi Yönünden Uzlaşma Müessesesi

Tarihimiz boyunca egemen güçler tarafından getirilen aşırı mali yükümlülüklerin savaş ve isyanlara yol açtığı bilinmektedir. Bu nedenle, kanunilik ilkesi bu korunmanın bir parçası olarak 1215 tarihli Magna Carta'ya kadar uzanmaktadır⁶³.

1982 Anayasası'nın cumhuriyetin niteliklerini gösteren 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Genel tanımı itibariyle hukuk devleti, tüm işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan ve hukuk kurallarının sadece yönetilenlerin değil yönetenlerin de bağlı olduğu, insan haklarına saygılı bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri koruyucu devlettir⁶⁴.

Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfilığe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz kanunilik ilkesidir. Ancak vergilerin kanunla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, kanunilik ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine uygunluğunun sağlanması da gerekir⁶⁵. Diğer bir anlatımla, hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilke-

⁶³ ÇELİK, s. 529.

⁶⁴ Mehmet OFLAZ, "Hukuk Devletinin Bir Gereği Olarak Kanunilik İlkesi ve Bu İlkenin Vergi Hukuku'nda İfade Ettiği Anlam", *Yaklaşım*, Temmuz 2005, s. 151.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin (AYM'nin) 15.10.2009 tarih, 2006/119 E., 2009/145 K. sayılı Kararı 08.01.2010 tarihinde 27456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

lerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.

Vergilerin kanunlara dayalı olması, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olmasının yanı sıra vergilerin meşruiyetini de sağlamaktadır⁶⁶.

Bu nedenle, vergilerin kanuniliği ilkesi, Anayasanın 73. maddesinde düzenlenmek suretiyle anayasal bir ilke haline gelmiştir⁶⁷. Anayasanın 73. maddesindeki düzenleme ile, Anayasanın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir. Anayasanın bu maddesi ile kanunilik ilkesinin açıklaması yapılmış, aynı zamanda idarenin bireyler karşısında yetkileri de sınırlandırılmıştır.

Kanunilik ilkesinin getiriliş amacı, Anayasa'nın devlete tanıdığı vergilendirme yetkisinin, sınırlı olarak kullanılmasını sağlamaktır. Anayasa her çeşit mali yükümlülüğün yasayla konulması, değiştirilmesi, kaldırılmasını emrederken devletin keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı hareket etmesini önleyici bir amaç güttüğüne şüphe yoktur⁶⁸. Bu sebeple, vergilendirme işlemleri kanunlara uygun olmalı, vergi idaresi ve görevleri kanunla düzenlenmeli ve bu işlemlere karşı yargı yolu açık olmalıdır⁶⁹.

Anayasaya göre vergi miktarları ve cezaları ancak kanunla belirlenebilir. Sadece; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilebilir. Uzlaşmada ise, Bakanlar Kurulu'na bile tanınmayan bu yetki, idarenin temsilcisi sıfatını taşıyan Uzlaşma Komisyonlarına tanınmıştır. Uzlaşma Komisyonları bu yetkiyi, Vergi Usul Kanunu'ndan almaktadır. Burada tartışma konusu olan, kanunlarla getirilen vergi ve cezalarda indirim yapma hakkının, idareye kanunla tanınıp tanınmayacağıdır.

⁶⁶ Miraç ÇELİK, "Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği ve Kurumun Anayasada Yer Alan Bazı Vergi Hukuku İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, **Mecmua**, Ankara 2008, s. 530.

⁶⁷ Anayasanın 73. maddesine göre;
"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."

⁶⁸ Nami ÇAĞAN, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982, s.7.

⁶⁹ Erdal SÖNMEZ-Garip AYZAZ, **Vergi Yargısı**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 1999, s. 53.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

Uzlaşma komisyonlarına tanınmış olan takdir yetkisi, Anayasa'nın 73. maddesine tamamen aykırı durumdadır. Uzlaşma kurumu ile yasalara göre doğmuş olan bir vergi alacağı idarenin takdir yetkisi doğrultusunda alınmaktadır. Bu durum, kanuni idare ilkesine⁷⁰ de aykırılık oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, bağlı yetkilerle⁷¹ donatılmış olan idare vergi yasalarına göre doğmuş olan vergi alacağını almama bakımından takdir yetkisine sahip olmaktadır ve bu husus kanunilik ilkesine aykırıdır. Ayrıca, vergiyi doğuran olay ile doğan ve tarh işlemiyle belirlenen vergi borcunun bir kısmından feragat, mükellef ile idare arasındaki ödev ilişkisinin kamusal niteliğine ve vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı düşmektedir⁷².

Uzlaşma Komisyonunun mükellefle anlaşması sonucu vergi miktarının, cezasının tayini söz konusu olmaktadır. Bunun özünde vergi ile ilgili bir sözleşme olduğu, komisyon ile vergi mükellefinin uzlaşmasının, İdare Hukuku anlamında bir idari sözleşme değil, ancak sözleşme benzeri olarak nitelendirilebileceği ve bu nitelemenin de Anayasa'nın 73. maddesindeki "verginin kanuniliği ilkesi" ve 38. maddesindeki "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" birlikte değerlendirildiğinde açıkça Anayasaya aykırılık taşıdığı da yapılan yorumlardan biridir⁷³. Çünkü; idare, uzlaşma yolunda yaptığı bir tür sözleşme ile vergi borcu aslının bir kısmından vazgeçtiği için bu durumdan dolayı olarak vergi cezası da etkilenmektedir. Oysa, suç ve ceza ancak anayasa ilkeleri çerçevesinde, yetkili organlar tarafından ve ancak kanunla ortadan kaldırılabilir. Bunun dışında idarenin dolaylı da olsa takdiri olarak cezadan vazgeçmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkelerine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Vergi konusunu oluşturan işlemlerin kanunla düzenlenmesindeki amaç, öncelikle mükellefi korumak ve idarenin keyfi davranışlarını önlemektir⁷⁴.

⁷⁰ Kanuni idare ilkesi, idareye ve faaliyetlerine kanunun ve bu arada genel hukuk ilkelerinin egemen olması anlamına gelir, GERÇEK, s. 9.

⁷¹ İdare düzenlenen hukuk kuralı gereğince belirli şartlarda belirli bir işlemde bulunmak zorundaydıysa bağlı yetki söz konusudur, GERÇEK, s. 7.

⁷² KARAKOÇ, s. 40.

⁷³ Nihal SABAN, Türk Yargı Sisteminin Etkinliği Araştırma Projesi Vergi Yargısının Etkinliği Araştırma Raporu, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), İstanbul, 2000.

⁷⁴ "1961 Anayasasının 61. Maddesinin son fıkrasına göre (f.2) vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur. Anayasa koyucunun her çeşit mali yükümlerin kanunla koyulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin gereğini götüğüne kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek ya da tüzükle belli ettirerek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla koyulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin yükümlülere, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali

Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup; oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve mükellefler bakımından belirliliğine hizmet etmektedir. Hukuki güvenlik ilkesiyle de arasındaki sıkı bağlantı dolayısıyla mükelleflere güven veren bu ilke, vergi idaresinde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir vatandaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır⁷⁵. Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunla düzenlenmesi gereken hususların sadece vergi miktarları ile sınırlı olmadığını, vergi yükümlüsünün vergi ödevleri ile ilgili hususların çerçevelerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanunilik ilkesine aykırılık, en çok tarhiyat öncesi uzlaşmada ortaya çıkmaktadır. Çünkü henüz vergi tarh etmeden pazarlık konusu yapılmaktadır. Bu durumun izahı mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi vergi idaresinin, vergiyi doğuran olay ile ortaya çıkan vergi alacağının bir kısmından feragati, bu ödev ilişkisinin kamusal niteliğine ve vergilerin kanuniliği ilkesine aykırıdır. Vergiler alanında idare bağlı yetkilerle donatılmış olup, kanun gereğince doğmuş bulunan herhangi bir vergi alacağını almamazlık edemez. Diğer bir ifadeyle, vergi hususunda ilke olarak idarenin takdir yetkisi mevcut değildir⁷⁶. Özellikle tarhiyat öncesi uzlaşma müessesesi özellikle bu boyutuyla eleştiriye açıktır.

Bakanlar Kurulu'na bile sınırlı ölçülerde ve belli şartlarda verilen takdir yetkisinin, Uzlaşma Komisyonlarına neredeyse sınırsız olarak tanınması vergilerin kanuniliği ilkesini açık şekilde ihlal etmekte ve Anayasa'ya da aykırı-

yüküm bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kesinlikle Kanunla düzenlenmelidir", AYM Kararı, E. 1997/109, K. 1997/131, T. 29.11.1997, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi sy. 15, s. 568-574., Bkz, DİBGK'nun 02.07.1985 tarih ve E. 1985/5, K. 1985/4 sayılı kararı "Kanun'un gerekçesinde uzlaşma'dan amacın vergi uyumsuzluklarının süratle halli ve böylece mükelleflerin tereddütlerinin bir an önce giderilmesi suretiyle onların huzura kavuşmalarının sağlanması, mükellefle idare arasında vergi yönünden ortaya çıkan ihtilafların yine kendi aralarında görüşülerek çözüme bağlanması olduğu ifade edilmektedir. Kanunun amacı göz önünde tutulduğunda, takdir komisyonlarınca takdir olunan bir matrah üzerinden tahakkuk ettirilen vergi ve buna ilişkin olarak kesilen ceza üzerine yapılan uzlaşmanın söz konusu matrahla ilgili anlaşmazlığın tüümüyle kesin olarak ortadan kaldıracağı kabul edilmelidir.", Mehmet KÜÇÜKKAYA-Gökçe SARISU, "Vergi İhtilaflarında Uzlaşmanın Vergiselliği", **Yaklaşım**, Mayıs 2008, Sayı: 185.

⁷⁵ AYM'nin 15.10.2009 tarih, 2006/124 E., 2009/146 K. sayılı Kararı 08.01.2010 tarihinde 27456 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁶ ÖNCEL-KUMRULU- ÇAĞAN (2005), s. 171.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

lık teşkil etmektedir. Ayrıca uzlaşmada, vergi idaresi ve mükellef karşı karşıya gelmekte ve yapılan pazarlıklar sonucunda vergi miktarı ve cezalarda indirim söz konusu olabilmektedir. Bu özelliği sebebiyle de uzlaşma kurumu, devletin egemenlik gücünü “pazarlık konusu” yapması bakımından eleştirilmiştir⁷⁷. Özetle, anayasal bir ilke olan vergilerin kanuniliği ilkesi bağlamında uzlaşma kurumu oldukça tartışmalı bir kurumdur.

2. Eşitlik, Genellik ve Mali Güce Göre Vergilendirme İlkeleri Yönünden Uzlaşma Müessesesi

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir” hükmü yer almış olup, Hukuk Devleti İlkesi Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararları ile tanımlanmış ve somut karakter kazanmıştır⁷⁸.

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri kapsamında devletin aynı ya da benzer durumlarda olan kişi ve olaylar hakkında eşit davranması gerekmektedir. Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10.

⁷⁷ Oğuz ÇETİNKAYA, “Vergi Hukukunda Uzlaşma”, Legalis Platform, (Erişim) <http://www.legalisplatform.net>, 10.10.2008.

⁷⁸ AYM'nin 25 Mayıs 1976 tarih ve K. 1976/28 sayılı Kararında; “Hukuk devleti; insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”, 27 Mart 1986 Tarih ve E.1985/31, K. 1986/11 sayılı Kararında; “Hukuk devleti, her eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”. 21 Haziran 1991 tarih ve K.1991/17 sayılı Kararında; “Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlet demektir”, 12 Kasım 1991 tarih ve K. 1991/43 sayılı Kararında; “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez”, 01 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararında; “Hukuk Devleti” insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır” ifadelerine yer vermiştir.

maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” denilmektedir. Bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemekte bu bakımdan önem arz etmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır⁷⁹. Anayasa Mahkemesi’nin pek çok kararında vurgulandığı gibi, Anayasa’nın 10. maddesinde ifade edilen kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, kanunların uygulanmasında birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir.

Eşitlik ilkesi, genellik ilkesi ile birlikte 18. yüzyıldan başlayarak geliştirilen geleneksel vergilendirme ilkeleridir. Eşitlik ilkesinin maddi ve şekli anlamı bulunmaktadır. Şekli anlamdaki eşitlik ilkesi, hiçbir kişisel özellik dikkate alınmaksızın kanunların tam anlamıyla ve tarafsız bir şekilde uygulanmasıdır. Maddi anlamda eşitlik ilkesi ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşitlik ilkesinin maddi anlamı, kişilerin çeşitli özelliklerine göre sınıflandırılmalarını ve buna göre farklı muameleye tabi tutulmalarını gerektirmektedir⁸⁰.

Şunu unutmamak gerekir ki; kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, vergi mevzuatımızda çeşitli nedenlerle (sosyal, ekonomik, kültürel vb.) istisnalar ve muafiyetlere yer verildiğini görmekteyiz. Söz konusu kolaylıkların, eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

⁷⁹ AYM’nin 07.03.1989 tarih ve E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararı, 05.07.1989 tarih ve 20216 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸⁰ Abdullah TEKBAŞ, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2009/396, Ankara, 2009, s. 225.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

“Kanun önünde eşitlik ilkesi”, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür⁸¹. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı; ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurullarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir⁸².

Doktrinde uzlaşma müessesesi lehinde görüş bildiren yazarlar da mevcuttur. Söz konusu görüş taraftarlarına göre; *devlet alacağına kısa yoldan temin edilerek hazineye aktarılması amacı hiçbir zaman unutulmamalıdır. Uzlaşma kurumu da bu amaca hizmet etmektedir. Eşitlik ilkesi nezdinde bazı sakatlıklar doğuracağı gerçeği açıktır. Ancak, mükelleflere sağladığı kolaylıklar vardır ve bunlar uzlaşma kurumuna rağbet edilmesinin nedenidir*⁸³. *Bugün zor durumda kalarak vergi borcunu ödemeyen/ödeyemeyen mükellef, uzlaşma kurumunun sağladığı kolaylıklar sayesinde bu iktisadi değeri ödemektedir. Bu husus, piyasanın canlanması bakımından oldukça önemlidir. Unutulmamalıdır ki, vergi borcunu bugün dürüst ve düzenli olarak ödeyen mükellef, yarın yaşadığı ekonomik sıkıntılar nedeniyle ödeyememe durumunda kalabilir. Bu noktada, uzlaşma kurumu onlar nezdinde de fayda sağlayıcı bir unsur olarak gündeme gelecektir ve eşitlik ilkesinden beklenen amaç asıl o zaman gerçekleşmiş olacaktır.*

Ancak, şunu net şekilde ifade etmeliyiz ki; kanun önünde her durumda aynı olan iki mükelleften biri, uzlaşma yoluna gidip daha az vergi ödeyebilmektedir. Böyle bir durumda ise, vergide anayasal eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaktadır. Aynı durumdaki mükelleflerin her ikisinin de uzlaşma yoluna başvurup birisinin uzlaşmaması ihtimalinde de eşitlik ilkesi açısından yine sakıncalı bir durum söz konusu olacaktır. Eşitlik ilkesinin özünde eşitler arası eşitliğin uygulanması yatmaktadır. Bu bakımından incelendiğinde, uzlaşma kurumu tüm mükelleflere tanınmış bir haktır. VUK’ un Ek 1. maddesinde belirtilen şartlardan birinin vukuu bulması halinde bütün mükellefler uzlaşma talebinde bulunarak, idare ile pazarlık yapma imkânına sahip olacaktır. Ancak uzlaşma, vergisini zamanında ödemeyen mükellefe, bu verginin öden-

⁸¹ AYM’nin 15.12.2006 tarih ve E. 2006/111, K. 2006/112 sayılı kararı, 30.12.2006 tarih ve 263921 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸² AYM’nin 15.10.2009 tarih, 2006/119 E., 2009/145 K. sayılı Kararı 08.01.2010 tarihinde 27456 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸³ Gelir İdaresi Başkanlığı, 2007 Faaliyet Raporu, Gelir İdaresi Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, Nisan, 2008.

mesi konusunda pazarlık yapma şansı sağlarken, vergisini zamanında ödeyen dürüst mükellefe bu şansı tanımamakta⁸⁴ ve iyi niyetli mükellef ile vergisini zamanında ödemeyen mükellef arasındaki rekabet eşitliğini bozmaktadır. Bu durum ise, vergilerin tam ve zamanında ödenmesi olgusunda mükellefi caydıracak önemli bir ayrıntıdır.

Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörmektedir. Başka bir deyişle, kişilerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçleri ölçüsünde katılmalarıdır. Bu durumda, Anayasa'da öngörülen verginin "malî güce göre ödenmesi", "herkesin vergi ödemesi" ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturmaktadır. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade etmektedir. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirmektedir. Verginin malî güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle, vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında malî gücün göstergelerin gelir, servet ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Bu üç unsurun vergilendirilmesinde vergi adaletinin gerçekleştirilebilmesi için mükelleflerin ödeme güçlerinin gözetilmesi zorunludur. Malî güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Kanun koyucunun vergilendirmede kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile malî güçlerini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın 73. maddesinde "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür" denilmiştir. Bu hükme göre;

- 1) Herkes vergi ödeyecektir,
- 2) Vergi mali güce göre ödenecektir.

Söz konusu hüküm, hukuk devletinin gereklerine uygun olarak, vergilendirmenin temel ilkelerinden genellik ilkesi ve mali güce göre vergilendirme ilkelerini işaret etmektedir. Uzlaşma yoluyla, mali gücü aynı olan mükellefler hakkında farklı uygulama yapılması ise, söz konusu ilkeleri içermekte olan 73. maddeye aykırı düşmektedir. Bir hukuk devletinde anayasal ilkelerin herhangi bir mazerete sığınarak çiğnenmesine göz yumulamaz iken uzlaşma;

⁸⁴ KARAKOÇ, s. 40.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

anayasada düzenlenmiş bulunan eşitlik, genellik ve mali güce göre vergilendirme ilkelerini açıkça ihlal etmektedir.

SONUÇ

Vergi mükellefleriyle vergi idaresi arasında çeşitli sebeplerle ortaya çıkan ihtilafların yargı yoluna başvurulmadan çözümü için vergi mevzuatımızda düzeltme, cezada indirim, pişmanlık ve ıslah uygulamaları gibi farklı araçlar öngörülmüştür. İşte uzlaşma, bu araçlardan biridir ve günümüzde çok sık başvuru alan bir Vergi Hukuku müessesesidir.

Uzlaşma, vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümlenmesine hizmet eden bir kurumdur. Çünkü uzlaşma, tarhiyat yada ceza kesme şeklinde tesis edilen yada edilecek olan idari işlem nedeniyle idare ile mükellef yada ceza muhatabı arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın karşılıklı olarak görüşülüp anlaşılacak daha başlangıç aşamasında ortadan kaldırılmasını esas almaktadır. Bu amacının arkasında, genel olarak, uzun bir sürece yayılı olan vergi mükellefiyeti ilişkisinin idare ve mükellef arasında zedelenmeden sürdürülmesi düşüncesi yatmaktadır. Diğer yandan, vergilendirme sürecinin yargı aşamasına intikal etmesi, hem idare hem de mükellef açısından iş yükü ve maliyet anlamında ekonomik külfetler doğurmasının yanı sıra, mükellef için psikolojik anlamda da uzun ve sıkıntılı bir süreç oluşturmaktadır. Uzlaşma, bu yönü ile vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile hukuken varlık kazanan vergi alacağının idare eliyle tutar ve mükellef boyutuyla belirginleştirilip tahsil edilerek Hazineye aktarılması sürecinde usul ekonomisini ön plana çıkararak, vergilemenin en az maliyetle yapılmasına aracılık etmektedir⁸⁵.

Diğer bir anlatımla, vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümlenmesinin, hem mükellef hem de idare nezdinde pek çok faydası bulunmaktadır. Konuya mükellef açısından baktığımızda mükellef, uzlaşmanın vaki olması halinde, normalde ödeyeceği cezanın önemli bir bölümünden, vergi aslının ve gecikme faizinin ise bir bölümünden kurtulmuş olmaktadır. Ayrıca, dava açma yoluna gitmesi halinde söz konusu olacak emek ve zaman kaybından, avukatlık giderlerinden de kurtulma şansına sahip olmaktadır. İdare ise, şayet mükellef dava açar ve kazanır ise, belki de hiç tahsil edemeyeceği vergiyi ve cezayı kısmen de olsa tahsil etme imkanına uzlaşma müessesesi sayesinde

⁸⁵ Usul ekonomisi, bir anlamda, hukuken varlık kazanan vergi alacağının fiilen tahsil edilme sürecine kadar uygulanacak idari prosedür içinde en hızlı, etkin ve doğru yöntemin kullanılmasını ifade etmektedir. Bkz. Ahmet KUMRULU, "Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim", **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1989, Sayı:72-73, s. 8-26.

kavuşmaktadır. Uyuşmazlık son bulmakta, mükellef bakımından olduğu gibi idare de davayla ilgili emek ve zaman kaybından, davaya dair çeşitli masraflardan kurtulmaktadır.

Nitekim, uygulamaya bakıldığı zaman, Türkiye’de uzlaşma müessesesinin; kamu alacağının erken tahsil edilebilmesi, vergi uyuşmazlıklarının yargı yerlerine intikalinin azaltılması sayesinde vergi yargısının iş yükünün azaltılması, diğer taraftan yargı yoluna kıyasla uyuşmazlıkların idari aşamada daha hızlı bir şekilde çözülmesi, vergi idaresince tesis edilen idari işlemlere mükellefler nezdinde de destek sağlanması gibi faydalarının mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Yani uzlaşma için, idari işlem olarak tarhiyatın ya da vergi kurallarına aykırı davranışlar açısından yaptırım aracı olan vergi cezasının, muhatapları olan tarafların da itiraz görüş ve açıklamalarını ileri sürmesi çerçevesinde idarenin idari işlemi gözden geçirme sürecidir, demek mümkündür. Bunun dışında, vergi davasının kaybedilmesi halinde, mükellef ve ceza muhataplarının mahkeme masrafları ve gecikme faizi yükünün endişesinden kurtulması olgusu da uzlaşma müessesesinin yaygın şekilde tercih edilmesinin bir diğer sebebini oluşturmaktadır.

Ancak, uzlaşma kurumunun sağladığı faydalardan bahisle, madem kamu alacağının biran evvel tahsili en temel amaç ise, uzlaşma hükümlerinde yer alan kaçakçılık hallerinde uzlaşma olamayacağına dair kural, bu fiilleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir. Zira, düzenlemenin temel amacının cezalandırmak değil, mükellefi kazanmak ve aynı zamanda devletin de hızlı tahsilat yapabilmesi olmasından dolayı, kazanılacak mükelleflerin önüne engel konulmamalı, borçlarını ödemeleri kaydıyla bu mükellefler de kapsama dahil edilmelidir. Yine doğrultuda olmak üzere, uzlaşmadan beklenen faydalar nazara alındığında, tarhiyat öncesi uzlaşmaya başvuran bir mükellefin uzlaşma sağlanamadığı takdirde tarhiyat sonrası uzlaşmaya başvuramamasının da tutar yanı bulunmamaktadır.

Herkes tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilen ve devletin kamusal ihtiyaçlarını karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı şeklinde tanımlanan verginin, anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Vergi Hukukunda, vergi olgusunun niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa’nın bu konudaki ilkelerinin özenle göz önünde tutulması gerekir. Bu anlamda, devletin vergilendirme yetkisi; vergide kanunilik, malî güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Anayasa’nın

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

10. maddesinde düzenlenen eşitlik de, vergide kanunilik, malî güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle birlikte, devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırıldığı ilkeler arasındadır. Oysa yukarda belirtilen faydalarına rağmen uzlaşma müessesesi, vergilendirmenin temel ilkeleri olan kanunilik, eşitlik, adalet, mali güce göre vergilendirme, genellik ilkeleri yönünden çeşitli sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır.

Kanunilik ilkesiyle bağlantılı olarak şunu da açıkça ifade etmekte fayda vardır ki; idare uzlaşma yolunda yaptığı bir tür sözleşme ile vergi aslının bir kısmından vazgeçtiği için bu durumdan dolayı olarak vergi cezası da etkilenmektedir. Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkeleri gereğince; suç ve ceza ancak anayasa ilkeleri çerçevesinde, yetkili organlar tarafından ve ancak kanunla ortadan kaldırılabilir. Bunun dışında idarenin dolaylı da olsa takdiri olarak cezadan vazgeçmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkelerine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Uzlaşma müessesesinin suçta ve cezada kanunilik ilkeleri noktasında da Anayasayı ve Türk Ceza Kanunu'nu ihlal ettiği açıktır.

Uzlaşma kurumuna uzlaşma komisyonlarının çalışma esasları bakımından da eleştiri getirmek mümkündür. Uzlaşma komisyonlarının oluşumuna ilişkin düzenlemelere bakıldığında, uzlaşma komisyonlarının idari birer kurul olduğu, Kurulun vergi ve cezalarla ilgili uzlaşma yetkisinin Maliye Bakanlığınca belirlendiği ve Kurulun çalışma esasları ile ilgili bazı kurallar VUK' ta yer almasına rağmen Kurulların çalışmasının denetimi ile ilgili herhangi bir düzenlemenin olmadığı göze çarpmaktadır. İdari bir kurul olarak nitelendirilen uzlaşma komisyonlarının işlemlerinin, çalışmalarının objektifleştirilmesi ve denetime açık olması, gerek kamuda saydamlık ve şeffaf yönetim, gerekse bilgi edinme hakkı açısından önemlidir. Bu bağlamda, özellikle Merkezi Uzlaşma Komisyonu'nun faaliyet sonuçlarının, uzlaşılan anapara ve cezalara ilişkin tutarlar gibi hususlar açısından, faaliyet raporları ile kamuoyu bilgisine sunulmalıdır. Böylelikle, hem kamuda şeffaflık sağlanacak hem de Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde söz konusu bilgilere ulaşmak isteyenlerin olması durumunda gereksiz yazışmalar önlenebilecektir.

Bütün faydalarına rağmen uzlaşma kurumunun sınırsız biçimde uygulanması, vergilerin kanuniliği, vergi yükü önünde eşitlik ve vergilendirmede adalet ilkelerini zedeleyerek, vergiye dair ödevlerin zamanında yerine getirilmesini özendirilmektedir. Zira; sınırsız bir uzlaşma imkanının bulunmasının, vergiye dair ödevlerini zamanında yerine getirmeyen vergi mükelleflerini, söz

Arş. Gör. Elif YILMAZ

konusu ödevleri zamanında ve gerçeğe uygun olarak yerine getiren dürüst mükelleflere oranla daima karlı kılacağı şüphesizdir. Yani; vergi idaresi ile uzlaşan vergi mükellefi, zamanında vergi ödevlerini yerine getirmemiş olması dolayısıyla daha az vergi ödeyerek ödüllendirilmiş olacaktır. Sonuçta, vergi mükelleflerinin vergi ödevinin kutsallığına olan inançları sarsılmakta ve mükellefler vergi kaçırmaya özendirilmektedirler. Bu sonuçtan en çok kamunun zarar göreceği ise açıktır.

Uzlaşma müessesesine yönelik olarak getirilebilecek en önemli eleştirimiz ise, bir hukuk devletinde en kutsal haklardan olan dava hakkının pazarlık konusu yapılması ve peşinen bu haktan feragat edilmesidir. Diğer yandan, devlet egemenliğinin en temel göstergelerinden olan vergilendirme yetkisini pazarlık konusu yapan vergi idaresinin de, mükellefin katlandığı bu fedakarlığa karşılık olarak vergilendirmede hata yaptığını peşinen kabul ettiğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Bu durumun kabul edilir bir yanı bulunmamaktadır.

Bir hukuk devletinde anayasal kuralların, ilkelerin herhangi bir mazerete sığınarak sarfinazar edilmesi kabul edilemez. Dolayısıyla, kanaatimiz odur ki; başta Anayasa olmak üzere, vergilendirmenin en temel ilkelerini ve bir hukuk devletindeki en temel haklardan olan dava hakkını açıkça ihlal eden yapısı sebebiyle uzlaşma müessesesi kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Fatih: “Uzlaşma ve Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, **Vergi Sorunları**, Sayı: 171, Aralık 2002.
- ATAY, E. Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- BAŞARAN, Funda: “Keyfilik Yaratıcısı Mı Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcısı Mı? Sorgudaki Kurum: Uzlaşma”, **Mükellefin Dergisi**, Sayı: 91, Temmuz 2000.
- CANDAN, Turgut., “Uzlaşma I”, **Maliye Postası**, Yıl: 13, Sayı: 271, 15.12.1991.
- CANDAN, Turgut: **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2001.
- CANDAN, Turgut: **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Temmuz, 2006.
- ÇAĞAN, Nami: **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982.
- ÇELİK, Miraç: “Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği ve Kurumun Anayasada Yer Alan Bazı Vergi Hukuku İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, **Mecmua**, Ankara, 2008.
- ÇETİNKAYA, Oğuz: “Vergi Hukukunda Uzlaşma”, Legalis Platform, (Erişim) <http://www.legalisplatform.net>, 10.10.2008.
- ERDAĞ, Nevzat: **Türk Vergi Sistemi (Vergi Avantajları-Vergi Cezaları)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- EROL, Ahmet: **Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008.
- EROL, Ahmet: “Uzlaşma Komisyonlarının Tutarsal Uzlaşma Sınırı”, **Yaklaşım**, Sayı: 179, Kasım 2007.
- Gelir İdaresi Başkanlığı: 2007 Faaliyet Raporu, Gelir İdaresi Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, Nisan, 2008.

Arş. Gör. Elif YILMAZ

Gelir İdaresi Başkanlığı: Re'sen ve İkmalen ve İdarece Yapılan Tarhiyatlarda Mükellefin Hakları ve Ödevleri, 2007.

GERÇEK, Adnan: **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2006.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa, 2003.

GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt 1, Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara, 2004.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÜLTEKİN, Özkan: "Yeni Türk Ceza Hukukunda Önödeme ve Uygulaması", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Aralık, 2007.

KARAKOÇ, Yusuf: **Vergi Sorunlarının / Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları: Vergi Yargılaması Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

KİTİŞ, Nahit: "Tarhiyat Öncesi Uzlaşma", **Vergi Dünyası**, Ağustos 1989.

KUMRULU, Ahmet: "Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim", **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1989, Sayı:72-73.

KÜÇÜKKAYA, Mehmet: "Vergi Hukukunda Düzenlenen Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği", **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı:55-56, 2009.

KÜÇÜKKAYA, Mehmet-SARISU, Gökçe: "Vergi İhtilaflarında Uzlaşmanın Vergiselliği", **Yaklaşım**, Sayı: 185, Mayıs 2008.

KONURALP, Haluk: **Medeni Usul Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, No: 1706, Eskişehir, 2006.

OFLAZ, Mehmet: "'Hukuk Devletinin Bir Gereği Olarak Kanunilik İlkesi ve Bu İlkenin Vergi Hukuku'nda İfade Ettiği Anlam'", **Yaklaşım**, Temmuz 2005.

Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri

ÖNCEL, Muallâ-KUMRULU, Ahmet-ÇAĞAN, Nami: **Vergi Hukuku**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, Ocak 2008.

ÖNCEL, Muallâ-KUMRULU, Ahmet-ÇAĞAN, Nami: **Vergi Hukuku**, Ankara, 2005.

ÖNCEL, Muallâ-KUMRULU, Ahmet-ÇAĞAN, Nami: **Vergi Hukuku**, Cilt 1, Genel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 1987.

ÖZBALCI, Yılmaz: **Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara, 1988.

SABAN, Nihal: Türk Yargı Sisteminin Etkinliği Araştırma Projesi Vergi Yargısının Etkinliği Araştırma Raporu, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), İstanbul, 2000.

SÖNMEZ, Erdal-AYAZ, Garip: **Vergi Yargısı**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 1999.

ŞENYÜZ, Doğan: **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.

TAN, Mustafa: **Yürürlükteki Türk Vergi Kanunları**, Gelirler Kontrolörleri Derneği, Ankara, 2008.

TEKBAŞ, Abdullah: **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2009/396, Ankara, 2009.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, (Erişim) <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>, 01. 04.2010.

ÜN, Recai: “Kaçakçılık Cezaları Uzlaşmaya konu Edilir Mi?”, **Yaklaşım**, Sayı: 183, Mart 2008.

ÜROL, Gürel: **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, Şubat 2003.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BOŞ